

livro 5

Perb Complementar 1

XEROX DO XI
P 130 Fbs.

A Reforma Judiciária de 1871

Paulo Macedo Garcia Neto

1. Introdução - 2. Os obstáculos - 3. O debate jurídico - 4. A Reforma Judiciária de 1841 - 5. O debate posterior a 1841 e a casa de marimbondos - 6. A Reforma Judiciária de 1871 - Referências.

Introdução¹

O discurso jurídico acerca das instituições brasileiras responsáveis por controlar os mecanismos de adjudicação tem produzido uma perspectiva naturalizante a respeito de sua própria existência. Trata-se o modelo de organização da Justiça como uma estrutura que sempre existiu e sem a qual seria impossível a resolução de conflitos por meio do aparelho do Estado. O propósito deste artigo é negar tais premissas e partir da análise do processo histórico de formação das instituições judiciárias brasileiras na segunda metade do período imperial, com o intuito de compreender de como se deu a reforma judiciária de 1871 e seus efeitos mediatos e imediatos.

Uma tendência dos juristas que se buscará evitar é a visualização das reformas legislativas a partir de um olhar dogmático, voltado para as mudanças vivificadas nos institutos processuais. Desse modo, costuma-se explicar as mudanças legais como transformações em seu aspecto funcional, ou seja, uma simples modificação em seu material de conteúdo.

¹ Alguns fundamentos para a elaboração deste artigo os constantes diálogos com o professor José Reinaldo de Lima Lopes, cujas sugestões foram incorporadas em algumas partes do texto. Também agradeço a colaboração de André Javier Lopez, bolsista pesquisador júnior da Direção-GV (SP), e de Henrique Serrão, aluno do curso de História da FFLCH/USP, que me forneceram parte significativa do material de pesquisa.

Para examinar as reformas judiciárias do Brasil Império é necessário transpor essas barreiras, colocando os olhos de historiador sem, no entanto, retirar as lentes de jurista. Em razão disso, esta não será uma reunião de comentários aos artigos de lei modificados pela Reforma Judiciária de 1871 (mesmo porque isso já foi feito, à época, por Vicente de Paula Pessoa e Antônio Carneiro da Rocha², os principais comentaristas da Reforma), mas uma tentativa de compreender os impactos gerados por essa reforma no desenho institucional do país.

2. Os obstáculos

A constituição de um Poder Judiciário brasileiro durante o século XIX em nada foi um fenômeno menos complexo do que o processo de formação dos demais componentes institucionais do Estado. As dificuldades começam por sua complicada adequação ao arcabúteo de condições materiais de "produção do poder"³, passam pelas complexidades de uma organização social marcada pela desigualdade e encerram-se no próprio sistema de divisão dos poderes.

O Judiciário como instrumento de mediação dos conflitos estava constituido pela própria organização social (*societade escravocrata*), que, ao definir um tratamento diferenciado para categorias diversas de indivíduos, estabelecia limites a sua eficácia e extensão. Alguns indivíduos tinham sua capacidade jurídica limitada, de tal modo que os conflitos que os envolviam estavam enquadrados dentro de uma esfera doméstica. Era essa a condição, por exemplo, dos escravos, das mulheres, dos filhos de família e de outros dependentes, que eram representados pelo chefe de família.⁴

Havia ainda uma outra forma de contenção do Poder Judiciário. Tratava-se da seleção dos casos que lhe eram atribuídos. Ao Poder Judiciário competia a punição dos crimes e a resolução de conflitos de direito privado, ou seja, dos interesses individuais (as relações contratuais, dívidas, sucessões, propriedade e família). Condicionado a um legalismo estrito, estava incumbido de solucionar os conflitos envolvendo nulidade da justiça comutativa ou retributiva (contrato, propriedade, sucessões, indenizações por ilícitos e justiça criminal). Desse modo, não competia a esse poder a análise das matérias que envolvessem justiça distributiva.

² Terceiro juiz substituto da Comarca da Capital da Província da Bahia.

³ Ao analisar as formas políticas, Antônio Manuel Hespanha relaciona-as com as condições materiais de "produção do poder" (ou da "comunicação política"), incluindo entre elas: o âmbito imaginário, a imaginação jurídico-constitucional, a própria estrutura da comunicação política, o âmbito da "governança" (*gouvernance*) e, por fim, os aspectos logísticos da "governança". HESPANHA, Antônio Manuel. Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: JANCOS, István (Org.). *Formação do Estado e da Nação. São Paulo: Unijuí/Hucitec/Papeap, 2003*, p. 48.

⁴ KOERNER, Andrei. *Habermas-corpus e controle social no Brasil (1841-1901)*. São Paulo: IBCCrin, 1999, p. 23-30.

Esta seria reservada exclusivamente à jurisdição administrativa (Conselho de Estado e Ministério da Justiça).

Assim, o sistema judicial que antes da Independência incorporava o modelo português, após o rompimento formal com o domínio lusitano, sofreu uma profunda reformulação. Nesse processo de reconstrução é possível identificar duas fases bastante distintas resultantes de dois movimentos políticos que remodelaram as bases de sustentação do governo imperial: *reorganização liberal* e o *regresso conservador*. A primeira fase foi marcada por medidas descentralizadoras (Leis da Justiça de Paz e Código de Processo Criminal) e teve como figuras principais os juizes de paz e o tribunal do Império. O *Regresso* teve como consequências a organização do sistema judicial sob novos preceitos, restaurando em alguns aspectos a magistratura tradicional e mantendo em outros o sistema pós-independência.

3. O debate jurídico

Antes de analisar qualquer reforma judiciária do Brasil Império, é necessário perceber que os operadores do direito naquele período não diferenciavam o Direito Processual e a organização judiciária. Desse modo, não pensava o processo como objeto autônomo, mas como parte da estrutura judiciária. Não havia sequer a disciplina de Direito Processual, mas a de Direito Judiciário. Em razão disso, ao mesmo tempo em que se modificavam as normas processuais, revia-se a distribuição do poder de adjudicar conflitos. E não se refiro apenas às mudanças das regras de competência dentro do poder judicial, mas à própria redefinição dos papéis dos agentes do Estado, tais como os juizes de direito, juizes de paz, juizes municipais, promotores públicos, chefes de polícia, delegados e subdelegados.

4. A Reforma Judiciária de 1841

Dentre as grandes problemáticas que perpassaram pelo debate de 1841, destacaram-se (i) a autonomia de julgamento dos magistrados (a profissionalização da magistratura) e (ii) o controle da polícia (administração) sobre o Poder Judiciário (judicial) local.

Em oposição ao Código Criminal de 1832, de caráter liberal, foi feita uma primeira reforma judiciária em 1841 (Lei de 3 de dezembro de 1841), com linhas que reforçavam o poder dos conservadores. Era o mesmo ano em que seria recriado o Conselho de Estado. Na mesma linha de argumentação, a reforma de 1841 representava a consolidação da guinada centralizadora presente no projeto saquarema⁵ de Bernardo Pereira de Vasconcelos e de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai.

⁵ O termo *saquarema* era empregado para designar os conservadores, e em especial os três membros da *trindade saquarema* (Rodríguez Torres, o Visconde de Itaboraí, Eusébio de Queirós e Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai), devido às propriedades de terra que estes detinham na região de Saquarema, no Rio de Janeiro, onde hoje, a 100 quilômetros da capital do Estado, há com 52 mil habitantes, há uma cidade com o mesmo nome.

Em síntese, a Reforma Judiciária de 1841 foi a institucionalização definitiva do regresso conservador, legitimando-se como resposta ao período conturbado da Regência. As revoltas regionais dos anos 1830, relacionadas pelos conservadores às reformas liberais e descentralizadoras, teriam como resposta um controle social rígido, comandado pelas forças do Imperador.

O Poder Judiciário de acordo com a Reforma de 1841

Após a Reforma de 1841, o Poder Judiciário era composto com cinco comarcas (termo) por (i) um juiz municipal (futuros juízes), (ii) um tribunal do júri, (iii) um promotor público, (iv) um escrivão das execuções, (v) e (v) oficiais de justiça. Cada distrito possuía (i) um juiz de paz, (ii) um escrivão, (iii) oficiais de justiça e (iv) inspetores de quartéis. A partir dessa reforma, a instrução criminal deixou de ser realizada pelos juízes de paz (eleitos) e passou a ser dirigida pelos chefes de polícia escolhidos dentre os desembargadores ou juízes de direito.⁶

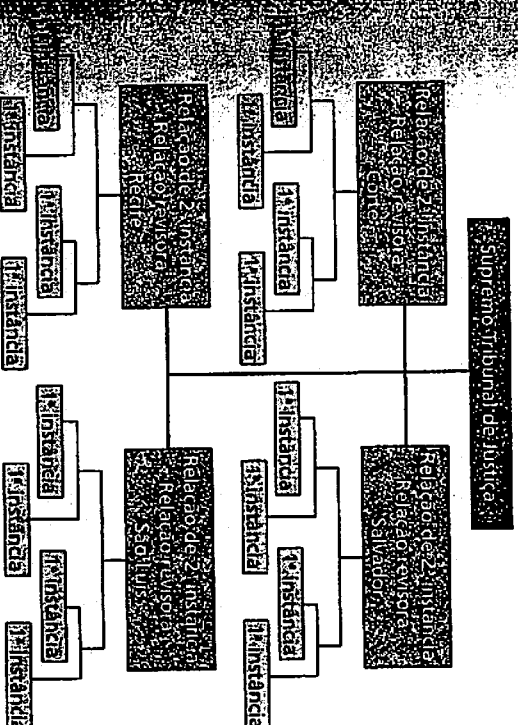
Os tribunais superiores seriam as *Relações* e o *Supremo Tribunal de Justiça*. O art. 158^a da Carta Constitucional de 1824 tratava das *Relações*, os órgãos de segunda instância, organizados a partir da importância de cada província.⁷ (Corte, Salvador, Recife e São Luís). O *Supremo Tribunal de Justiça*⁸ era uma espécie de corte de cassação, embora já fosse previsto pela Carta de 1824 (arts. 163 e 164), somente

passou a atuar com a lei orgânica de 18 de setembro de 1828. Era composta de 17 juízes letrados tirados das *Relações* por ordem de antiguidade, dentre os quais o Imperador escolheria o presidente para o mandato de dois anos.

O Supremo Tribunal somente poderia "conhecer" as questões já analisadas em última instância, ou seja, após terem sido esgotadas todas as etapas previstas na organização judiciária. As revisas concedidas eram enviadas para uma *Relação* diferente daquela que se havia produzido e, em seguida, a *Relação* revisora enviaria os autos novamente ao mesmo juiz de origem. Desse modo, a decisão final seria da *Relação*, e não do *Supremo Tribunal*, ou seja, a decisão final sobre a lide era controlada pela organização judiciária do Império brasileiro às *Relações Revisoras* (órgãos colegiados de segunda instância).

O organograma abaixo sintetiza o desenho institucional do Judiciário Imperial até 1871:

Organização judiciária de 1841 a 1871



Apesar dos conflitos de jurisdição entre as *Relações*, os outros conflitos de jurisdição estavam submetidos ao Conselho de Estado. A partir de 1851, os julgamentos dos bispos e arcebispos foram adicionados à sua jurisdição. Cf. LOPES, José Renauldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 329. Além dessas funções, também seriam submetidas ao Supremo Tribunal as questões relacionadas à organização interna do Poder Judiciário, como as

⁶ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição do Império brasileiro*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 35-36.

⁷ LOPES, José Renauldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 331.

⁸ "Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para comodidade dos juizes" (art. 158 da Carta de 1824).

⁹ "Relação, nome formado de -re, prefixo duplicativo, e latim, derivado do verbo *latere*, do verbo *ferre*, *ferre*, *latere*, *latere*, *ferre*, trazer - significa trazer o juiz superior os mesmos autos, praticados perante o juiz inferior." ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 496.

¹⁰ Não havia, assim, tribunais de segunda instância em todas as províncias. Emag, por exemplo, até 1873 existiram somente as *Relações* do Maranhão, do Pernambuco, da Bahia e do Rio de Janeiro. A partir de 1874, foram criadas as *Relações* de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Pará e Ceará. Cf. LOPES, José Renauldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹¹ As funções deste órgão estavam prescritas pelo artigo 164 da Carta de 1824. A sua principal função era julgar *recursos de revista*, nos casos de *mulheres munições e justiça notória*, das sentenças proferidas em segunda instância. Suas demais funções seriam: examinar os delitos cometidos por seus membros pelos desembargadores das *Relações*, funcionários do corpo diplomático e presidentes de província, ainda em sua esfera de competência estavam as *relações*

5. O debate posterior a 1841 e a casa de marimbondos¹²

Com a Lei de 1841 criou-se uma magistratura dependente do governo central. A essência política dessa lei estava nas ligações coercitivas de dependência, o que vinculava os juizes ao governo central¹³.

Um grave problema observado pelos atores políticos do Império brasileiro era a elegibilidade dos juizes¹⁴, que implicava tanto distinção quanto a imparcialidade dos magistrados na tomada de decisões, com a constituição de um círculo vicioso de poder que passaria a ser dominada pelos magistrados. Os juizes passavam, dessa maneira, a controlar parte significativa da política local, o que os habilitava, por outro lado, a assumir uma posição de destaque no Legislativo provincial e nacional. Poderia ser formada, assim, a "casa de marimbondos", com forte peso na organização política nacional.

O caráter altamente partidário dos debates sobre a reforma judicial que levou à aprovação da Lei de 1841 fez com que a magistratura fosse uma temática política. Reforçava-se, assim, o ativismo político de seus membros. Portanto, o Partido Conservador, recém-criado, esperava ressuscitar os juizes profissionais, tanto como um elemento de identificação como de centralização, percebeu naquela categoria uma ótima oportunidade para um partido político. Os teóricos conservadores, muitos dos quais eram magistrados de carreira, acreditavam que os magistrados eram a chave para a criação de um sistema político estável (*força estável da magistratura*)¹⁵.

Diante desse cenário, foram frequentes as tentativas pelos liberais de propor reformas para fazer com que os juizes profissionais não fossem elegíveis para os postos políticos ou para que a eleição tivesse algum efeito a perda do cargo de magistrado. A argumentação para essas razões estava tanto fundada na *separação de poderes* como nas distorções (prejudiciais) causadas pelas influências dos interesses políticos dos juizes na administração da justiça.

No entanto, a oposição dos magistrados parlamentares bloqueou a reforma. Uma das poucas conquistas dos liberais nesse sentido foi a Lei

de 1855, que impedia a eleição dos juizes de direito em seus próprios distritos judiciais. No decorrer do Império, os próprios conservadores passaram a sentir-se prejudicados com a força da facção judicial que atuava nos Deputados. A alternância dos partidos no poder e a consequente formação de letrados pelas faculdades de Direito equilibraria o controle dos partidos dentro da magistratura¹⁶.

A Reforma Judiciária de 1871¹⁷

Em 1871, ano em que se aprovou a lei de emancipação dos filhos de escravos (a Lei do Ventre Livre¹⁸), foi promovida uma segunda reforma judiciária (Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871¹⁹, e Decreto n. 1.824, de 22 de novembro de 1871²⁰).

Contexto político

A compreensão desse processo passa obrigatoriamente por uma leitura dos pressupostos institucionais que lhe deram suporte, ou seja, seus

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 302-307.

Algumas ideias desenvolvidas neste item já foram abordadas no livro: LOPES, José. *Estado de Lina*; SLEMIAN, Andrea; GARCIA NETO, Paulo Mauro. *Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil - 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A lei que permite a emancipação dos filhos de escravos a partir da data de sua entrada em vigor, conhecida hoje por *Lei do Ventre Livre*, foi chamada de *Lei do Ventre Livre*, pelos juristas e políticos entre 1871 e 1888, ou seja, antes da assinatura da Lei n. 3.353 - hoje conhecida por Lei Áurea - pela princesa Isabel em 13 de maio de 1888. Cf. SILVEIRA, D. F. Baltaizar da. *Escravidão entre bens do vento, Justiça e Direito*, v. 1, 1873, p. 249.

A Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi dividida de acordo com os seguintes artigos: Das Autoridades e das Substituições (art. 1º); Das Atribuições Criminais (arts. 2º ao 11); Da Prisão (arts. 12 e 13); Da Fiança (art. 14); Da Queixa (arts. 15 e 16); Dos Recursos (art. 17); Do habeas-corpus (art. 18); Disposições Penais (arts. 19 a 21); Atribuições Cíveis (arts. 22 a 26); Do Processo Civil (art. 27); Dos Vencimentos e Habilitações (art. 28); e Disposições Gerais (arts. 29 e 30).

O Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a lei de setembro, consolidando a reforma, dividiu-se da seguinte forma: Das Autoridades e Substituições (arts. 1º ao 9º); Do Chefe de Polícia, Delegados e Subdelegados (arts. 10 ao 12); Dos Juizes de Direito (arts. 13 ao 15); Dos Juizes Municipais (arts. 16 ao 18); Dos Juizes de Paz (art. 19); Dos Promotores Públicos (arts. 20 a 21); Do Juri (arts. 24 a 27); Da Prisão (arts. 28 e 29); Da Fiança (arts. 30 a 37); Da Interdição Policial (arts. 38 a 43); Do Processo e Julgamento das Infrações de Juizes Municipais (arts. 44 a 46); Do Preparo do Processo nos Crimes Policiais (arts. 47 e 48); Do Sumário da Culpa (arts. 49 a 53); Dos Recursos (arts. 54 a 56); Das Apelações (arts. 59 a 62); Das Atribuições Cíveis (Capítulo VI) - Dos Juizes de Paz (art. 63); Dos Juizes Municipais (arts. 64 e 65); Dos Juizes de Direito (arts. 66 a 69); Das Relações (art. 70) e Das Disposições Gerais (arts. 71 a 87).

¹² Os juizes que atuavam no Parlamento brasileiro eram tão furiosamente desconfiados, que chegaram a ser conhecidos coletivamente como *casa de marimbondos*. FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 307.

¹³ FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 285-286.

¹⁴ A Constituição Federal Republicana tornou incompatível o exercício dos cargos de magistrado e parlamentar. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, máfia e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976, p. 225.

¹⁵ KOERNER, Andrei. *Habeas-corpus e controle social no Brasil (1841-1888)*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 46-51.

instrumentos políticos e jurídicos. Em um momento de mudança social de crise da coalizão política que sustentava o Segundo Reinado surgiu um movimento intelectual de cunho reformista, denominado pelos historiadores "geração 1870". Constituiu-se, assim, um movimento que, embora se afastasse da tradição imperial, também se apropriava dela na medida em que coniungava o elitismo político com o Segundo Reinado²¹. O movimento da geração de 1870 buscou subsídios para construir uma crítica às instituições e valores do Segundo Reinado e propor programas de reestruturação alimentando-se, para tanto, de duas fontes principais: (a) o repertório da política científica²² e (b) a própria tradição político-intelectual brasileira²³.

Os projetos que levaram à Reforma Judiciária de 1871 surgiram das demandas trazidas por esses reformadores. Tratava-se de uma das principais pautas políticas do Partido Liberal, cujo programa foi redigido por José Thomaz Nabuco de Araújo²⁴, um dos artífices das propostas de reformas judiciárias ao longo do século XIX. Por trás da reforma judiciária estava a defesa de um modelo institucional. Era a tentativa de transformar o modelo saquarema implantado em 1841.

O primeiro projeto da reforma, apresentado por João Lins Vieira Cabral de Sá (baseado no projeto de Nabuco de 1843) em 1844, havia sido aprovado na Câmara, em segunda discussão, em 1844. Em 1866, Nabuco de Araújo apresenta uma reunião de ideias de diversos projetos de reformas judiciárias (que são incorporados no programa do Partido Liberal). Encaminhado à Comissão de Justiça Criminal, recebeu emendas do Governo, que o apresentou apenas em julho de 1870, em

primeira discussão. Após receber novas emendas (com destaque para aquelas promovidas por José de Alencar e Tristão de A. Araújo), foi finalmente aprovado pela Câmara em setembro de 1870. A grande mudança no projeto ocorreu após seu envio ao Senado, quando Sayão Lobato, Ministro dos Negócios da Justiça (Gabrielle Rio Branco), Conselheiro Imperial e Senador do Império, apresenta um projeto substitutivo²⁵. É esse projeto que será aprovado pelo Senado e posteriormente pela Câmara, em sessenta votos a dezessete, em 26 de agosto de 1871²⁷.

Resumo do inquérito policial

A Reforma de 1871 é conhecida na história do Direito brasileiro pela criação do instituto do *inquérito policial*²⁸, que, com algumas

Não confundir o Ministro da Justiça, Senador e Conselheiro do Império Francisco de Paula de Negreiros Sayão Lobato com o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça e, posteriormente, do Supremo Tribunal Federal (do qual foi o primeiro presidente) João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato, o Visconde de Sabará. Após isso, já em 1871, Pimenta Bueno submete ao Conselho de Estado outra proposta de reforma judiciária, que, no entanto não foi apresentada ao parlamento. LOBATO, André. *Judicário e cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 96-97.

Art. 38. Os Chefes, Delegados e Subdelegados de polícia, logo que por qualquer meio lhes chegue a notícia de ser praticado algum crime comum, procederão em seus distritos às diligências necessárias para verificação do mesmo crime, descobrindo de todas as suas circunstâncias e dos delinquentes.

Art. 39. As diligências a que se refere o artigo antecedente compreendem: 1º o bojo de delicto direto; 2º Exames e buscas para apreensão de instrumentos e documentos; 3º Inquirição de testemunhas que houverem presenciado o fato criminoso ou tenham razão de saber-lo; 4º Perguntas ao réu e ao ofendido. Em geral, tudo o que for útil para esclarecimento do fato e das suas circunstâncias.

Art. 40. No caso de flagrante delicto, ou por efeito de queixa ou denúncia, se logo comparecer a autoridade judiciária competente para a formação da culpa a investigar do fato criminoso, notório ou arguido, a autoridade policial se limitará a auxiliá-la, coligindo *ex-officio* as provas e esclarecimentos que possa obter, e procedendo na esfera de suas atribuições a diligências que forem requisitadas pela autoridade judiciária, ou requeridas pelo Promotor Público ou por quem outras vezes fizer.

Art. 41. Quando, porém, não comparecer logo a autoridade judiciária, ou não se julgar imediatamente o processo da formação da culpa, deve a autoridade policial proceder ao inquérito acerca dos crimes comuns de que tiver conhecimento próprio, cabendo a ação pública, ou por denúncia, ou a requerimento da parte interessada, ou no caso de prisão em flagrante.

Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, deve ser reduzido a instrumento escrito [...].

Art. 43. Se durante o inquérito policial, a autoridade judiciária competente para a formação da culpa entrar no procedimento respectivo, imediatamente a autoridade policial lhe comunicará os esclarecimentos e resultado das diligências que já tenha

²¹ "A ordem imperial estava minada internamente por suas dissidências e impropriedades pelo desaparecimento de seu fundamento econômico. Transformações econômicas causadas pela eclosão de uma 'ordem social competitiva' (anulando) a hierarquia sociopolítica, as instâncias representativas e os valores consuetudinários de uma sociedade de tipo tradicional. Os mecanismos de legitimação, tradição, indução e repressão do *status quo* imperial tinham se fragilizado. Esta situação impôs uma reavaliação das estratégias dos agentes incluídos no *establishment* abito cívico e alterou a estrutura de oportunidades políticas para a multiplicação pública de vários segmentos marginalizados no arranjo político imperial" (ALONSO, 2002, p. 332-333).

²² "Do repertório da política científica vieram os esquemas explicativos para a geração de 1870 criticou a tradição imperial e reinterpretou a história imperial. A introspecção no passado colonial e a perspectiva comparada foram os instrumentos para tentar inserir o Brasil em uma história ocidental em transformação e progressivo e ler a conjuntura como episódio de uma transformação estrutural". Cf. ALONSO, Ângela M. *Ideias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Imperial*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 332.

²³ Idem, p. 332.

²⁴ Nabuco foi o mais jovem ministro a ser nomeado para o Supremo Tribunal de Justiça (tinha 36 anos em 1832), tendo lá permanecido por 31 anos e 6 meses.

alterações, permanece, ainda hoje, como fase investigatória que antecede o processo penal. A Reforma Judiciária de 1871 também apresenta em função das modificações dos Institutos da fiança²⁹, da prisão preventiva, da queixa ou denúncia³⁰, do tribunal do júri e do *habeas corpus*

obtido e continuará a cooperar nos termos do art. 40. Não há prevenção de jurisdição no ato do inquérito policial para o efeito de poder a autoridade judiciária solicitar ao Promotor público dirigir-se a qualquer autoridade policial e requisitar outras informações e diligências necessárias; ou, para o efeito de poder a autoridade judiciária requerer que as autoridades policiais colher esclarecimentos e provas a fim de que a mesma formação da culpa, ainda depois de iniciada.

[illegible]

Art. 30. É instituída a fiança provisória nos mesmos casos em que tem lugar a definitiva. Os seus efeitos durarão trinta dias, e mais tantos quantos forem necessários para que o réu possa apresentar-se ao Juiz competente: a fim de prestar a fiança definitiva, na razão de quatro léguas por dia.

Art. 31. São competentes para admitir a prestação da fiança provisória os Juizes de Paz, autoridades policiais, Juizes Municipais e seus suplentes, Juizes de Direito e seus Substitutos. Não poderá ser prestada a fiança provisória, se houver decorridos mais de 30 dias depois da prisão" (Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871). Art. 14 da Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871.

Art. 15. Fica abolido o procedimento *ex-officio* dos Juizes formadores da julga-
pa, exceto nos casos de flagrante delicto; nos crimes policiais; e nas espécies que tu-
§§ 5º e 7º deste artigo. § 1º No caso de flagrante delicto, se o réu obtiver liberdade
a queixa ou denúncia será apresentada dentro dos 30 dias da perpetração do
delicto. § 2º Se o réu estiver preso, a queixa ou denúncia será oferecida dentro
de cinco dias. § 3º Não estando o réu preso, nem afluído, o prazo para a
queixa ou denúncia será igualmente de cinco dias, contados da data em que o
Promotor público receber os esclarecimentos e provas do crime, ou que se tornar
tornar notório. § 4º As autoridades competentes remeterão aos Promotores Pú-
blicos ou seus Adjuntos as provas que obtiverem sobre a existência de qualquer
delicto, a fim de que eles procedam na forma das leis. § 5º Se esgotados os meios
acima declarados, os Promotores Públicos ou seus Adjuntos não apresentarão a
a queixa ou denúncia, a autoridade formadora da culpa procederá *ex-officio* a
o Juiz de Direito inultrará os Promotores ou Adjuntos omissos na quantia de
20\$000 a 100\$000, se não oferecerem motivos justificativos de sua falta. § 6º
Promotor Público, a quem o Adjunto deverá comunicar a queixa ou denúncia
que tiver apresentado, poderá adicioná-la como entender mais justo, e poderá
quir nos termos da formação da culpa. § 7º As autoridades judiciárias competentes

organiz³¹. No entanto, seu significado vai além desses institutos profissionais. Por trás de uma reforma que visava sistematizar a organização judiciária do Império estão acomodações de relações de poder³².

Art. 16. Aos Promotores Públicos, além das atuais atribuições, compete: § 1º - reconhecer casos de responsabilidade, formular culpa a quem a tiver, sendo, não sendo, remeterão ao Promotor Público ou seu Adjunto de sua competência; e § 2º - aplicar-se-á a disposição do § 5º.

Art. 18. "Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de *habereus-corpore* a favor de qualquer pessoa que estiverem ilegalmente presos, ainda quando os fossem por determinação do Chefe de Polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e quando não estiverem excluídos dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados em qualquer praça no exército ou armada. A superioridade no grau na ordem da jurisdição judicial judiciária é a única que limita a competência da respectiva autoridade em decidir sobre as prisões feitas por mandado das mesmas autoridades judiciais, e não a superioridade no grau na ordem da jurisdição administrativa." Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habereus-corpore* ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se este já estiver aneado.

Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de promulgação ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a legislação contra tais fatos, que só pelos meios ordinários podem ser nulificados. Em todos os casos em que a autoridade, que conceder a ordem de *habeas-corpus*, reconhecer que houve, da parte que autorizou o constrangimento ilegal, abuso de autoridade ou violação flagrante da lei, deverá, conforme for de sua competência, ordenar ou requisitar a responsabilidade da que assum abusou.

W. F. Negada a ordem de *habitas-corpus* ou de soltura pela autoridade inferior, quando ela ser requerida perante a superior.

115 Quando dos documentos apresentados se reconhecer evidentemente a ilegalidade do constrangimento, o juiz a quem se impetra a ordem de *habeas corpus* poderá determinar a imediata cessação, mediante caução, até que se resolva definitivamente. Se não for reconhecido e garantido o direito de justa indenização e, em todo caso, se as custas contadas em tresdobro a favor de quem sofrer o constrangimento (impondo-se-lhe a responsabilidade por semelhante abuso de poder).

plena concessão do *habéis-corpus* não pôe termo ao processo nem obsta a sua continuação, e o corpo do preso não é obrigado a comparecer ao juízo competente, quando este requerer para si ordem de *habéis-corpus*, nos termos em que este tem lugar." (Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871).

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. P. 96-97.

que percorreram a história de transformações do desenho institucional brasileiro: (I) a separação entre as funções da polícia e da justiça (poder judicial) e (II) a disputa entre poder central e poder local, de tal modo que essas serão os eixos centrais deste artigo, ao redor dos quais serão estudadas as pautas da Reforma Judiciária de 1871.

Justiça e polícia

A diferenciação que se estabelece entre as funções do poder judicial e da polícia parece ter sido o ponto mais importante da Reforma. Nesse eixo, o jogo de poder estabeleceu-se principalmente entre (i) juizes de direito, juizes municipais, juizes de paz e promotores públicos e (ii) os chefes, delegados e subdelegados de polícia²⁰. O mais interessante é que essa luta política por redefinição de espaços segue em paralelo com os debates sobre a ampliação das garantias individuais.

O núcleo do conflito envolve a profissionalização da magistratura e a ampliação de garantias dos cidadãos perante a força policial. Assim, a força-se a presença do juiz de direito como elemento que deveria assegurar as garantias dos cidadãos, e dos atores policiais como um fator que diminuiria tais garantias. Os liberais defendiam a ampliação dos poderes do juiz de direito, enquanto os conservadores temiam essa ampliação, pois isso poderia significar diminuição do controle do governo sobre as decisões.

As graduações desse discurso podem ser percebidas na análise realizada por Carneiro da Rocha:

Como medida de grande alcance político e protetora da liberdade individual, o país há muito que trabalhava pela incomunicabilidade entre a polícia e a justiça, foi agora atendido, porém de um modo incompleto. O governo, na lei que fez votar pelas câmaras, aceitou o princípio sustentar e garantir a separação da polícia

Art. 10. As atribuições de Chefe, Delegados e Subdelegados de polícia substituídas com as seguintes reduções: 1ª A da formação da culpa e pronúncia dos crimes comuns. 2ª A do julgamento dos crimes do art. 12, § 7º do Código do Processo Criminal, e do julgamento das infrações dos termos de segurança e de bem viver. Art. 11. Compete-lhes, porém: 1º Preparar os processos dos crimes do art. 12, § 7º do citado código, procedendo *ex-officio* quanto aos crimes policiais. 2º Promover o inquérito policial e a todas as diligências para o descobrimento dos fatos delictuosos e suas circunstâncias, inclusive o corpo de delito. § 3º Conter-se-lhes a provisão.

Art. 12. Permanece salva ao Chefe de Polícia a faculdade de proceder a formação da culpa, e pronunciar no caso do art. 60 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, com recurso necessário para o Presidente da Relação do Distrito, na Corte e nas províncias do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas, Bahia, Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Maranhão, e nas outras, para os Juizes de Direito das respectivas capitais, enquanto não se facilitarem as condições para a sede das Relações" (Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871)

e da justiça; mas não fazendo, como já dissemos, senão reformas tímidas e defeituosas, conseguiu aquele princípio, mutilando-o em suas aplicações²¹.

A Reforma de 1871 fixou os valores máximo e mínimo das faixas em que as penas, atribuindo às autoridades judiciais o poder de arbitrar seu valor. Tal medida visava impedir que a polícia pudesse manter acusados crimes aflagrantes presos. Fazia parte da agenda liberal, pois permitia a ampliação do poder dos juizes de direito em detrimento das autoridades policiais. No entanto, a reforma manteve a possibilidade de penas ilegais, pois estas poderiam realizar-se independentemente de orfandade da autoridade judicial, permanecendo o poder da polícia de manter prisão preventiva sem mandado nos crimes aflagrantes²².

O instituto que melhor representou a derrota²³ do projeto liberal na reforma de 1871 foi o inquérito policial. Criado pelo Decreto de novembro de 1871, o inquérito definiu a manutenção da iniciativa de ação da polícia na instrução criminal, sem que para isso fosse necessária a intervenção judicial. Desse modo, consolidava-se uma separação entre Justiça e polícia em termos bastante diferentes daqueles propostos pelos liberais, duplicando o processo de formação da culpa e afastando do controle judicial a legalidade dos procedimentos policiais²⁴.

Desse modo, a criação do inquérito policial foi recebida por boa parte dos juristas oitocentistas como uma ampliação da força da polícia, o que significaria a redução das garantias individuais. Nesse sentido são as críticas de Carneiro da Rocha:

O inquérito policial é uma pura criação do regulamento de 22 de Novembro do ano passado, elaborado para a execução da lei da

ROCHA, Antonio Carneiro da. *Anotações e comentários à Lei de 20 de novembro de 1871 e regulamento de 22 de novembro do mesmo ano*, 1873, p. 178-179.

ROBERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 108.

35 considerou incompatíveis os cargos de Juiz Municipal e de Substituto com este qualquer autoridade policial, não proibiu expressamente que os Juizes de Direito pudessem exercer cargos policiais; e mais, preservou aos Chefes de Polícia a atribuição de formar culpa e pronunciar nos casos do art. 60 do regulamento de 31 de Janeiro de 1842, isto é, conservou autoridades policiais com faculdade de julgar [...]. A conservação da faculdade de poder ao Chefe de Polícia impedindo para qualquer localidade formar processos a pretexto de cumprimento da segurança e tranquilidade pública e de cometimentos de crimes graves, etc., além de ser altamente contrária aos princípios expostos, é gravemente arbitrária e ameaçadora". ROCHA, Antonio Carneiro da. *Anotações e comentários à Lei de 20 de novembro de 1871 e regulamento de 22 de novembro do mesmo ano*, 1873, p. 178-179.

ROBERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 105.

nova reforma judiciária. Pelas novas leis do processo criminal as diversas autoridades policiais tinham a faculdade de promover a certas diligências anteriores à formação da culpa e contribuir ao descobrimento do fato delituoso e de seu agente; facultava-se essa incluída nas atribuições da polícia judiciária criminal, que competia às mesmas autoridades. Mas tais diligências eram muito diversas do inquérito policial, o qual, compreendendo algumas daquelas diligências, todavia abrangia outras que constituíam um processo complicado e indispensavelmente moroso. Queria-se, pois, que as autoridades policiais tivessem competência para exercer certos atos que levassem ao rastreamento dos crimes, mas que essa competência fosse exercida sem forma de juízo, como que administrativamente, e não um cortejo de fórmulas e expensas que constituem o inquérito policial. O inquérito policial está organizado é um novo processo de instrução, incumbido às autoridades policiais, quase igual ao processo de formação da culpa, que possuímos. Ora, um processo com tal organização não se pode querer que autoridades policiais o possam formar quando pela lei e mesmo pelo regulamento aquelas autoridades foram despojadas das atribuições de formarem culpa.

Paula Pessoa também criticou o papel do inquérito policial como instrumento de fortalecimento da polícia:

ROCHA, Antonio Carneiro da. *Anotações e comentários à Lei do 20 de setembro de 1871 e regulamento de 22 de novembro do mesmo anno*, 1871, p. 212-213. "Se a lei da reforma restringiu o procedimento *ex-officio* somente a cinco casos, para destarte arrancar das mãos de autoridades partidárias a arma poderosa, que com tanta galhardia vivavam, de formarem processo *per alio* e independentemente da iniciativa da Promotoria Publica, que pelo seu carácter devia ser quem se apresentasse vingando as ofensas feitas à lei e aos direitos da comunidade politica; como é que a despeito de uma tal medida se cria o inquérito policial, que, se não é o procedimento *ex-officio*, é a faculdade de formar um processo anterior e preparatório, no qual muitas vezes irá somente o capitão da autoridade? Dir-se-á que as autoridades policiais não poderão muito fazer além do proveito de suas palhas, porque esse seu trabalho tem de passar por muitas das outras autoridades, que poderão não ser com elas solidárias. É exato que todas as diligências que constituem o inquérito policial, as autoridades policiais, suas comarcas gerais, remetê-las-ão aos Juizes Municipais, e nas comarcas respectivas aos Juizes de Direito, que dellel tomarão conhecimento, e depois as referidas serão tirão ao Promotor Publico; mas desde que aquellas autoridades não julcarem como não podem (ao menos não está autorizado pelo regulamento), rellatôr o inquérito, hão de aceitá-o como ele for apresentado, trabalho do capricho da autoridade policial, e portanto nenhuma garantia provém da intervenção de outras autoridades judicárias, que, decidindo pelo provado, nada poderão mudar, devem tirar as suas conclusões e formar juizo das premissas que lhas foram offerecidas pelo inquérito. Só na formação da culpa é que a autoridade competente poderá verificar a improrcedência da accusação e do inquérito, porque até aí é que pode reproduzir o processo, mas isto depois de grandes vexações e quando, talvez, já esteja o accusado preso, pois pelo regulamento se pode rellatôr até antes de qualquer diligências do inquérito."

O pior de tudo, porém, é o inquérito policial, a espada erguida sobre a cabeça do cidadão, que deu funções, por ventura tão temíveis, quanto às anteriores, aos agentes policiais, sendo que a sua inutilidade é demonstrada pela prática, sobressaindo tão somente o que há de funesto à justiça e à moralidade, levando-se o escândalo ao ponto de se proceder às ocultas os inquéritos, sem admitir-se às pessoas interessadas, cuja assistência se reclamou, como já sucedeu em certo tempo da Província do Ceará, como se o nosso sistema não fosse de publicidade, tanto mais, quando se trata da causa de um réu, que deve ser cercado das maiores garantias – facultando-se à defesa, do modo o mais generoso, sem nunca ser tolhida. E tanto mais perigo há de encaregar-se de um tal trabalho aos agentes policiais, quando eles são dados a abusar, geralmente animados como são pelas influências políticas senão pelos próprios Presidentes de Província. E é assim que nesta Província, houve um Delegado que, nos primeiros meses de 1873, levou o seu arrojio até o extremo de cercar a casa do Juiz de Direito para tirar de lá o escrvão, que a ela se refugiara às carreiras, ameaçado de prisão, pelo simples fato de ter ido intinar uma ordem de habeas-corpus a favor de um homem recrutado com 8 filhos. E um agente desses, o que não faria em um inquérito, animado pelas paixões senão furor, que excluem toda calma e justiça?²⁷

Por outro lado, se a Reforma de 1871 foi criticada por não estabelecer um controle judicial efetivo sobre a legalidade da atividade policial, a reforma comparada à Reforma de 1841, retirou algumas atribuições da polícia, limitando-se da competência para julgar as *infrações dos termos de polícia*,⁴² as *posturas municipais*⁴³ e os *crimes policiais*⁴⁴. Não obstante, contudo, tais julgamentos para a competência dos juizes de paz, mas aos juizes de paz (termos de segurança e bem viver e posturas municipais) e aos juizes municipais (crimes policiais).

central e poder local

Porque se refere à disputa entre poder central e poder local, os jogos também estabeleceram-se entre (i) juízes de paz, (ii) juízes municipais,

MESSOA, Y. A. de Paula. *Reforma judiciária*. 2. ed. Maranhão: Typografia de Antônio Pereira Ramos d'Almeida. 1880. p. 422-423.

Os termos de bem viver eram compromissos que deviam ser assinados por vaqueiros, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas que perturbassem a paz pública e transturbanos que por palavras ou ações ofendessem os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias. Caso o suspeito infringisse o termo, deveria ser preso ou obrigado a pagar uma multa (KOERNER, 1998, p. 103-104).

As posturas municipais regulavam a mobilidade física e as atividades dos escravos: libertos nas vias públicas (KOERNER, 1998, p. 103).

Os crimes policiais eram aqueles cuja pena máxima seria de 6 meses de prisão (ROERNER, 1998, p. 104).

1. The first step in the process of the investigation is the identification of the problem. This is done by the investigator who is responsible for the study. The investigator must first identify the problem that is being investigated. This is done by the investigator who is responsible for the study. The investigator must first identify the problem that is being investigated. This is done by the investigator who is responsible for the study.

The following information was obtained from the records of the [redacted] Department of Health and Human Services, Office of the Assistant Secretary for Health Policy and Statistics, dated [redacted].

[The remainder of the page contains extremely faint, illegible text.]