

A INVENÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA

Regina Lúcia Teixeira Mendes

Analista Judiciária/Execução de Mandados;

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho;

Graduada em Ciências Sociais;

Membro da Associação Brasileira de Antropologia

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o percurso da construção das garantias civis a partir do sistema processual penal legal, especialmente no que concerne à persecução penal, vigente no Brasil imperial e no Brasil da Velha República, tendo em vista que os momentos se distinguem tanto no que concerne à forma de Estado adotada quanto pelas constituições que lhes servem como fundamento: o Brasil Império era constituído como Estado unitário e, portanto, sem unidades autônomas - seu fundamento foi a Constituição de 1824; enquanto o Brasil da Velha República era constituído pela Carta de 1891 e fundava a federação brasileira. O inquérito policial, no entanto, foi inventado pela reforma do Código de Processo Criminal de 1871 e permaneceu o mesmo durante a República, até os nossos dias, apesar da mudança da forma de Estado e dos fundamentos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE

Inquérito policial. Código de Processo Criminal. Reformas. Império. República Velha

SUMÁRIO

1 Introdução 2 A produção legislativa do Império Brasileiro 3 Características contextuais do primeiro período legislativo brasileiro: algumas considerações sobre o Código Criminal de 1830 4 Algumas considerações sobre o Código de Processo Criminal de 1832 5 As reformas do Código de Processo Criminal 5.1 1ª Reforma: Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 5. 22ª Reforma: Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 6 A Proclamação da República e a Constituição de 1891: rupturas e continuidades 7 Identificação dos traços comuns (continuidade de filosofia e institutos) 8 Bibliografia

1 Introdução

O tema desperta particular interesse por esta estranha continuidade da disciplina legal da persecução penal, especialmente no que tange às regras do inquérito policial no sistema processual penal em dois momentos do Estado brasileiro, que se distinguem radicalmente do ponto de vista constitucional: o Império, estado unitário, governado por monarquia constitucional com traços absolutistas, dada a previsão do Poder Moderador atribuído ao Imperador; e a Velha República, que inaugura o federalismo e o presidencialismo no Brasil, mas cuja concepção jurídica é marcadamente liberal - ou pelo menos assim se qualifica -, assim como o Império brasileiro, apesar de não fundar uma sociedade igualitária.

Assim, chama a atenção a peculiar significação de determinadas categorias presentes no discurso jurídico constitucional e legal de ambos os momentos, como as idéias de liberalismo, de igualdade jurídica e de cidadania.

A história brasileira nos informa que, desde a independência, houve os liberais radicais, que lutavam pela prevalência do poder local e foram precursores do federalismo republicano; e os liberais conservadores, que lutavam pela hegemonia do poder central e de sua burocracia. Logo, a adoção dos modelos liberais não significou a adoção de um modelo igualitário e individualista de sociedade como aconteceu em vários países do ocidente europeu e nos EUA.

A Proclamação da República, mais do que a república funda a federação brasileira. É consagrada pela Constituição de 1891, típica constituição-garantia, nos moldes das muitas que surgiram no mundo nos séculos XVIII e XIX. Nela, assim como na Constituição Imperial de 1824, está consagrado o ideário liberal, que faz com que o ordenamento jurídico brasileiro deixe os rumos à mercê da dinâmica do acordo de vontades e dê ênfase à garantia da exequibilidade das promessas, ao arbitramento judicial das disputas e à livre circulação dos créditos¹.

Tendo em vista as mudanças estruturais que deveriam ter ocorrido no sistema jurídico brasileiro com a passagem de um sistema monárquico com traços absolutistas para o regime republicano que pressupõe a concepção igualitária da sociedade e a construção da idéia de cidadania universal, parece-nos curioso que o Código de Processo Criminal, depois da reforma de 1871, tenha sido mantido em suas linhas gerais, tanto nos códigos de processo criminal estaduais, até 1941, como no

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Código de Processo Penal de 1941, em vigor até hoje, uma vez que a matéria é diretamente relacionada com as garantias civis, primeiro grupo de direitos de cidadania dos Estados de Direito contemporâneos².

A independência brasileira, ocorrida em 1822, foi acelerada pela Revolução do Porto de 1820. E, como todo o século XIX, ambas estiveram marcadas pelo signo do absolutismo ilustrado e pelas revoluções americana e francesa. O liberalismo brasileiro exerceu forte influência sobre a cultura jurídica da época, apesar de esta doutrina ser mais econômica do que política. O nosso liberalismo, todavia, não se confundiu em momento algum com o ideário democrático, tampouco implantou no imaginário social brasileiro uma concepção individualista e igualitária de sociedade, como ocorreu em outros países.

A Constituição Brasileira Imperial de 1824, malgrado a inspiração liberal - que em outros países significou a introdução na cultura jurídica do igualitarismo jurídico e da idéia de cidadania universal -, aceitou a divisão dos brasileiros em cidadãos ativos, que eram eleitores e, portanto, titulares de direitos políticos e cidadãos passivos, isto é, os que não eram eleitores e, portanto não eram titulares de direitos políticos³. Naquele momento, os direitos políticos, portanto, não eram atribuídos a todos os brasileiros, assim como não lhes eram os direitos civis, uma vez que, apesar do regime constitucional adotado depois da Independência, a escravidão continuou a existir no Brasil. Ora, se os direitos civis são os derivados do direito de liberdade, obviamente não eram universalmente atribuídos aos brasileiros. Sem direitos civis e políticos atribuídos e garantidos aos cidadãos de forma igualitária e universal, fica difícil identificar o instituto jurídico da cidadania, tal como talhado pelas revoluções francesa e americana, apesar de a constituição atribuir essa qualidade ao povo brasileiro.

O movimento pela independência conglomerou todos os que tinham o controle exclusivo sobre o grande comércio, de tal forma que o Partido dos Brasileiros abrigou tanto monarquistas quanto republicanos. Por mais que esta convivência ideológica pareça impossível, dada a incompatibilidade fundamental das idéias e concepções sociais, todos eram confundidos inicialmente sob a bandeira única da autonomia do Brasil.⁴ Fica claro que o liberalismo da Independência referia-se mais aos temas pertinentes à autonomia nacional do que à transformação dos sujeitos sociais em indivíduos e, muito menos, à fundação de uma cidadania, nos moldes pós-revolucionários franceses ou americanos, que significasse a atribuição de um mínimo jurídico comum a todos os brasileiros⁵.

² MARSHALL, T. H. *Cidadania, Status e Classe Social*. Rio de Janeiro. Zahar: 1967.

³ *Ibid.*

⁴ LOPES, op. cit., p. 264.

⁵ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, nº 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

Vários eram os argumentos que afastavam os ideais democráticos e universalizantes. Por um lado, o medo da instabilidade pós-revolucionária como a que ocorreu na França ou nos Estados Unidos da América; por outro, os temores quanto à secessão ou ainda quanto à administração do problema da população escrava ou dos libertos fizeram com que a democracia radical e a cidadania universal entre nós fosse, em geral, rejeitada. Aqui, o liberalismo da independência foi, sobretudo, a luta contra o sistema colonial, contra os monopólios, contra o Fisco, contra a antiga administração da justiça e contra a administração portuguesa⁶. Assim, durante o 1º Reinado, a primeira tarefa dos juristas brasileiros - todos formados pela Universidade de Coimbra - foi criar nosso próprio quadro legislativo e institucional.

O segundo ponto a ser lembrado é que, durante o processo de Independência, assim como não existiam entre nós as escolas de Direito, também não existiam na colônia os partidos políticos organizados pública e democraticamente. Isso fez com que as lideranças políticas fossem abrigadas em sociedades secretas como a Maçonaria, que, apesar de ter feito as vezes de um partido, apresentou a limitação de todos os grupos fechados: a impossibilidade de ampliar o debate e constituir um espaço público democrático e universal na sociedade brasileira. Neste particular, a conjuntura da época representou um lugar adequado para um reformismo elitista, que apesar de anticlerical, ilustrado e nacionalista, era católico e apresentou-se como um reformismo paternalista para alguns, e excludente para os não iniciados: não estava disposto a romper com as velhas bases da organização social hierárquica do regime colonial e a fundar uma sociedade igualitária⁷.

Uma vez independente o Brasil, a luta liberal tomou dois sentidos. O primeiro opunha-se ao absolutismo de Dom Pedro I e procurava conquistar a liberdade de oposição. O segundo sentido opunha-se à centralização nacional, articulada por José Bonifácio em torno das províncias mais próximas da corte - Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais - assim como lutava pelo federalismo, expressão da disputa entre as oligarquias locais e central. Podemos identificar, portanto, dois grupos de liberais na história da Independência brasileira: os radicais, federalistas, e os moderados, centralistas. Curiosamente, nenhuma das duas vertentes lutava efetivamente por ideais igualitários do ponto de vista jurídico, base fundamental da ideologia liberal. Podemos concluir que a Independência brasileira não representou uma ruptura das estruturas hierárquicas e estamentais jurídico-sociais vigentes na Colônia que tivesse introduzido na sociedade brasileira uma conformação igualitária e democrática. Apesar da Independência, a tradução jurídica do Estado brasileiro de então - a Constituição de 1824 e a construção de

⁶ LOPES, op. cit., p. 265.

⁷ DUMONT, Louis. *Homo Aequalis*. Rio de Janeiro: Edusc, 2000.

um ordenamento infraconstitucional pátrio, representado pelo Código Criminal de 1830, pelo Código de Processo Criminal de 1832, e pelo Código Comercial de 1850 - não foi suficiente para que a sociedade brasileira deixasse de ser hierárquica, oligárquica e escravocrata, permanecendo excluída a maior parte da população brasileira do gozo dos direitos civis, já que estes derivam do direito de liberdade.⁸ Na mesma direção, o sistema de representação política censitário excluía a maior parte da população da titularidade e do gozo dos direitos políticos, uma vez que só eram considerados cidadãos ativos os que tivessem renda superior a 100 mil réis. Por conseguinte, com a Independência, não foram universalizados no Brasil nem os direitos civis nem os direitos políticos, transformações fundamentais introduzidas pela Revolução Francesa e pela Independência Americana nas respectivas sociedades.

2 A produção legislativa do Império Brasileiro

O Império brasileiro recém-nascido, para afirmar a sua soberania, precisava reformar as instituições do antigo regime colonial, tais como a Justiça, a Fazenda e a Guerra, e adaptar o regime institucional brasileiro aos ditames básicos da Carta Constitucional de 1824, que incorporou muito das cartas de direitos europeia e americana do fim do século XVIII. Assim foi feito. A produção legislativa brasileira seguiu o seguinte percurso: o primeiro diploma jurídico formulado foi o Código Criminal, promulgado em 1830; imediatamente seguido pelo Código de Processo Criminal, promulgado em 1832 - reformado em 1841 e 1871. Em 1850, apareceu no quadro legislativo brasileiro o Regulamento (Decreto) nº 737, que disciplinava o Processo Civil, bem como o Código Comercial. O Brasil imperial, do ponto de vista territorial, foi um Estado unitário e centralizador, que adotou nominalmente o princípio da separação de poderes sem deixar de garantir a interferência do imperador em qualquer assunto, por conta da adoção do Poder Moderador. Essa forma de Estado marcou a preponderância das forças conservadoras que se opunham à Revolução Pernambucana de 1817, de ideais descentralizadores devido à força da elite local, já bem articulada pelo ciclo do açúcar. A Revolução Pernambucana foi liderada por membros da magistratura, do clero e das classes superiores da sociedade local. Foi um movimento tido como muito perigoso pela corte de Pedro I por seu tom republicano e autonomista e, por isso, fortemente reprimido. As razões que a fizeram tão ameaçadora foram as críticas fundamentais ao regime imperial formuladas por suas lideranças. A Constituição de 1824 foi fortemente criticada em Recife por Frei Caneca,

⁸ MARSHALL, *op. cit.*

revolucionário de 1817, que apontou como principais objeções ao projeto a ausência de determinação do território do Império - o que arriscava a independência, já que permitiria facilmente a união do Brasil a Portugal por Dom Pedro. Apontou também a contradição do texto constitucional, segundo o qual o imperador juraria preservar a integridade do Brasil, mas teria poderes - sem ouvir a assembléia geral - de ceder ou trocar o território do Império. Apontou ainda o caráter centralizador da Constituição, que retirava das províncias a possibilidade de legislar sobre assuntos de seu interesse. O Poder Moderador também foi objeto de crítica dos revolucionários pernambucanos, qualificado por Frei Caneca de “invenção maquiavélica e chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”.⁹ Por fim, as críticas recaíram também sobre a desqualificação da teoria política da outorga da constituição, uma vez que esta contraria o princípio da soberania da vontade popular que legitima a submissão da nação ao pacto constitucional.

Os traços monárquicos e absolutistas do Império brasileiro sempre desagradaram as correntes liberais que sobreviveram à crise da regência. No entanto, ao que tudo indica, tal insatisfação não foi decorrente do fato de tais traços serem incompatíveis com uma concepção igualitária da sociedade. Temia-se, isso sim, que o Brasil voltasse a se unir a Portugal em razão do fato de D. Pedro I ser o herdeiro do trono luso. Somou-se a isso um fator que contrariava os interesses políticos da oligarquia local: a limitação dos eleitores ao universo dos homens livres, com renda superior a 100 mil réis - derivada de bens de raiz, indústria, comércio ou emprego -, excluídos os menores de 25 anos, os filhos de companhia dos pais, os criados de servir e os religiosos de ordens conventuais. Além disso, os brasileiros naturalizados e os não-católicos, mais os que tivessem renda inferior a 200 mil réis, eram excluídos da titularidade e do exercício dos direitos políticos. Toda essa restrição fez surgir, no Brasil, a categoria “cidadão passivo” para os brasileiros não titulares de direitos políticos: todos os brasileiros, exceto os escravos, gozavam da “cidadania passiva”, com as garantias nominais da carta de direitos do artigo 179 da Constituição¹⁰, mas sem as prerrogativas de eleger ou ser eleito¹¹. Tendo em conta que a maior parte da população do Império era negra - ainda que liberta - ou parda e

⁹ LOPES, op. cit., p. 284.

¹⁰ Constituição de 1824: “Art. 6º São cidadãos brasileiros: (1º) Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação. (2º) Os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império. (3º) Os filhos de pai brasileiro, que estivesse em país estrangeiro, em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil. (4º) Todos os nascidos em Portugal e suas possessões que, sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram a esta expressa ou tacitamente pela continuação da sua residência. (5º) Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. A lei determinará as qualidades precisas para se obter carta de naturalização” (grifo nosso).

¹¹ Constituição Brasileira de 1824: “Art. 90 As nomeações dos deputados e senadores para a Assembléia Geral e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias serão feitas por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos ativos em assembléias paroquiais os eleitores de província e este os representantes da Nação e província.”

pobre, o acesso ao poder ficava restrito à elite da corte. A Independência não representou a fundação da cidadania brasileira em uma concepção universal contemporânea, nem no que diz respeito aos direitos civis tampouco no que concerne aos direitos políticos, dado o caráter restrito destes¹², já que a idéia de cidadania pós-revoluções liberais implica necessariamente a universalização de direitos.

3 Características contextuais do primeiro período legislativo brasileiro: algumas considerações sobre o Código Criminal de 1830

O Código Criminal foi a primeira produção legislativa do Império brasileiro. Foi promulgado em 16 de dezembro de 1830 e revogou o Livro V das *Ordenações do Reino*, ainda em vigor, entre nós, até então. A Constituição do Império, no artigo 179¹³, já havia delineado os princípios gerais da política criminal de então com a abolição das penas de açoites, tortura, marca de ferro quente e “demais penas cruéis”. Muito se debateu na época a respeito da constitucionalidade da pena de morte e de galés diante da proibição constitucional da aplicação de penas cruéis. No entanto, por maioria, ambas foram aprovadas. A Constituição também adotou o princípio da intrascendência das penas, segundo o qual nenhuma pena poderia passar da pessoa do condenado - foram abolidos, portanto, o confisco e a infâmia hereditária¹⁴. Por determinação constitucional também, as cadeias deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.¹⁵ Tais princípios foram adotados pela Constituição Imperial, pois se entendeu que o caráter excessivamente rigoroso das penas previstas no Livro V das *Ordenações* acabou resultando no oposto: provocava nos juízes o desejo de mitigar o rigor legal, gerando, assim, crescente impunidade.¹⁶

Tanto a Constituição Imperial de 1824 como o Código Criminal de 1830 tiveram inspiração no iluminismo penal do século XVIII. Este, além de ser primeiro código criminal da América Latina, foi revogado apenas em 1890. Por esta razão, cumpre fazer

¹² CARVALHO, José Murilo de *Cidadania no Brasil: Um Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

¹³ Constituição de 1824: “Art. 179 [...] IX - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

¹⁴ Constituição de 1824: “Art. 179 [...] XX - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.”

¹⁵ Constituição de 1824: “Art. 179 [...] XXI - As cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.”

¹⁶ LOPES, op. cit., p. 286.

uma análise do diploma que segue o modelo lógico sistemático, visto que este sistema vai ter influência nas normas da persecução penal, presentes no Código de Processo Criminal de 1832. O Código Criminal se inicia com uma parte geral, que trata dos crimes e das penas, seguida de uma parte especial, que divide os crimes em públicos, privados e de polícia, conforme as qualidades pessoais da vítima. Permito-me a ênfase: o critério adotado para a classificação dos crimes em públicos ou privados era a qualidade da vítima, diferentemente do critério atual.

Consideravam-se públicos os crimes contra a existência do Império; contra o livre exercício dos poderes políticos; contra o livre gozo dos direitos políticos dos cidadãos; contra a segurança interna do Império e a tranquilidade pública; contra a boa ordem e a administração pública; e contra o tesouro e a propriedade pública. Eram considerados delitos particulares os que atentavam contra a liberdade individual, contra a segurança individual - incluídos aí o homicídio e os delitos contra a honra -, além dos delitos contra a propriedade e contra a pessoa e a propriedade. A última parte do Código Criminal definia os crimes de polícia, que não eram os crimes a serem resolvidos na delegacia (que sequer existiam na estrutura judiciária), mas os crimes que atentavam contra as normas de polícia administrativa, como as posturas sanitárias das cidades e das províncias.¹⁷

Entretanto, a inspiração liberal do Código Criminal não foi suficiente para superar a estrutura estamental da sociedade brasileira, que permanecia oligárquica e fortemente hierarquizada e até aquele momento ainda era escravocrata, apesar de esta realidade social ser ignorada pela Carta Constitucional de 1824, tanto quando trata da cidadania brasileira quanto trata das garantias civis. Assim, o artigo 60 conservou a pena de açoites para os escravos, apesar de ela ter sido expressamente extinta pela Constituição, pelo menos para os cidadãos brasileiros. Vê-se que a desigualdade jurídica permanecia no ordenamento, embora a Carta de 1824 proclame o princípio da igualdade jurídica¹⁸. E o instituto da cidadania, entendido como mínimo jurídico comum a todos os nacionais, não era universal entre nós¹⁹. Foram abolidos expressamente pelo Código Criminal de 1830 os chamados “crimes imaginários”, como a feitiçaria e a sodomia. A celebração de cultos de religião diferente da católica era tipificada como crime de polícia assim como o ato de abusar ou zombar de culto estabelecido no Império, entre outros dispositivos que protegiam a religião católica.

¹⁷ Ibid., p. 287.

¹⁸ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

¹⁹ _____. Brasileiros: Nacionais ou Cidadãos? Estudo Acerca dos Direitos de Cidadania no Brasil numa Perspectiva Comparada. In: *Cadernos de Direitos Humanos: Direitos Negados - Questões para uma Política de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro; Booklink, 2004.

4 Algumas Considerações sobre o Código de Processo Criminal de 1832

O Código de Processo Criminal representou a grande vitória legislativa dos liberais radicais, que sucedeu a abdicação de Dom Pedro I, uma vez que enfatizou na organização judiciária a descentralização de poder. Promulgado em 1832, alterou substancialmente o sistema judiciário brasileiro, ao praticamente extinguir o antigo sistema colonial, e introduziu novidades trazidas da Inglaterra, como já tinha sido previsto pela Constituição de 1824²⁰. Especificamente, o Conselho de Jurados foi instituído como a parte do Poder Judiciário, cuja competência constitucional era o julgamento dos fatos, enquanto que aos juízes de direito competia aplicar o direito. Os resquícios do Conselho de Jurados do CPP de 1830 hoje são o Tribunal do Júri. O referido diploma também introduziu no ordenamento brasileiro o habeas corpus, de inspiração inglesa, inexistente na tradição do direito europeu continental.

A investigação criminal das Ordenações Filipinas de tom inquisitorial denominada “devassa” desaparece no Código de Processo 1832 por expressa determinação constitucional, e é substituída por um juizado de instrução, de perfil contraditório, sob a direção de um juiz de paz leigo e eleito.^{21/22/23}

A sociedade imperial brasileira era agrária, oligárquica, patriarcal, escravocrata e estamental, na qual os Conselhos de Jurados não representaram a materialização do julgamento entre pares, ainda que o sistema implantado tenha sido inspirado na idéia do Direito anglo-saxão, que privilegia o julgamento pelos iguais, e daí a idéia de júris populares. Aqui no Brasil, dada a conformação social local, os Conselhos de Jurados eram formados apenas pelos eleitores oriundos das camadas da oligarquia local,

²⁰ Constituição de 1824: “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar assim no nível como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem. Art. 152. Os jurados pronunciam sobre o fato, e os juizes aplicam a lei.”

²¹ LOPES, op. cit., p. 289

²² Constituição de 1824: “Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegendem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.”

²³ Código de Processo Criminal de 1832: “Artigo 12: Aos Juizes de Paz compete: § 1º Tomar conhecimento das pessoas que de novo vierem habitar no seu Distrito, sendo desconhecidas ou suspeitas; e conceder passaporte às pessoas que o requererem. § 2º Obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigo, bêbados por hábitos, prostitutas que perturbam o sossego do publico, aos turbulentos que por palavras, as ações ofendem os bons costumes, a tranqüilidade publica e a paz das famílias. § 3º Obrigar a assinar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de cometer algum crime, podendo combinar nesse caso, assim como aos compreendidos no parágrafo antecedente, multa até 30.000 réis, prisão até 30 dias e 3 meses de casa correção ou oficinas publicas. § 4º Proceder a auto de corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes. § 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juízo. § 6º Conceder fiança na forma da lei, aos declarados culpados no Juízo de Paz. § 7º Julgar: 1º As contravenções às Posturas da Câmaras Municipais; 2º Os crimes a que não esteja imposta pena maior que a multa até 100.000 réis, prisão, degredo ou desterro até seis meses, com multa correspondente a metade deste tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção ou Oficinas Publicas, onde as houver. § 8º Dividir o seu Distrito em quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.”

uma vez que só estes eram “cidadãos ativos” que gozavam de direitos políticos e, portanto, eram elegíveis para a função de Juiz de Paz. Assim, os conselhos de sentença no Brasil tenderam sempre a reproduzir em suas decisões os mesmos constrangimentos que permeavam toda a estrutura social hierarquizada da época.

Pelo fato de a aplicação do Código Criminal ser competência dos Conselhos de Jurados, formados apenas pelos eleitores - homens com renda superior a 200 mil réis -, os julgamentos reproduziam, apesar do liberalismo da letra da lei, o pensamento e a moralidade dos grupos de onde provinham os jurados: em geral as oligarquias locais patriarcais e conservadoras.²⁴

A primeira parte do código reorganizou a justiça criminal, seguindo as determinações constitucionais: extinguiu as ouvidorias de comarca; os juízes de fora, que representavam a tendência centralizadora da justiça do Regime Colonial; e os juízes ordinários, assim como toda e qualquer jurisdição criminal que não fosse a do Senado, a do Supremo Tribunal de Justiça, a do Tribunal das Relações, a dos Juízes Militares (em crimes puramente militares) e da Justiça Eclesiástica (em matérias puramente religiosas).²⁵

A estrutura do aparelho judiciário disciplinada pelo Código de Processo Criminal de 1832, conforme as determinações constitucionais de 1824, passou a contar basicamente, em primeiro grau de jurisdição, com juízes de direito - letrados, nomeados pelo Imperador e vitalícios; juízes municipais; juízes de paz, eleitos e locais; promotores de justiça; e jurados, que deveriam ser escolhidos entre os cidadãos eleitores²⁶. Em segundo grau de jurisdição, existiam as Juntas de Paz ou as Relações. Até 1874, havia quatro tribunais da Relação no Brasil: na Bahia, desde 1652; no Rio de Janeiro, desde 1751; em São Luís, desde 1812; e em Recife, desde 1821. Para o Supremo Tribunal de Justiça, havia apenas o recurso de revista²⁷. A estrutura judiciária introduzida pelo Código de

²⁴ LOPES, op. cit., p. 289.

²⁵ Constituição de 1824: “Art. 153. Os juízes de direito serão perpétuos, o que, todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo, e maneira, que a lei determinar. Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à relação do respectivo distrito, para proceder na forma da lei. Art. 155. Só por sentença poderão estes juízes perder o lugar. Art. 156. Todos os juizes de direito e os oficiais de justiça são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometerem no exercício de seus empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por lei regulamentar.”

²⁶ Constituição de 1824: “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar assim no civil como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem.”

²⁷ Constituição de 1824: “Art. 158. Para julgar as causas em segunda e última instância, haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para comodidade dos povos. Art. 163. Na Capital do Império, além da relação, que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles, que se houverem de abolir.”

Processo Criminal de 1832 também serviu para estruturar a justiça civil brasileira, já que o Conselho de Jurados funcionava tanto em matérias criminais como em matérias cíveis, por determinação constitucional²⁸. O Código Criminal adota o princípio da publicidade de todas as audiências, conforme a determinação constitucional, embora tenha conservado o destaque do papel dos escrivães²⁹. Os juízes de direito substituíram os juízes de fora. Eram bacharéis em Direito nomeados pelo Imperador para cargo vitalício para atuar na comarca, onde sua principal função era presidir o Conselho de Jurados nos dois júris, tanto o de acusação como o de sentença, e aplicar a lei aos fatos julgados pelo Conselho. Os juízes municipais eram nomeados pelos presidentes de província: os indicados compunham uma lista tríplice elaborada pelas Câmaras Municipais, que relacionavam as pessoas bem conceituadas da sociedade local. Tinham a função de substituir os juízes de direito e não eram vitalícios: eram nomeados por três anos. Eram formados em Direito ou advogados hábeis. Nem todos os advogados eram formados em Direito, pois as Relações, na falta de bacharéis, “passavam provisão” para quem soubesse a prática forense - daí o termo “advogados provisionados”. Os juízes municipais atuavam numa base territorial denominada “termo”, que estava contida numa comarca. Aí davam execução às sentenças e exerciam a “jurisdição policial”, isto é, processavam e julgavam as queixas-crime referentes a infrações que envolviam posturas de polícia administrativa. Os juízes de paz - cujos resquícios estão até hoje no art. 98, I, da Constituição da República de 1988 - eram eleitos por um ano³⁰, tinham funções de polícia e de jurisdição no processo sumário para julgamento dos crimes policiais, crimes contra as posturas municipais e crimes cuja pena máxima fosse seis meses de prisão ou 100 mil réis de multa. Os juízes de paz tiveram principalmente função investigativa como juízes de instrução, tanto na fase do oferecimento da denúncia ou queixa para Júri de Acusação como na fase de instrução no procedimento ordinário.

A segunda parte do Código de Processo Criminal de 1832 disciplinava o processo de modo geral e criava duas espécies de procedimentos: o sumário de competência dos juízes de paz - o que incluía a formação da culpa preliminar, isto é, a instrução da queixa - e o procedimento ordinário, utilizado para o julgamento dos crimes mais graves e de competência do Conselho de Jurados, presidido por um juiz de direito.

²⁸ Constituição de 1824: “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem.”

²⁹ Constituição de 1824: “Art. 159. Nas causas crimes, a inquirição das testemunhas e todos os mais atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já.”

³⁰ Código de Processo Criminal de 1832: “Artigo 10. Os quatro Cidadãos mais votados serão os Juizes, cada um dos quais servirá um ano, precedendo sempre aos outros aquele que tiver maior número de votos. Quando um dos Juizes estiver servindo, os outros três serão seus Suplentes, guardada, quando tenha lugar, a mesma ordem entre os que não tiverem ainda exercido esta substituição.”

O Conselho de Jurados fazia tanto o júri de acusação - que constituía um júizo de admissibilidade da acusação, composto por 23 jurados - como o júri de sentença, que julgava o mérito da acusação, composto por 12 jurados. Cumpre frisar que somente os cidadãos ativos, isto é, somente os eleitores poderiam ser jurados, o que, como já vimos, excluía a maior parte da população.

No procedimento ordinário, a queixa da vítima, no caso dos crimes particulares³¹, ou a denúncia no caso dos crimes públicos³² eram recebidas pelo juiz de paz eleito para a instrução criminal de formação de culpa, que deveria fundamentar o júizo de admissibilidade da ação penal em que o Conselho de Pronúncia tivesse competência. O juiz de paz era competente para julgar o acusado, quando se tratasse de crime de sua alçada de julgamento, ou remetia os autos para o juiz de direito que presidiria, primeiro, o júri de acusação ou júri de pronúncia e, uma vez admitida a acusação, o júri de sentença. O Conselho de Pronúncia deveria decidir se haveria suficientes elementos sobre o fato criminoso e sua autoria para que a acusação pudesse ser submetida ao julgamento pelo Conselho de Sentença.³³ Caso não existissem elementos suficientes, haveria uma instrução perante o Conselho, presidida pelo juiz de paz. O júri de sentença era posterior e formado por 12 jurados escolhidos pelos mesmos critérios já expostos. Por fim, vale a ressalva de que o Código de Processo Criminal de 1832 introduziu no Direito brasileiro o processo de habeas corpus³⁴, que como o julgamento pelo Conselho de Jurados, era de inspiração inglesa e inédito até então na tradição jurídica da Europa continental.

Fica evidente, então, que o sistema processual penal adotado no Brasil pelo Código Criminal de 1832, em atenção ao disposto na Constituição imperial de 1824, teve clara inspiração no modelo da *common law*, mais especialmente no sistema inglês. A este respeito ensina Magarino Tôrres:

³¹ Código de Processo Criminal de 1832: "Art. 72. A queixa compete ao ofendido; seu pai ou mãe, tutor, ou curador, sendo menor; senhor, ou cônjuge."

³² Código de Processo Criminal de 1832: "Art. 73. Sendo o ofendido pessoa miserável, que pelas circunstâncias, em que se achar, não possa perseguir o ofensor, o Promotor Público deve, ou qualquer povo pôde intentar a queixa, e prosseguir nos termos ulteriores do processo. Art. 74. A denúncia compete ao Promotor Público, e a qualquer do povo: § 1º Nos crimes, que não admitem fiança. § 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. § 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou qualquer dos Príncipes ou Princesas da Imperial Família, Regente, ou Regência. § 4º Em todos os crimes Públicos. § 5º Nos crimes de resistência as autoridades, e seus oficiais no exercício de suas funções. § 6º Nos crimes em que o delinqüente for preso em flagrante, não havendo parte que o acuse. Art. 75. Não serão admitidas denúncias: § 1º Do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa, do irmão contra o irmão. § 2º Do escravo contra o senhor. § 3º Do advogado contra o cliente. § 4º Do impúbere, mentecapto ou furioso. § 5º Do filho famílias sem autoridade de seu pai. § 6º Do inimigo capital.

³³ Código de Processo Criminal de 1832 - artigos 244 e 248.

³⁴ Idem, artigos 340 a 352.

[...] a antiga instituição (o júri) virtualmente inglesa, que se impôs à adoção do mundo civilizado pelo conceito filosófico sobre o crime, variante com os tempos e os lugares, também criou raízes no Brasil; e, embora discutida, quanto ao seu funcionamento, foi sempre defendida como garantia suprema das liberdades cívicas. Por ela sacrificaram-se, reagindo à Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 que a cerceara, o ex-regente do Império Diogo Antônio Feijó, Rafael Tobias de Aguiar, Gabriel José Rodrigues dos Santos e outros insignes brasileiros, capitaneando a revolta de São Paulo. [...] Reintegrado o júri nas suas prerrogativas em 1871, estendeu-se a sua competência a toda a matéria criminal.³⁵

A influência do sistema inglês no sistema processual penal brasileiro se evidencia, em primeiro lugar, na atribuição da competência de julgamento dos fatos a juízes leigos - os jurados - com a finalidade de aproximar o julgamento da idéia de justo comum³⁶ proveniente da cultura local, enquanto que aos juízes de direito caberia presidir o Conselho de Jurados e aplicar o direito aos fatos que tivessem sido admitidos pelos jurados. Além desse traço, cumpre pontuar que a investigação dos fatos, à qual se dava o nome de “formação de culpa”, ficava entregue a um membro do Poder Judiciário - o juiz de paz - que era leigo e eleito e, portanto, além de ser alguém inserido na cultura local, ocupava esse cargo temporariamente respaldado pela legitimidade das urnas.

A investigação criminal realizada para a “formação da culpa” só era feita a partir da denúncia, notícia-crime que ofendesse interesse do Estado; ou da queixa, notícia-crime que ofendesse interesse particular. Assim, tinha o caráter de instrução processual, que, como tal, seguia a lógica de construção de verdade jurídica para ser aproveitada pelo Conselho de Jurados tanto para o julgamento da admissibilidade da acusação como para o julgamento do mérito desta. Desse modo, a fase de instrução criminal preliminar à admissibilidade da acusação era judicial e processual e, portanto, não seria desqualificada na fase seguinte do processo como ocorre atualmente, quando as provas produzidas na fase do inquérito policial são desqualificadas como prova suficiente para fundamentar a sentença judicial.

Se, do ponto de vista processual, o sistema adotado pelo Código de Processo Criminal de 1832 parece mais lógico e eficiente, apesar de seus limites censitários, para a construção da idéia de cidadania universal e da efetivação do princípio da igualdade

³⁵ TORRES, Magarino. Instrução de Jurados. p 38. apud FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 919-920 e 958-959.

jurídica; do ponto de vista político, ele representou uma grande ameaça para a classe de magistrados letrados e advogados da corte que tinham forte influência na política imperial, pois, além de representar um ponto de fortalecimento do poder local, contrariava os objetivos centralizadores dos liberais conservadores. Por isso, o Código de Processo Criminal só vigorou no Brasil durante nove anos, já que sofreu a primeira alteração substancial em 1841. As razões acima expostas foram suficientes para a implantar a 1ª Reforma do Código de Processo Criminal, que passaremos a analisar.

5 As reformas do Código de Processo Criminal

5.1 1ª Reforma: Lei nº 261, de 3 de Dezembro de 1841

O sistema adotado pelo Código de Processo Criminal, como já foi esclarecido, adotou tendência descentralizadora e representou uma vitória dos liberais radicais. Tais tendências apresentaram-se não só pelo desaparecimento das devassas como pelas inúmeras atribuições dadas aos juizes de paz - que eram eleitos e, portanto, eram cidadãos locais -, o que representou um ataque à elite judicial que se formava na corte e em toda a parte do Brasil. Os magistrados, além dos advogados, foram sempre um grupo importante na política imperial e freqüentemente se candidatavam a deputados. Por contrariar interesses de grupos tão poderosos, o sistema de júri e de juizes de paz instaurado durante a Regência não sobreviveria a ela.³⁷

A reforma do Código de Processo Criminal de 1841, nove anos após a promulgação do Código de Processo Criminal, representou o retrocesso na tendência descentralizadora da legislação de 1832, foi o resultado da reação das forças conservadoras contra a descentralização, já expressa na Lei nº 105, de 1840 - Lei de Interpretação do Ato Adicional - e na Lei nº 234, de 1841, que estabeleceu o Conselho de Estado. Essa tensão entre poder local e poder central, diga-se de passagem, permeou toda a história brasileira e está presente até hoje.

A opção por determinado modelo a ser adotado na justiça brasileira estava, mais uma vez, no centro da disputa em torno do modelo de Estado. Em suma, na disputa entre poder local e poder central. A reforma do Código de Processo Criminal de 1841 alterou substancialmente esse quadro³⁸. Muitos foram os problemas apontados quanto

³⁷ LOPES, op. cit., p. 291.

³⁸ Ibid.

aos juizes de paz, que representavam o poder da oligarquia local e sua oportunidade de articulação e representação política, mas davam ao sistema persecutório a legitimidade necessária encontrada nas urnas. O primeiro dos problemas apontados dizia respeito ao comprometimento partidário desses juizes, já que eram eleitos. Assim, a autoridade do governo central ficava a mercê da filiação partidária do juiz de paz. Outro problema originava-se no caráter gratuito da função. Com base nesses argumentos, que de certa forma escondiam as suas razões políticas, a reforma esvaziou as funções do juiz de paz e, no dizer de José Reinaldo de Lima Lopes, foi centralizadora e policializante³⁹, uma vez que o Chefe de Polícia da Corte e das províncias passou a ser nomeado diretamente pelo Imperador e escolhido entre os desembargadores e juizes de direito. A reforma representou, portanto, o abandono da idéia da persecução feita entre iguais e atribuiu este poder a órgãos do Estado que não eram eleitos, e sim nomeados pelo Imperador. Esses chefes de polícia seriam auxiliados por delegados para exercer as funções dos juizes de paz, que passavam a ser de sua competência - daí a expressão “delegado de polícia”, vigente até hoje. Ficaram encarregados, em razão desta reforma, de fazer a instrução da “formação de culpa”, como também do juízo de admissibilidade de certos crimes para os quais prolatavam a sentença de pronúncia, já que o art. 95 da reforma abolira o Júri de Acusação. A instrução criminal passou, desde então, a ser matéria de polícia, ainda que a polícia fosse chefiada por um juiz de direito. As competências policiais atribuídas às províncias pelo Ato Adicional já haviam sido retiradas pela Lei de Interpretação.

Acrescentamos que a tendência centralizadora da reforma de 1841 representou não só alterações significativas na instituição do júri, mas, sobretudo, na estrutura da investigação penal e na forma da construção da verdade jurídica nesta matéria, uma vez que a investigação criminal passa a ter uma fase pré-judicial preliminar para a “formação da culpa” que servirá como base à propositura da ação penal. Essa investigação é atribuída, pela reforma de 41, não mais aos juizes de paz, membros do Judiciário leigos e eleitos, e sim a delegados do chefe de polícia, que era juiz de direito ou desembargador nomeado pelo imperador.

Assim, a luta entre liberais e conservadores provocada pela tensão entre poder central e poder local começou a ter seus efeitos na esfera jurídica no que tange ao processo criminal, desconfigurando-se o modelo de construção da verdade jurídica em matéria criminal inicialmente adotado pelo Código Criminal de 1832.

³⁹ LOPES, op. cit., p. 292.

5.2 2ª Reforma: Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871

A reforma do Código Criminal de 1871 mantém a tendência centralizadora da reforma de 1841 e introduz no sistema brasileiro o inquérito policial - instrumento público e cartorial que tem a função de consolidar e documentar a fase da formação da culpa para fundamentar a propositura da ação penal - e o júri de acusação ou pronúncia. Tal fato mudou substancialmente o sistema de construção da verdade jurídica em matéria criminal no Brasil. A fase de formação da culpa - que no código de 1841 era judicial, de competência do juiz de paz, que deveria submeter a pronúncia do réu ao Conselho de Jurados - passa a ser, após a reforma de 1871, de competência do desembargador chefe da Polícia Judiciária, que tem poderes para nomear seus delegados. Transforma-se em um instrumento público dotado de fé pública e produzido em um cartório da Polícia Judiciária com a finalidade de fundamentar a propositura da ação penal

Por outro lado, em sede de inquérito policial, foram adotados e autorizados pela reforma de 1871 procedimentos claramente inspirados no processo inquisitorial e canônico que influenciara fortemente o processo criminal português, que antes de 1832 vigorava também no Brasil. Tal influência decorre do fato de se ter atribuído ao Tribunal do Santo Ofício em Portugal o julgamento de crimes não religiosos. Esse fato fez com que o processo usado pelo Santo Ofício tenha tido especial relevância na formação da tradição processual penal portuguesa e colonial. Os procedimentos inquisitoriais não foram matrizes do modelo processual inglês adotado em 1832, mas do modelo processual penal luso.

Ainda em função da tendência centralizadora do diploma legal de 1871, a indicação dos juízes municipais e dos promotores passou a ser feita diretamente pelo imperador, sem oitiva das câmaras municipais, diferentemente do modelo de 1832.⁴⁰ Para ilustrar o pensamento da época a respeito da insatisfação com o Código de Processo Criminal de 1832, vale citar o significativo discurso do Marquês de Paraná:

Julgo do meu dever declarar que o novo Código tem defeitos graves, que necessitam correção. [...] As melhores teorias da jurisprudência criminal da Inglaterra e dos Estados Unidos eram conhecidas dos autores do Código, mas não posso deixar de dizer que a aplicação em nosso país não foi feliz. Usou-se de formas tão absolutas que parece que se supôs que nós éramos um povo novo, que não tínhamos leis, que não tínhamos juízes, nem processo pendentes. (apud COSTA, 1972, p. 211).

⁴⁰ LOPES, op. cit., p. 292.

Esse discurso demonstra a inadequação do modelo adotado pelo legislador de 1832 à tradição luso-brasileira, amplamente inspirada nos procedimentos processuais penais portugueses - o que vale dizer que eram inspirados nos procedimentos inquisitoriais adotados pelo Tribunal do Santo Ofício.⁴¹ É daí que a reforma de 1871 - por representar mais uma vez o recrudescimento das forças liberais conservadoras centralizadoras da elite ligada à corte brasileira - inaugura uma tendência a diminuição das competências do júri, que, por ser composto de jurados escolhidos entre os homens bons da comarca competente para o julgamento, fortalecia o poder das elites locais. Além disso, os juízes singulares passavam a ter competência maior para julgamento.⁴²

É bom lembrar que, segundo o modelo do Código de Processo Criminal de 1832, todos os crimes eram submetidos ao julgamento do Conselho de Sentença, tanto na fase da admissibilidade da acusação como na fase do julgamento do mérito. Outro ponto importante é que o mesmo diploma legal reorganizou a justiça brasileira, e seus procedimentos eram também aplicados às matérias de natureza civil para cujo julgamento o júri também era competente. Aos jurados cabia o julgamento dos fatos; e ao juiz de direito que presidia o conselho de sentença cabia aplicar o direito. O deslocamento das atividades de instrução para a instituição policial foi produto da reação das elites liberais conservadoras que pretendiam fortalecer o poder central contra as elites liberais radicais, que tinham como objetivo aumentar o poder local, como de fato conseguiram com o Código de Processo Criminal de 1832.

Todavia, a sobreposição dos sistemas provocou divergências entre a polícia e a instituição do júri, de um lado; e os juízes de paz, eleitos e originalmente encarregados da instrução penal, de outro. Tais incongruências desembocaram na reforma analisada, que traz um acordo interessante: adotou-se o sistema do duplo inquérito. Esse sistema, segundo KANT DE LIMA⁴³, era formado de um inquérito policial preliminar seguido de outro: o inquérito judicial, que também era chamado de “instrução judicial”.

6 A Proclamação da República e a Constituição de 1891: Rupturas e Continuidades

A Proclamação da República, ao contrário do que se possa supor à primeira vista, não trouxe para debate na sociedade brasileira as questões efetivamente republicanas, como construção de uma sociedade igualitária na qual o princípio da igualdade jurídica levasse à garantia efetiva das liberdades públicas e dos direitos políticos. Discutiu-se, sobretudo, a questão da centralização e descentralização política do Estado brasileiro,

⁴¹ KANT DE LIMA, Roberto. *A Polícia na Cidade do Rio De Janeiro: Seus Dilemas e Paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

marcadamente uma disputa entre oligarquias locais e a burocracia central que rodeava o imperador. Com a Proclamação da República, o Estado brasileiro torna-se uma federação⁴⁴, e não uma república no sentido igualitário do termo. Assim, a cidadania brasileira continuou a padecer da falta de garantias civis, primeiro grupo dos direitos de cidadania, e da desigualdade jurídica, pressuposto da relação entre a república e seus cidadãos.

A primeira constituição republicana brasileira resultou, portanto, do movimento político-militar que derrubou o Império em 1889 e inspirou-se na organização política norte-americana. No texto constitucional, debatido e aprovado pelo Congresso Constituinte em 1890 e 1891, foram abolidas as principais instituições monárquicas, como o Poder Moderador, o Conselho de Estado e a vitaliciedade do Senado. Foi introduzido o sistema de governo presidencialista - no qual o presidente da República, chefe do Poder Executivo, passou a ser eleito pelo voto direto para um mandato de quatro anos, sem direito à reeleição. No entanto, os direitos políticos não foram universalizados, uma vez que tinham direito de voto todos os homens alfabetizados maiores de 21 anos. Ao se considerar que mais da metade da população brasileira era constituída por analfabetos, fica nítido que a cidadania brasileira, no que concerne ao gozo dos direitos políticos - apesar da Proclamação da República - só era prerrogativa da metade do povo brasileiro⁴⁵.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. O poder dos estados (antigas províncias) foi significativamente ampliado com a introdução do princípio federalista. Os estados passaram a organizar-se por leis próprias, desde que se respeitassem os princípios

⁴⁴ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Brasileiros: Nacionais ou Cidadãos? Estudo acerca dos Direitos de Cidadania no Brasil numa Perspectiva Comparada. In: *Cadernos de Direitos Humanos 1: Direitos negados: Questões para uma Política de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Centro de documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro; Booklink, 2004.

⁴⁵ “Art 41 - Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação. § 1º - Substitui o Presidente, no caso de impedimento, e sucede-lhe no de falta o Vice-Presidente, eleito simultaneamente com ele. § 2º - No impedimento, ou, falta do Vice-Presidente, serão sucessivamente chamados à Presidência o Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara e o do Supremo Tribunal Federal. [...] Art 69 - São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados. [...] Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.”

estabelecidos pela Constituição da República. Seus governantes, denominados “presidentes estaduais”, passaram a ser eleitos também pelo voto direto. Foi abolida a religião oficial, com a separação entre o Estado e a Igreja Católica.⁴⁶

Por outro lado, a Constituição de 1891 foi o mais completo triunfo do *laissez-faire*, uma vez que silenciou completamente a respeito de qualquer direito social, suprimindo até a referência feita pela Constituição Imperial ao direito à educação fundamental. O triunfo do liberalismo na cultura jurídica da República brasileira é inquestionável, porém este triunfo não significou a adoção universal do princípio da igualdade jurídica por nossa cultura jurídica. A Constituição de 1891 é tipicamente uma constituição-garantia, isto é, trata das questões referentes à soberania nacional, à separação de poderes, ao sistema representativo e às liberdades civis⁴⁷. No entanto, o sistema jurídico brasileiro não avançou no sentido da efetividade das garantias civis, e até as modernizações que caberiam ao Estado para fazer avançar o capitalismo na sociedade brasileira foram muitas vezes questionadas pelos tribunais federais.⁴⁸ A República introduziu várias alterações, tendo, antes de tudo, rompido com a unidade de fontes legislativas tradicionais e introduzido uma política estadual que deveria ter base na Constituição. A organização judiciária e a legislação processual passam a ser matéria de competência legislativa estadual, tornando possíveis mudanças nos Estados que estivessem interessados em reorganizar

⁴⁶ “Art. 72. [...] § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis. § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.”

⁴⁷ “Art 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art 2º Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. [...] Art. 16. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República. § 1º O Congresso Nacional compõe-se de dois ramos: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. § 2º A eleição para Senadores e Deputados far-se-á simultaneamente em todo o País. § 3º - Ninguém pode ser, ao mesmo tempo, Deputado e Senador. [...] Art 5º Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar. Art. 6º O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º) para manter a forma republicana federativa; 3º) para restabelecer a ordem e a tranqüilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais. [...] Art. 9º É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: 1º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção; 2º) sobre imóveis rurais e urbanos; 3º) sobre transmissão de propriedade; 4º) sobre indústrias e profissões. § 1º Também compete exclusivamente aos Estados decretar: 1º) taxas de selos quanto aos atos emanados de seus respectivos Governos e negócios de sua economia; 2º) contribuições concernentes aos seus telégrafos e correios. § 2º É isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção dos outros Estados; § 3º Só é lícito a um Estado tributar a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo no seu território, revertendo, porém, o produto do imposto para o Tesouro Federal. § 4º Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral.

⁴⁸ LOPES, op. cit., p. 367.

seus tribunais. No entanto, a cultura jurídica era a mesma: os juristas republicanos foram todos socializados nas mesmas faculdades de Direito - de São Paulo ou Olinda - que seguiam leis definidas nacionalmente.⁴⁹

A República aboliu expressa, porém nominalmente, os institutos jurídicos remanescentes do regime colonial e imperial como os privilégios de nascimento, os títulos nobiliárquicos e de Conselho e as ordens honoríficas existentes, bem como suas prerrogativas e privilégios.⁵⁰ No entanto, permaneceram no sistema jurídico, como ocorre até hoje, os foros privilegiados por prerrogativa de função e, no sistema processual penal, a prisão especial, entre institutos remanescentes de um sistema jurídico anterior, próprio de uma sociedade oligárquica e hierarquizada.⁵¹

No entanto, a cultura jurídica brasileira passou a viver um dilema, pois se de um lado passou a ser recomendável a importação dos institutos de inspiração no Direito dos EUA, já que o federalismo foi o tipo de Estado adotado pela Constituição de 1891; por outro, tínhamos uma cultura jurídica, a esta altura, cheia de inspirações européias continentais, ainda que os modelos implantados inicialmente tenham sido copiados da Inglaterra. Nosso Direito Administrativo era inspirado no Direito francês; o Direito Civil era, desde muito tempo, inspirado no Direito Civil alemão; a nossa organização judiciária era de estilo francês e continental; e o processo era claramente inquisitorial, escrito e cartorário, nos moldes do velho processo romano canônico europeu.⁵² Foi este o berço e a inspiração do inquérito policial brasileiro: a fase de formação de culpa em matéria penal passa do julgamento pelos pares a ser prerrogativa de um procedimento inquisitorial, inspirado nas práticas européias continentais.

7 Identificação dos traços comuns (continuidade de filosofia e institutos)

Tendo em vista as profundas modificações introduzidas no ordenamento jurídico pelo advento da constituição de 1891, é de se estranhar o fato de que o Código de Processo Criminal reformado em 1871, ao representar um retrocesso na tendência descentralizadora do diploma de 1832, tenha sobrevivido à República, que afinal fundou a federação. Esse fato, sem sombra de dúvida, fez parte do dilema vivido pela cultura jurídica brasileira, que por um lado pretendia seguir o modelo americano e por outro, contava com uma verdadeira colcha de retalhos nas inspirações dos diferentes ramos do Direito infraconstitucional, como já observamos acima. A existência bastante peculiar

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ “Art. 72 [...] Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

⁵¹ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

⁵² LOPES, op. cit., p. 368.

entre nós do Tribunal do Júri, de inspiração inglesa dos nossos liberais do Império, e sua convivência com a instituição do Inquérito Policial inventada pelo legislador de 1871, mostra-nos com clareza o quanto estávamos distantes da tradição da *common law*⁵³, no qual o julgamento deve ser feito pelos pares para que traduza a idéia de justo local.⁵⁴ O sistema inglês - no qual se inspiraram nossos liberais legisladores imperiais para inventar o sistema processual penal brasileiro - não conhecia sequer um promotor de justiça, magistratura típica do processo inquisitorial europeu continental. Assim, a República brasileira aceita, com justificativas racionais que passaremos a examinar adiante, a construção teratológica em que se transformou o processo penal brasileiro, com a composição de um sistema inspirado na tradição judicial inglesa que passa a ser composto por um procedimento inspirado na tradição canônica inquisitorial.

A fase da formação de culpa e da persecução penal - que, no Brasil imperial, estava atribuída à investigação de um juiz de instrução, o Juiz de Paz, legitimamente eleito - como resultado da reforma de 1841 passou a ser atribuição de delegados do desembargador chefe de Polícia Judiciária, nomeado pelo imperador. Em seguida, como resultado da reforma de 1871, passou a ser constituída por um instrumento público, resultado de procedimento inquisitorial gerado no cartório da Polícia Judiciária. Com a Proclamação da República, o procedimento do Inquérito Policial permanece inalterado, porém sua competência é deslocada do Poder Judiciário para os poderes executivos estaduais, segundo a estrutura federalista vencedora. Logo, nem a Independência nem a República significaram, no Brasil, a invenção de uma sociedade de sujeitos juridicamente iguais. Ou seja: no que concerne ao princípio da igualdade jurídica, pressuposto da cidadania contemporânea nos Estados de Direito e das garantias civis, a sociedade brasileira não avançou nem com a Independência nem com a República, pois nenhum dos movimentos chegou a modificar a concepção imaginária de uma sociedade de castas⁵⁵, própria do Antigo Regime, formada por grupos juridicamente desiguais entre si, complementares e harmônicos. O julgamento pelos pares, introduzido pelo Código de Processo Criminal de 1832, representou não só um problema político para o governo central, mas uma incompatibilidade irredutível com a tradição jurídica local, já que era incompatível com as práticas jurídicas de tradição ibérica de uma sociedade composta por juridicamente desiguais, que evidentemente não poderia valorizar aquele julgamento⁵⁶.

⁵³ LOPES, op. cit., p. 368.

⁵⁴ LYRA, Roberto. *O Júri Sob Todos os Aspectos*: Textos de Ruy Barbosa sobre a Teoria e a Prática de Instituição. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

⁵⁵ WEHLING, Arno. Conceito Jurídico de Povo no Antigo Regime: O Caso Luso-Brasileiro. In: *Anais de História de Além-Mar*. Vol. II. Lisboa: AHA, 2001. p. 199-210.

⁵⁶ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

8 Bibliografia

ANZOATEGUI, Victor Ton. *Los horizontes en el estudio historico del Derecho Indiano*. Buenos Aires: IIHDI, 1957.

CALDEIRA, Jorge; CARVALHO, Flávio de; MARCONDES, Cláudio; DE PAULA, Sérgio Góes. *Viagem pela História do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CÂMARA, José Gomes de. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*. Rio de Janeiro, Livraria Brasileira, 1954

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 3. ed., p. 919-20; 958-9.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *A construção da ordem: Teatro de Sombra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Criminal*. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.

CONGRESSO AGRÍCOLA DO RECIFE, outubro de 1878. Sociedade Auxiliadora de Agricultura de Pernambuco. Edição Facsimilar Comemorativa ao Primeiro Centenário. Recife: Fundação Estadual de Planejamento Agrícola de Pernambuco, 1978.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo: Ciências Humanas, 1972.

DUMONT, Louis. *Homo Aequalis*. Rio de Janeiro, Edusc, 2000.

FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. *Os homens pobres livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Ática, 1974.

FREUNB, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

GALIZA, Diana Soares. *O declínio da escravidão na Paraíba, 1850-1888*. João Pessoa: Global, 1979.

GEERTZ, Clifford. O Saber Local: Fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: _____. *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 1998.

HESPANHA, Antonio Manoel. *Poder e instituições no Antigo Regime*. Lisboa: Cosmos, 1992.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia na cidade do Rio de Janeiro: Seus Dilemas e Paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KOSTER, Henry. *Viagens ao Nordeste do Brasil*. Tradução de Luis da Câmara Cascudo, 2. ed. Recife: Secretaria de Educação e Cultura, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LYRA, Roberto. *Júri sob todos os aspectos: textos de Ruy Barbosa sobre a teoria e a prática da instituição*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do Direito Nacional*. Pernambuco: Cooperativa Editora de Cultura Intelectual, 1941.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1920. 3ª edição aumentada, 2 volumes.

MONTEIRO, Hamilton de Mattos. *Crise agrária e luta de classes*. Brasília: Horizonte, 1980.

_____. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Brasileiros: nacionais ou cidadãos? estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil numa perspectiva comparada. In: *Cadernos de Direitos Humanos 1: Direitos Negados: Questões para uma Política de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro; Booklink, 2004.

WEHLING, Arno. Conceito jurídico de povo no Antigo Regime: o caso luso-brasileiro. *Anais de História de Além-Mar*. Volume II. Lisboa, AHA. 2001. p. 199-210.

_____; WEHLING, Maria José. A justiça colonial: fundamentos e formas. *Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, n. 17, Curitiba, 2000, p. 3-16.