

HABEAS-CORPUS, PRÁTICA JUDICIAL
E CONTROLE SOCIAL NO BRASIL
(1841-1920)

IBCCrim 1999

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Koerner, Andrei

Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)
/ Andrei Koerner. — São Paulo : IBCCrim, 1999.

Bibliografia.

1. Controle social – Brasil 2. Habeas-corpus – Brasil 3. Prática forense – Brasil 4. Processo judicial – Brasil 5. Processo penal – Brasil – História I. Título.

99-3958

CDU-343.155(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Habeas-corpus : Processo Penal : História 343.155(81)

ANDREI KOERNER

HABEAS-CORPUS,
PRÁTICA JUDICIAL
E CONTROLE SOCIAL
NO BRASIL (1841-1920)



IBCCrim

1999

HABEAS-CORPUS, PRÁTICA JUDICIAL E CONTROLE SOCIAL NO BRASIL (1841-1920)

© ANDREI KOERNER

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (0_ _11) 221-8004

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim)

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: CARLOS VICO MAÑAS

Vice-presidente: TATIANA VIGGIANI BICUDO

2.º Vice-presidente: MARCIO ORLANDO BARTOLI

1.º Secretário: GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

2.º Secretário: CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

3.º Secretário: SILVIA HELENA FURTADO MARTINS

Tesoureiro: ADRIANO SALLES VANNI

Tesoureiro-adjunto: MÁRCIA MARIA SILVA GOMES

Diretor da Biblioteca: ALBERTO SILVA FRANCO

Diretor de Cursos: MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Diretora da Revista - RBCCrim: ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Diretora do Boletim: BERENICE MARIA GIANNELLA

Diretor de Relações Internacionais: FAUZI HASSAN CHOUKR

Diretora do Núcleo de Pesquisas: LUCI GATI PIETROCOLLA

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar,

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (0_ _11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.com.br>

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

1999

Para a Sara

“A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem, ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar... Solicitando... este habeas-corpus, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impersonalidade deste remédio judicial.”

(Rui Barbosa, 1958b [1898]:82)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é versão modificada de minha tese de doutoramento "*O Habeas-Corpus* na Prática Judicial Brasileira" (181-1920), defendida no departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

Eu gostaria de agradecer ao IBCCrim, que generosamente acolheu o presente trabalho e onde podemos desenvolver intensa colaboração intelectual e ação em defesa dos direitos individuais e pela redução das desigualdades em nosso país.

Aos professores, funcionários e amigos que participaram da elaboração do trabalho, especialmente aos professores Régis de Castro Andrade, orientador, Bóris Fausto, Eros Roberto Grau, Sérgio Adorno e Jacintho Coutinho, membros da banca, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Paulo Sérgio Pinheiro.

Aos professores Luís Alberto Warat e José Arthur Giannotti com quem pude iniciar minha formação intelectual. Aos professores e amigos da Universidade de Lille III, onde fui bolsista.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP, onde foi realizada a maior parte da pesquisa.

À CAPES e ao CNPq, instituições que financiaram os meus estudos em diferentes momentos.

A Cícero Araújo, Juan Felix Marteau, Flávia Schilling, Helena Singer e Iris Kantor com quem pude dialogar em diversos momentos.

À minha família e a todos os amigos.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
ABREVIACÕES	17
INTRODUÇÃO	19
1. CONTROLE SOCIAL, PRÁTICAS PUNITIVAS ESTATAIS E PRÁTICA JUDICIAL NA SOCIEDADE ESCRAVISTA	
1. Introdução	23
2. Senhores, escravos e pobres livres: o problema da mobilidade dos indivíduos e a produção da dependência pessoal	24
3. Atividade policial e controle social na Corte	30
4. Prisões e práticas punitivas estatais	35
5. A prática judicial na sociedade escravista	46
6. Conclusão: os mecanismos de controle social e o <i>habeas-corpus</i> ; legalidade <i>versus</i> dependência pessoal	52
2. O HABEAS-CORPUS NA ORDEM IMPERIAL-ESCAVISTA	
1. Introdução	55
2. O <i>Habeas-Corpus</i> no Código de Processo Criminal de 1832 ..	57
3. A Reforma do Código de Processo Criminal (Lei nº 261, de 3/ 12/1841)	61
4. O <i>habeas-corpus</i> na prática judicial da ordem imperial-escra- vista	63
4.1. Funções sociais e políticas do <i>habeas-corpus</i> na Ingla- terra	64
4.2. Condições de admissibilidade	65
4.2.1. Estatuto jurídico do paciente	65

4.2.2. Requisitos do pedido	66
4.2.3. Competência	70
4.3. Fundamentos do pedido	72
4.3.1. Prisão sem justa causa	73
4.3.2. Excesso de prazo para a formação da culpa	79
4.3.3. Nulidade do processo	85
5. Exclusões do <i>habeas-corpus</i>	87
5.1. Para réus acusados em crimes policiais e em crimes afiançáveis e considerados vadios	87
5.2. Para réus em prisão preventiva, indiciados em crimes inafiançáveis	90
5.3. Para réus pronunciados	96
5.4. Para réus condenados	109
5.5. O <i>habeas-corpus</i> e outros recursos criminais	115
6. Responsabilidade da autoridade coatora	116
7. Conclusão	118

3. O *HABEAS-CORPUS* E AS TRANSFORMAÇÕES DA PRÁTICA E DO PENSAMENTO JURÍDICO, DA CRISE DA SOCIEDADE ESCRAVISTA À QUEDA DO IMPÉRIO

1. Introdução	121
2. A crise final da sociedade escravista, a transição ao trabalho livre e assalariado e o problema da mobilidade física dos indiví- duos	123
3. Mudanças e continuidades no controle social nas cidades	129
4. O aumento do número de pedidos de <i>habeas-corpus</i> como demanda de garantia judicial dos direitos civis dos indivíduos pobres	130
5. A prática judicial do <i>habeas-corpus</i> e a crise final da escravi- dão	139
6. A crítica positivista ao jusnaturalismo e a mudança de paradigma do pensamento jurídico	152
7. Conclusão	159

4. O *HABEAS-CORPUS* NA PRÁTICA JUDICIAL REPUBLICANA: MUDANÇAS E CONTINUIDADES NO DOMÍNIO PENAL

1. Introdução	163
2. Do Império à República	165

2.1. A Proclamação da República como ruptura da ordem política imperial	165
2.2. Mudanças e continuidades nas Instituições e nas práticas de controle social	167
3. O <i>habeas-corpus</i> na Constituição Republicana	172
4. Posições doutrinárias sobre o <i>habeas-corpus</i> no STF	173
4.1. O constitucionalismo liberal de Rui Barbosa	174
4.2. A posição conservadora	183
4.3. A posição jacobina/positivista	185
5. O <i>habeas-corpus</i> na legislação processual criminal republicana ..	191
6. A prática do <i>habeas-corpus</i> no domínio penal	193
6.1. Prisão sem justa causa	193
6.2. Excesso de prazo para a formação da culpa	196
6.3. Nulidade do processo	200
7. Exclusões	202
7.1. Para réus acusados em crimes policiais e em crimes afiançáveis e considerados vadios	202
7.2. Para réus em prisão preventiva, indiciados em crimes inafiançáveis	204
7.3. Para réus pronunciados	204
7.4. Para réus condenados	209
7.5. <i>Habeas-corpus</i> e outros recursos criminais	213
8. Responsabilidade da autoridade coatora	214
9. A questão das prostitutas	215
10. <i>Habeas-corpus</i> , defesa social e cidadania: o constitucionalismo liberal e a criminologia positivista	221
11. Conclusão	231
 CONCLUSÃO	 233
 BIBLIOGRAFIA	 239

APRESENTAÇÃO

O trabalho de autoria do dr. Andrei Koener, ganhador do III Concurso IBCCrim de Monografias Jurídicas, é um convite instigante à reflexão.

Em primoroso estudo, põe em evidência as contradições resultantes da construção do instituto do *habeas corpus*, contrapondo, ao mesmo tempo, o impacto e o reflexo dessa caminhada no contexto histórico brasileiro, no Segundo Império e Primeira República.

Torna visíveis as idas e vindas em que se embrenhou o *habeas corpus*, cuidando de apresentar o cenário histórico em que os conflitos de interesses ocorriam.

Examina de forma preciosa os motivos e argumentos que foram capazes de alargar e expandir o âmbito de atuação do *habeas corpus*, lançando mão como substrato da análise, dos pressupostos originários, que deram contorno ao *habeas corpus*, na Inglaterra.

Analisa com acuidade o papel do *habeas corpus* na sociedade brasileira do século XIX, em que as relações sociais eram entremeadas pela escravidão, relatando como se operava a exclusão da população negra, da ordem jurídica, política e social.

Assim, descreve como o uso do *habeas corpus* em favor dos escravos mostrou-se gradativamente alargado, tornando-se um dos meios eficazes para que o direito à liberdade pudesse ser assegurado, abrindo perspectivas novas em momento histórico em que a liberdade do negro era considerada sob a ótica do direito de propriedade.

Por outro lado, põe à tona a atuação do Poder Judiciário na mediação dos conflitos, ressaltando os fatores decorrentes da própria

organização social a limitar o alcance do *habeas corpus* e, por consequência, a impedir o controle judicial dos atos praticados pelas autoridades públicas. Dá destaque à predominância do princípio da presunção da legalidade dos atos praticados pelas autoridades públicas.

A pesquisa evidencia como, pouco a pouco, o *habeas corpus*, visto como garantia de direitos fundamentais, provocou mudança significativa no exercício dos direitos fundamentais, ainda que, aponte para a permanência de restrições significativas.

Assim, acolhido pela Constituição de 1891 como garantia, traz à baila consequências concretas da mudança constitucional, constatando a extensão e abrangência do *habeas corpus* a pessoas atingidas pelas práticas a-legais de controle social que, até então, ficavam à margem do exame judicial.

O movimento de reação de seguimentos da sociedade à decisão judicial que, desde logo, desse eficácia as normas constitucionais, fenômeno que se repete ciclicamente, até hoje, não passou despercebido ao autor. Na realidade, argumentava-se que só as pessoas enquadradas na categoria de “homens bons”, poderiam ter a liberdade tutelada pela decisão judicial. Como consequência, defendia-se a reforma da legislação, expurgando-se da proteção legal e judicial condutas consideradas danosas, em última análise, para tal parcela da sociedade. Relata a pressão exercida por tais grupos sociais, o que fez com que o *habeas corpus* fosse considerado, em publicação da época, como instituto “protetor da parte podre da sociedade”.

Reconhecendo que a constituição republicana amparou todas as pessoas no que diz respeito às garantias constitucionais, defende que, “do ponto de vista da efetividade, os infra-cidadãos estavam na Primeira República excluídos dos direitos e garantias constitucionais”.

O caminho perseguido pelo trabalho põe em evidência a necessidade e a conveniência de reflexão contínua do papel desempenhado por instrumentos garantidores de direitos fundamentais – como o *habeas corpus* – em cada momento histórico.

ABREVIACÕES

ACD	-	<i>Anais da Câmara dos Deputados</i>
AE-SP	-	<i>Anuário Estatístico do Estado de São Paulo</i>
AS	-	<i>Anais do Senado</i>
CE-SJ	-	<i>Resoluções da Seção de Justiça do Conselho de Estado</i>
JC	-	<i>Jornal do Commercio</i>
RM-SP	-	<i>Revista Mensal - São Paulo</i>
RMJ	-	<i>Relatório do Ministério da Justiça</i>
RPP-SP	-	<i>Relatório do Presidente da Província de São Paulo</i>
RSJ-SP	-	<i>Relatório da Secretaria de Justiça e Segurança Pública de São Paulo</i>
RT	-	<i>Revista dos Tribunais</i>
RSTF	-	<i>Revista do Supremo Tribunal Federal</i>
SPJ	-	<i>Revista São Paulo Judiciário</i>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o *habeas-corpus* na prática judicial brasileira, no período de 1841 a 1920, da perspectiva das conexões desta com a sociedade. A prática judicial é analisada a partir da legislação e das instituições políticas, bem como da estrutura social e das práticas de controle social vigentes ao longo do período estudado. Procura-se, assim, identificar as continuidades e mudanças nas regras de utilização do *habeas-corpus* por juízes, tribunais e outros agentes, particularmente no campo penal. A análise prioriza o tema do estatuto jurídico do *habeas-corpus*, se recurso processual ou garantia, que foi objeto de intenso debate desde a aprovação da Constituição republicana de 1891.

O estudo é dividido em quatro capítulos. No primeiro, examina-se a estrutura da sociedade escravista e as práticas de produção da dependência e de controle social dos indivíduos, relacionando-as com as condições institucionais da prática judicial naquela sociedade. A conclusão do capítulo aponta a contradição entre o *habeas-corpus* como instituto liberal amplo e as práticas de controle da mobilidade dos indivíduos, baseadas na produção da dependência pessoal e na atividade a-legal de controle social.

No segundo capítulo, apresenta-se a legislação do *habeas-corpus* no Código de Processo Criminal e as modificações introduzidas pela Lei de Reforma de 1841, assim como decisões judiciais e debates doutrinários a respeito de diferentes aspectos do instituto – tendo em vista reconstruir suas características. O *habeas-corpus* é abordado sob os seguintes aspectos: suas condições de admissibilidade (estatuto jurídico do paciente, requisitos do pedido e competência); casos de sua aplicação no campo penal; exclusões à sua utilização

e responsabilidade da autoridade coatora. Veremos que a prática judicial do *habeas-corpus* no Império neutralizou – ou pelo menos deixou de desenvolver – três importantes funções atribuídas pelos doutrinadores ingleses ao instituto do *habeas-corpus* em seu país: a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de um processo rápido para o réu preso e o controle, pelos juizes, do respeito à integridade física do paciente, pelo exame das circunstâncias de sua detenção e das condições da prisão.

No terceiro capítulo, descreve-se o processo de mudança social nas décadas finais do Império, em especial as novas relações sociais decorrentes da passagem do trabalho escravo ao trabalho livre, a urbanização e as continuidades e descontinuidades institucionais da polícia e do Poder Judiciário. Esse processo transformou as condições da prática judicial imperial, com efeitos diretos sobre o *habeas-corpus*: foi alterada sua legislação, aumentou o número de demandas e surgiram novas questões jurídicas, particularmente relacionadas aos pedidos para escravos e libertos, para quem o instituto tornava-se importante instrumento de garantia da liberdade. Simultaneamente, ocorreram mudanças no próprio pensamento jurídico, com a crítica positivista ao jusnaturalismo, com as quais os juristas adotam novas perspectivas em relação às instituições políticas, à sua prática e técnicas mais sistemáticas de interpretação das leis.

No quarto capítulo, volta-se a atenção para a transformação republicana e seus efeitos na organização e na atividade judiciária e policial. A Constituição republicana atribui novo papel ao Poder Judiciário e acolhe o *habeas-corpus* como garantia. Acompanha-se o debate a esse respeito no STF e apresenta-se a legislação processual do *habeas-corpus*. Na sequência, examina-se a prática do *habeas-corpus* no domínio penal, comparativamente ao período imperial, levando em conta não apenas decisões do STF, mas também dos tribunais superiores do Distrito Federal e de São Paulo. Apresenta-se a famosa “questão das prostitutas”, que suscitou debates à época, cujos temas ajudam a compreender as posições das diversas correntes doutrinárias a respeito dos limites da atividade policial e dos seus poderes em relação aos “infra-cidadãos”. Os debates entre o constitucionalismo liberal e a criminologia positivista a respeito desse tema encerram este capítulo.

Na conclusão deste estudo, compara-se a prática e o pensamento jurídico do instituto do *habeas-corpus* no período, e analisa-se as consequências políticas, sociais, doutrinárias e legais de todo o processo.

Busca-se, assim, uma visão retrospectiva do potencial transformador, para os direitos individuais, de uma prática judicial orientada para a concretização das garantias constitucionais, ao mesmo tempo apontando os limites sociais e políticos à transformação, as resistências de profissionais de diferentes instituições, bem como as tortuosas invenções doutrinárias cuja finalidade é circunscrever o âmbito de efetividade da garantia constitucional do *habeas-corpus* na Primeira República. Tais invenções, formuladas no Império e na Primeira República, foram incorporadas à doutrina e à legislação, e ainda hoje estão presentes na prática judicial do *habeas-corpus* e de outras garantias constitucionais no nosso país.

Não é pretensão deste estudo fazer uma “doutrina histórica” ou uma explanação jurídica sistemática do *habeas-corpus*.¹ Assim, a exposição foi organizada tendo como eixos os aspectos mais relevantes e/ou polêmicos na pesquisa. Não se adota uma ordem cronológica, em virtude da continuidade de algumas regras durante o período; só quando tenha havido mudanças importantes é que se indica a época de sua ocorrência.

Também não é objetivo neste trabalho fazer uma história social da prática judicial e, por isso, não se tomou como fonte a documentação produzida pela prática cotidiana. Tampouco é nosso objetivo, pelo menos o central, estudar o conteúdo da prática judicial a fim de determinar a incidência diferenciada das suas decisões nos vários segmentos da sociedade.

O que se pretende é, a partir da prática judicial, analisar a construção, a circulação e as transformações do instituto jurídico do *habeas-corpus*, de seu conceito, das regras de sua utilização, da

1. As obras específicas sobre o *habeas-corpus* no Império são apenas duas: as de Joaquim de O. MACHADO (1878) e de Manuel G. de Alencastro AUTRAN (1879). O seu conteúdo é bastante limitado, pois ambas limitam-se a explicar os artigos do Código do Processo e compilam decisões do governo a respeito do assunto.

maneira pela qual é analisado e interpretado. Mais precisamente, nosso objeto situa-se na relação que se estabelece na prática judicial entre textos legais, categorias do pensamento jurídico e as condições sociais, políticas e institucionais. O que nos interessa, nas decisões judiciais, é menos o relatório do caso e a decisão, e mais a parte intermediária, em que se declara a lei aplicável, seu conteúdo e a fundamentação de sua aplicação ao caso. Do mesmo modo, nos debates doutrinários, nossa atenção dirige-se menos às posições pessoais dos juristas e suas diferenças doutrinárias e mais a articulação das doutrinas com princípios teóricos, jurídicos e políticos. Procuramos, pois, estudar as regras da prática judicial com base nos princípios mais gerais das doutrinas jurídicas, vinculando sua elaboração, assim como suas transformações, ao quadro mais geral da constituição e das mudanças da ordem política e social brasileira.

Por essa razão, nossa pesquisa tem como fontes decisões judiciais e artigos publicados em revistas e livros de doutrina jurídica, visto que estas nos pareceram suficientes para estudar a trama dos debates jurídicos, com suas oposições e convergências, com suas ficções e seus deslocamentos teóricos, políticos e jurídicos, com suas construções e seus silêncios. A importância desse tipo de fonte decorre do seu caráter normativo para a prática judicial – que é dado pela sua ampla circulação. Esses materiais constituem importantes referências para a atividade jurídica, enquanto modelos, precedentes e argumentos “disponíveis”, tanto para decisões futuras de outros juizes em casos semelhantes, como para o próprio debate doutrinário. Ao utilizar essas fontes, contudo, deparamo-nos com os seus limites para a reconstrução de alguns casos, cujos processos criminais não pesquisamos. Para suprir essas lacunas, recorreremos, quando necessário, a trabalhos de história ou aos jornais da época. Mas, de modo geral, não fizemos uma análise detalhada das circunstâncias e do conteúdo de decisões particulares.

CONTROLE SOCIAL, PRÁTICAS PUNITIVAS ESTATAIS E PRÁTICA JUDICIAL NA SOCIEDADE ESCRAVISTA

1. INTRODUÇÃO

Para compreender os mecanismos de controle social e de produção da dependência pessoal na sociedade escravista brasileira do século XIX, tomamos como referência os estudos sobre a estrutura dessa sociedade, a fim de ressaltar a importância do problema do controle da mobilidade física dos indivíduos e a forma como este era realizado, através da estratégia de produção da dependência fundada em laços de lealdade pessoal, utilizada pelas camadas senhoriais em relação a seus subordinados (2.). Em seguida (3.), examinamos as relações entre a dependência pessoal e a atividade policial, procurando mostrar sua complementaridade com as práticas privadas de controle social, e estendemos a análise apontando a penetração dessas relações sociais em outras práticas punitivas estatais, em especial as prisões (4.). Esses mecanismos e práticas colocam-se como condições políticas e sociais da prática judicial, que estudamos na última seção (5.), onde a estratégia de produção da dependência é estudada como parte do mecanismo mais geral da troca de favores, com seus aspectos complementares, o favor e a violência física – e de sua ameaça. Nosso argumento dirige-se no sentido de caracterizar as condições sociais e institucionais da prática judicial e o mecanismo da troca de favores, buscando demonstrar como a mediação judicial dos conflitos é diferenciada

segundo as categorias de indivíduos. Qualificamos como prudencial e conservadora a prática judicial da sociedade escravista brasileira, relacionando-a com os mecanismos de produção da dependência pessoal estudados nas seções iniciais. Concluímos este capítulo contrastando este mecanismo de controle social e a legalidade estrita da racionalidade jurídica liberal suposta no *habeas-corpus* na sociedade escravista brasileira do século XIX. Assim, nossa atenção voltar-se-á à própria prática judicial do *habeas-corpus*, para verificar as características deste instituto naquelas condições.

2. SENHORES, ESCRAVOS E POBRES LIVRES: O PROBLEMA DA MOBILIDADE DOS INDIVÍDUOS E A PRODUÇÃO DA DEPENDÊNCIA PESSOAL

No processo de independência do Brasil dá-se a sua rearticulação política e econômica ao centro capitalista, prevalecendo, no entanto, a continuidade no âmbito das relações sociais internas.

A expansão ultramarina do mercantilismo europeu voltara-se à acumulação primitiva da burguesia metropolitana; na costa da África e portos da Ásia, formaram-se colônias extrativas ou enclaves militares destinados ao comércio com produtores locais.¹

Nas suas colônias americanas, Portugal formou o próprio sistema produtivo, a partir do século XVII. Essas colônias, chamadas de exploração, destinaram-se à produção em larga escala para exportação, apoiada em grandes unidades produtivas. Os mecanismos básicos da relação entre a metrópole e as colônias eram o controle militar pela metrópole do território colonial e de seus habitantes, a exclusividade do comércio e o trabalho compulsório. Estes mecanismos serviam para assegurar a subordinação das colônias e a transferência de renda dessas para a metrópole.

O trabalho compulsório era condição necessária para a produção mercantil voltada para a exportação, pois, dadas as condições da colônia – abundância de terras apropriáveis pelos colonos para a

1. Para este parágrafo e seguintes, NOVAIS, 1979; ALENCASTRO, 1986; MELLO, J., 1987[1982]; COSTA, E., 1989

produção da auto-subsistência –, esta era a única forma possível a garantir preços compatíveis com a acumulação de capital na metrópole. A escravidão era a forma extrema do trabalho compulsório, e a escravização do africano, um aspecto do sistema colonial, em que o tráfico representava mais um setor aberto à acumulação do capital mercantil metropolitano, proporcionando também o controle político dos colonos.

A passagem ao capitalismo industrial nos países centrais pôs em crise o sistema colonial, modificando as relações entre o centro e a periferia. O capitalismo industrial passou a exigir da periferia novos tipos de produtos, alimentos e matérias-primas produzidos em massa para baratear os custos da produção e da reprodução da força de trabalho, e impôs o fim da exclusividade do comércio das colônias com as metrópoles e, assim, dos preços fixados monopolisticamente, além de promover a mercantilização da força de trabalho.

No Brasil, o momento da crise do antigo sistema colonial é também o da organização da economia mercantil-escravista cafeeira pelo capital mercantil nacional, que, para isto, valeu-se dos recursos disponíveis subutilizados: as terras perto do Rio de Janeiro apropriadas ao café e os escravos provenientes de outras regiões. A empresa cafeeira era latifundiária, em virtude dos vultuosos investimentos e da escala mínima de produção lucrativa, e escravista, não só porque havia disponibilidade de escravos, mas também porque o trabalho assalariado estava excluído, em virtude da disponibilidade de terras. Assim, a economia nacional surgiu com os seguintes traços: “grande empresa produzindo em larga escala, apoiada no trabalho escravo, articulada a um sistema comercial-financeiro, controlados, uma e outro, nacionalmente.” Com isto, manteve-se o controle nacional do sistema produtivo e definiram-se os traços das relações sociais nas décadas subsequentes (MELLO, J., id.: 57-8).

A adoção de formas compulsórias de controle da força de trabalho era, pois, um dado estrutural do tipo de colonização efetuada pela expansão do capitalismo mercantil europeu. Na América portuguesa, a forma escolhida foi a escravidão de africanos, que se manteve durante o processo de Independência do país e de constituição da economia de base nacional.

O latifúndio escravista organizava-se como uma unidade com acentuado grau de isolamento econômico e de autonomia em face da sociedade mais ampla, voltando as suas atividades tanto para a produção dos produtos de exportação como de meios de subsistência. Nas relações sociais internas ao latifúndio, o proprietário rural exercia um poder quase absoluto sobre sua família, os agregados, camaradas e escravos. As relações civis e mercantis eram restritas aos proprietários e aos homens livres, especialmente nas cidades. O comércio no interior limitava-se a pequenos pousos e vendas ao longo das estradas; o artesanato e o comércio dos pequenos núcleos urbanos eram reduzidos. Seus habitantes mantinham comunicações restritas às áreas rurais adjacentes, incorporando-se à clientela dos grandes proprietários. O mercado de café, ao qual o grande proprietário estava integrado, era completamente dissociado da vida local, enquanto a produção local de sitiantes e jornaleiros organizava-se na maior parte das vezes enquanto economia de subsistência.

A violência de senhores e feitores sobre os escravos era o recurso usual para “manter o ritmo de trabalho, impedir atitudes de indisciplina ou reprimir revoltas, para atemorizar os escravos, mantê-los humildes e submissos, evitar ou punir fugas...” Para os senhores de escravos, o castigo físico era a única medida coercitiva eficaz, e entre eles era generalizada “a convicção de que muitos escravos não trabalhavam se não fossem devidamente espancados”. A utilização da violência dava lugar a muitos abusos, e são freqüentes os relatos a esse respeito. No entanto, não se trata de opor a violência à benevolência, a fim de “medir” a violência praticada e “verificar” se se tratava de situações excepcionais. A violência estava no próprio cerne do sistema escravista e, como afirmou Joaquim Nabuco, a pacificação das relações entre senhor e escravo só aconteceria na situação limite da submissão absoluta, do absoluto aniquilamento da vontade do escravo em face da do seu senhor.² Em todas as

2. “Enquanto existe, a escravidão tem em si todas as barbaridades possíveis. Ela só pode ser administrada com brandura relativa quando os escravos obedecem cegamente e sujeitam-se a tudo; a menor reflexão destes, porém, desperta em toda a sua ferocidade o monstro adormecido. É que a escravidão só pode existir pelo terror absoluto infundido na alma do homem... O limite de crueldade do senhor

outras situações, o antagonismo estava presente e sua relação era marcada pelo confronto, pela acomodação, pela resistência de um perante o outro.³

De modo geral, a violência e a benevolência não eram praticadas de forma indiscriminada. Elas antes constituíam uma economia do castigo, que se expressava em uma ideologia de tipo paternalista, a do bom senhor e do escravo humilde e submisso. Os castigos eram aplicados segundo certos critérios, tais como a boa ou má "índole" do escravo, a falta cometida etc., que determinavam a dosagem e a graduação da aplicação. O objetivo da economia do castigo era produzir determinadas formas de comportamento dos escravos, adequadas à produção e às relações sociais escravistas em geral (LARA, 1988).

Os modelos de comportamento eram racionalizados como um conjunto indeterminado de "obrigações naturais", de caráter religioso ou moral, do senhor em relação a seus escravos, em troca das quais exigia-se humildade e submissão da parte destes. Essas obrigações naturais do senhor compreendiam desde um nível mínimo de alimentação, vestuário e cuidados, um ritmo convencional de trabalho e de repouso; algum âmbito de atividades autônomas dos escravos (como roças próprias, festas e rituais religiosos); até a promessa de alforria graciosa de um ou outro de seus escravos. Essa economia do castigo não era apenas uma racionalização senhorial, pois consistia na modulação das ações nas situações concretas de confronto, acomodação e resistência entre senhores e escravos. Nessas situações, fixavam-se regras costumeiras, de conteúdos variáveis, no seu relacionamento cotidiano. Essas regras podiam ser quebradas pelo senhor ou seu feitor, a seu arbítrio. Porém, isso criava situações de tensão, que podiam resultar em crimes, fugas ou mesmo em rebelião dos escravos (MACHADO, M.H., 1987).

está, pois, na passividade do escravo. Desde que esta cessa, aparece aquela; e como a posição do proprietário de homens no meio do seu povo seria a mais perigosa, e, por causa da família, a mais aterradora possível, cada senhor, em todos os momentos de sua vida, vive exposto à contingência de ser bárbaro, e, para evitar maiores desgraças, coagido a ser severo" (NABUCO, 1988: 102).

3. COSTA, E.V, 1989: 303-4; STEIN, 1990: 170). GOULART, 1972; QUEIROZ, S., 1977.

A estrutura social colonial produzia continuamente uma parcela significativa de indivíduos livres e pobres. Com as oscilações do mercado internacional, ao qual se subordinava a produção da colônia, sucediam-se ciclos de prosperidade e crise; nestes últimos, ocorria a decadência ou estagnação de algumas regiões, levando a empobrecimento de proprietários que, sem recursos, alforriavam seus escravos e liberavam, e sua clientela. Mesmo livres, contudo, estes eram mantidos à margem da produção da riqueza, em decorrência da própria dinâmica das relações sociais, em que se davam os conflitos e acomodações entre livres e escravos. Esta camada de “desclassificados” caracterizava-se “pela fluidez, pela instabilidade, pelo trabalho esporádico, incerto e aleatório”. A esses indivíduos cabiam ocupações que o escravo não podia desempenhar, como de supervisão (o feitor), de defesa e policiamento (capitão-do-mato, milícias e ordenanças) ou funções complementares à produção (desmatamento, preparo do solo para o plantio), seja porque era antieconômico desviar mão-de-obra da produção, seja porque colocava em risco a condição servil (SOUZA, L., 1986: 63).⁴ O estatuto jurídico diferenciava-os dos escravos, e, por isto, eles recusavam o trabalho contínuo e subordinado na agricultura, identificado às atividades destinadas aos escravos. Os senhores tinham como parâmetro do trabalho a escravidão e, para eles, os livres eram “a encarnação de uma corja inútil que prefere a vagabundagem, o vício ou o crime à disciplina do trabalho” (KOWARICK, 1994: 43).

Nas regiões em que a ocupação da terra já estava estabilizada, com seu controle pelo latifúndio, o acesso à propriedade rural era dificultado pelos fazendeiros. Ao mesmo tempo, o processo de trabalho baseado na mão-de-obra escrava impedia a formação de

4. Os pobres livres não participavam do controle dos escravos apenas de maneira direta, como feitores, mas por sua presença nas redes de relações locais, onde sua proximidade com escravos permitia a identificação destes como habitantes ou desconhecidos nas localidades. O papel dos pobres livres no controle dos escravos era reconhecido pelo governo, em 1833, que equiparava os pobres livres aos senhores na titularidade dos privilégios e direitos constitucionais, e atribuía dois grandes interesses que reuniam e conglomeravam os membros da associação política assim constituída: “o sentimento de nacionalidade e a necessidade de conservar o domínio sobre os escravos” (*Correio Oficial* de 1.^o/7/1833, Rio de Janeiro, *apud* AUFDERHEIDE, id.: 59).

um mercado de trabalho assalariado, colocando os pobres livres numa situação de marginalidade no processo produtivo. Restava-lhes ocupar partes de propriedades não exploradas pelos fazendeiros e cedidas por estes para sua moradia e uma cultura de subsistência. Esses homens ficavam na condição de agregados: moravam em "terra alheia" e viviam por sua "conta e risco" e o seu ajustamento com o proprietário dava-se por uma relação de simpatia e prestação de serviços pessoais. Assim, os agregados estabeleciam relações de dependência com os proprietários, baseadas em obrigações recíprocas de caráter pessoal e com o reconhecimento mútuo das posições respectivas na hierarquia social. Essa situação afastava a resolução dos seus conflitos da esfera formalmente igualitária da Justiça (FRANCO, M., 1974: 94-5).

Devido à sua fluidez ocupacional e social, os indivíduos livres e pobres tendiam a ser confundidos com os vadios, indivíduos sem ocupação e sem domicílio certo. "O vadio podia ser o desempregado ou o que mantinha vínculo inconstante com o mercado de trabalho; era o agregado da grande propriedade rural expulso da terra, ou o citadino que se disfarçava de mendigo para pedir esmola. Sobrevivia essa gente de trabalhos esporádicos, da mendicância, do roubo e, no caso das mulheres, da prostituição. O diarista do engenho podia, em tempos difíceis, metamorfosear-se em andarilho, mendigo ou ladrão" (FRAGA FILHO, 1996: 76). A itinerância era uma característica complementar à fluidez social dos indivíduos livres e pobres.

O deslocamento era consequência da própria precariedade da posse da terra pelos agregados ou sitiantes, o que os tornava suscetíveis de expulsão pelos proprietários. O deslocamento era uma maneira pela qual os indivíduos livres e pobres procuravam subtrair-se às relações locais de dependência pessoal, tentando mudar sua posição social. Colocavam-se, deste modo, numa situação liminar em relação à ordem social, pois violavam a representação patriarcal da ordem social que situava os indivíduos segundo posições hierárquicas no interior da família estendida e inseria-os nas relações pessoais formadas pelas redes de famílias (id., *ibid.*).

Foram adotados diversos expedientes para o controle da mobilidade dos pobres livres, como os termos de bem viver, os

passaportes, os atestados de boa conduta e o engajamento para as tropas de linha. A criminalização da vadiagem e as indagações pelas autoridades a respeito dos suspeitos e desconhecidos que chegavam aos distritos eram outras formas de controle sobre essa camada de indivíduos. Por não encontrarem uma posição definida no interior da ordem social, estes indivíduos eram considerados uma ameaça pelas autoridades e senhores, estando sujeitos à criminalização pela simples falta de um documento ou da suspeita de uma autoridade. Indivíduos de ascendência africana, livres ou libertas, que se deslocavam de suas localidades ainda corriam o risco suplementar de ser reescravizados, seja não por possuírem o título de liberdade, seja por fraude (AUFDERHEIDE, id.: 161; CASTRO, H., 1995).

A violência na sociedade escravista não se limitava, pois, ao controle dos escravos, e o controle social não se baseava apenas na repressão. O objetivo geral da economia dos castigos, na sociedade escravista, era criar e manter os laços de dependência pessoal que uniam aos proprietários os indivíduos de *status* ou de condição econômica subordinada. Em relação a esse fim ordenavam-se, como numa série, a violência, efetiva e sua ameaça, e a benevolência, arbitrariamente concedida e/ou prometida.

3. ATIVIDADE POLICIAL E CONTROLE SOCIAL NA CORTE

O número de indivíduos livres e pobres aumentou continuamente no país, devido ao crescimento populacional, às crises cíclicas da economia, aos conflitos políticos, a desastres climáticos, etc. Para estes, as cidades apareciam como uma alternativa para a busca de emprego ou a obtenção de socorro de instituições de caridade. Porém, as oportunidades de trabalho assalariado nas cidades eram reduzidas, já que os pobres livres sofriam a concorrência dos escravos e, ao mesmo tempo, os postos de trabalho nas pequenas indústrias não se ampliavam em virtude da forte presença no mercado de produtos manufaturados estrangeiros. Desde a época colonial, as cidades eram vistas como “depósitos de gente desclassificada e despossuída. Na visão dos mais abastados, as ruas apareciam como espaços inóspitos, perigosos e povoados de ladrões, mendigos e vadios”. (FRAGA, id.: 84; AUFDERHEIDE, id. 88 *et passim*).

A cidade do Rio de Janeiro sofreu importantes mudanças sociais a partir das primeiras décadas do século XIX, em virtude da presença da corte portuguesa, da abertura dos portos em 1808 e da posterior instalação do governo imperial brasileiro, assim como das maciças transferências de escravos africanos, pelo tráfico interno e, posteriormente, pelo fluxo de imigrantes portugueses. Na primeira metade do século XIX, era a maior cidade da América, e contava com o maior número absoluto de escravos desde o fim do Império romano. (ALENCASTRO, 1997: 24; HOLLOWAY, 1993, Apêndice. I).

A proporção de escravos em relação à população estimada da cidade passou de 35% em 1799 para cerca de 46 % em 1821 e 38% em 1850, reduzindo-se para 16% em 1872 e decrescendo ano a ano até a Abolição. Essa proporção se fazia sentir na presença, nas ruas da cidade, em todos os locais e a qualquer hora do dia, de africanos ou seus descendentes brasileiros, tanto escravos como libertos ou, ainda, livres, os quais eram, em geral, categorizados como suspeitos. O aumento da população escrava da cidade significava maior risco de revoltas, e o temor da população livre era crescente desde a grande revolta de São Domingos, em 1791 e o levante do malês, na Bahia, em 1835.

Depois de 1850, o problema do controle social na cidade foi agravado pelo aumento do número de imigrantes portugueses e, mais tarde, também de italianos. Nos censos de 1872, 1890 e 1906, mais de 25% da população total da cidade era formada por estrangeiros, com predomínio de jovens solteiros do sexo masculino. A migração interna também fornecia um novo contingente populacional à cidade. Embora tenha sido mais importante nas décadas subseqüentes à abolição, este movimento começou nas décadas anteriores, pois, já em 1890, os migrantes internos representavam 26% da população total da cidade. Essa parcela de migrantes também era predominantemente não-branca, do sexo masculino, jovem e solteira, ainda que não de forma tão acentuada quanto os estrangeiros (ADAMO, 1983: 16-31).

Grande parte dos escravos era de ganho ou de aluguel. Eles trabalhavam e viviam em locais distantes do controle imediato do senhor, podendo circular nas ruas, sem feitor que controlasse seus passos ou seu trabalho. Além disso, tornava-se cada vez mais difícil

distingui-los dos livres e libertos, pois confundiam-se com outros indivíduos de ascendência africana. O controle da sua atividade e da sua circulação nas ruas era feito pela polícia e pela sociedade carioca em geral. Dada a facilidade de movimento dos escravos, a confusão entre escravos e libertos e o temor da população branca, a polícia tomava a cor da pele como sinônimo de escravidão, detendo aqueles que considerava suspeitos para depois verificar seu estatuto jurídico. Com o aumento do número de escravos, tornava-se cada vez mais difícil distingui-los dos livres e libertos, o sistema endurecia, e aumentavam os cuidados com a eficácia da polícia (ALGRANTI, 1988: 34-40; CHALOUN, 1990).

Na punição de delitos praticados por escravos, também havia complementaridade entre as autoridades e os senhores. A estes cabia punir os delitos mais leves, como as faltas no trabalho, as fugas, a sabotagem à propriedade, a resistência às suas ordens. E ao poder público, os crimes mais graves, como homicídios, lesões corporais e roubo. A punição mais aplicada eram os açoites e havia funcionários especialmente destinados a este fim. Os açoites eram aplicados publicamente, o que lhes conferia um caráter exemplar e intimidador.⁵ As autoridades também se incumbiam de aplicar os castigos, quando os senhores não podiam ou não queriam fazê-lo. Os senhores dispunham ainda do Calabouço, prisão pública destinada aos escravos, que nela eram aprisionados por tempo indeterminado, mediante a simples requisição do senhor e sem necessidade de justificação. Havia escravos que permaneciam durante meses e anos detidos no Calabouço, sem qualquer acusação por parte de seus senhores. (ALGRANTI, id.: 103-5; HOLLOWAY, id.).

Assim, no Rio de Janeiro, como em outras cidades escravistas, o controle público completava o controle senhorial dos escravos. O controle público se processava nas rondas noturnas, em que indivíduos que circulassem na cidade após o toque de recolher podiam ser detidos sem maiores explicações, considerados escravos fugidos, por infrações dos regulamentos municipais sobre porte de

5. São comuns na bibliografia os relatos sobre o abuso dos açoites por senhores e autoridades públicas (ALGRANTI, id.: 104; GOULART, 1972; QUEIROZ, S. 1977; COSTA, E.V., 1989).

armas, venda de bebidas alcoólicas e proibição dos capoeiras ou, ainda, acusados de pequenos crimes, como furtos de objetos de pequeno valor, desordem e bebedeiras (cf. ALGRANTI, id.: 51, 164 *et passim*; AUFDERHEIDE, id.: 99; HOLLOWAY, id.).

A criminalização da vadiagem era utilizada *ad hoc* pela polícia, e não só permitia a esta controlar a circulação dos indivíduos sem ocupação, como também consistia exercia a vigilância do comportamento sobre as camadas mais pobres. A acusação de vadiagem – e de outros comportamentos considerados impróprios, como o de bêbados habituais, prostitutas escandalosas, mendigos e turbulentos, que perturbassem a paz e o sossego público e das famílias – obrigava a assinatura de termo de bem viver. A própria *ameaça* desse tipo de acusação consistia em um importante recurso para o controle policial do comportamento público dos indivíduos pobres (HOLLOWAY, id. 130; para o Recife, HUGGINS, 1984).

A detenção cotidiana de suspeitos e acusados de vadiagem pela polícia tinha também o objetivo de suprir a carência de mão-de-obra para os serviços e obras públicas. Esta carência, que existia desde os tempos coloniais, agravou-se com a instalação da corte portuguesa na cidade, que promoveu o crescimento populacional e, com isto, aumentou a demanda de mão-de-obra para a prestação de serviços e a construção novos de edifícios e obras públicas. Para os serviços públicos diários, como transporte de água e de dejetos, eram aproveitados os prisioneiros, tanto os que cumpriam pena, como os escravos detidos a pedido de seu senhor e os acusados de vadiagem. Desde sua criação, a polícia carioca foi encarregada de fornecer trabalhadores para esses serviços e obras públicos (HOLLOWAY, id.: 133; ALGRANTI, id.: 76, 80).

A polícia era incumbida também de encaminhar detidos para o recrutamento forçado nas tropas de primeira linha. A literatura relata que eram comuns as requisições do Exército e da Marinha nesse sentido, e que o recrutamento era utilizado para fazer uma “limpeza” dos vadios nas cidades. Ao mesmo tempo, a isenção do recrutamento era uma oportunidade de proteção dos patrões aos pobres livres. O sistema permitia que os mais abastados comprassem a isenção de seus filhos e intervissem junto às autoridades para que não recrutassem seus protegidos. Assim, o recrutamento recaía

sobretudo nos livres pobres, desvinculados dos laços de clientela.⁶ À chegada de notícias do recrutamento, os pobres livres procuravam subtrair-se, escondendo-se nas matas, ou fugiam, passando a viver na ilegalidade e na itinerância. Esporadicamente ocorriam violências, quando amigos e parentes resistiam às autoridades, procurando libertar os detidos para o recrutamento.⁷

A principal atividade cotidiana das autoridades policiais era processar e julgar os pequenos delitos. Essas autoridades eram então absolutas nesse domínio, cujos limites não eram claramente definidos, com o que se abria uma ampla margem de arbítrio na autodeterminação de seu campo de atribuições. As mudanças dos códigos, ocorridas durante o processo de Independência e estendendo-se até a Reforma de 1841, não resultaram em transformações importantes nesse campo (HOLLOWAY, id.).

Em virtude da indefinição das atribuições da polícia, esta atuava também no sentido de reger o comportamento dos indivíduos nas suas relações privadas. Nesse tipo de questão, atuava a pedido dos próprios cidadãos como uma verdadeira justiça de paz, ou de primeira instância. O chefe de polícia utilizava os termos de bem viver para obter dos indivíduos promessas de bom comportamento, relacionada à sua vida conjugal, a problemas com a vizinhança, aos conflitos de mercado, em torno da propriedade de pequenos valores e outros (AUFDERHEIDE, id.: 135-6; BRETAS, 1995).

Durante o século XIX ocorreram algumas mudanças na aplicação das penas, como a transferência dos açoites para o interior das prisões e o fechamento do Calabouço, em 1874. Passou a haver algum controle das autoridades públicas da Corte sobre os castigos

6. "Proteger alguns pobres da ameaça do recrutamento surgia como tema tão freqüente nos documentos da época, que se pode acreditar que a sua verdadeira finalidade era obrigar a todos a se identificarem com quem pudesse oferecer essa ajuda. A obediência merecia essa proteção, e os pobres trabalhavam desesperadamente para assegurar que um patrão os ajudasse a escapar à transferência da Guarda Nacional, ou, o que era mais provável, ao recrutamento forçado." (GRAHAM, R., 1997: 48)

7. ALGRANTI, id., 184; para o uso da Guarda Nacional neste intuito, ver CASTRO, J.B (1979); para a cidade de Salvador, ver FRAGA FILHO (1996); ver também HAHNER (1986: 50).

excessivos, as sevícias e as acusações de assassinato de escravos pelos seus senhores, a partir da década de 1860 e, mais tarde, pela ação do movimento Abolicionista (ALGRANTI, id.: 115-6; CHALOUN, id.; HOLLOWAY, id.: 230).

Houve algumas continuidades, predominando a atividade policial voltada ao controle do comportamento dos indivíduos e a vigilância de sua circulação na cidade, em relação à investigação criminal; a sobre-representação, entre os detidos e os condenados criminalmente, daqueles enquadrados nas rubricas “negros” e “mulatos”, ou “pardos” (e, mais tarde, dos estrangeiros) em relação à população; e a baixa proporção das condenações criminais em relação à atividade policial (ADAMO, id.: 184 *et passim*, HOLLOWAY, id.: 255; HUGGINS, id.: 87-8).

Em resumo, o principal objetivo da atividade policial na Corte, assim como nas demais cidades escravistas era a vigilância dos escravos nas ruas e o controle do comportamento dos indivíduos livres e pobres excluídos das redes de clientela. A atividade policial era direcionada também para a resolução de conflitos cotidianos de pequena monta, deixados de lado pelo aparelho judiciário, e, secundariamente, para a prevenção e a investigação dos crimes. A atividade predominante de vigilância dos escravos, levava ao controle de todos os indivíduos de ascendência africana, e outros “pardos” ou “mestiços”. Veremos que, com a crise final da sociedade escravista brasileira, essa prática foi dirigida aos indivíduos pobres das cidades.

4. PRISÕES E PRÁTICAS PUNITIVAS ESTATAIS

A economia dos castigos da sociedade escravista implicava a distribuição do exercício da violência entre a autoridade pública e os particulares, e não o monopólio estatal da violência legítima, característica dos Estados modernos. Segundo a imagem de um autor, com a atribuição aos senhores da punição dos escravos, inexistiam regras gerais para os delitos e os castigos. Cada senhor definia o seu próprio conjunto de delitos, graduava a sua gravidade, determinava os critérios da culpabilidade, adotava o seu processo penal particular, com procedimentos, sistema de provas e de penas.

Vimos que, do ponto de vista das práticas punitivas estatais, nas cidades escravistas havia a colaboração entre autoridades públicas e senhores de escravos para punir, deter, controlar a circulação e as atividades dos escravos nas ruas. Vejamos agora como se davam as práticas punitivas no interior das prisões.

A prisão era a forma de punição predominante no Código Criminal de 1830. O Código baseava-se no modelo penitenciário, buscando a regeneração dos indivíduos pelo silêncio, pela solidão, pela reeducação moral, através do trabalho e treinamento profissional. Esse modelo supunha a construção de várias penitenciárias adequadas ao novo sistema de penas. No entanto, além de problemas orçamentários, esse sistema enfrentava aqueles derivados da própria estrutura social. Como aplicar o princípio da regeneração dos criminosos aos escravos? Como pretender a regeneração dos indivíduos pelo trabalho numa sociedade que degradava o próprio trabalho? Como levar em conta as diferenças de "condição" dos indivíduos na aplicação da pena? (AUFDERHEIDE, id.: 306-10).

A Casa de Correção da Corte começou a ser construída em 1833, mas só foi inaugurada em 1850. A de São Paulo foi inaugurada em 1852, mas o projeto datava de 1825. Havia também propostas para Salvador, Pernambuco, Goiás e Maranhão, que não foram levadas adiante. O projeto da Casa de Correção da Corte baseava-se no modelo do panóptico, com uma torre central e longos corredores, com celas individuais nas quais os prisioneiros deveriam manter completo silêncio. Também no trabalho, mesmo que coletivo, o silêncio tinha de ser total (AUFDERHEIDE, id.: 311-3). O objetivo declarado da construção Casa de Correção da Corte era experimentar o sistema de isolamento, tendo em vista a sua possível adoção em todo o Império.⁸

8. O "panóptico" da Casa de Correção da Corte nunca deixa de ser um projeto, cuja execução foi sempre protelada, e que não chega a ser completada. Quarenta anos depois do início de sua execução, as sociedades centrais já produziam novos modelos. Estes serão utilizados no Brasil como prova do fracasso do modelo anterior, e serão por sua vez adotados, protelados, distorcidos, etc. Isso não significa o "atraso" da nossa sociedade., mas a sua própria condição periférica, cujo processo histórico difere daquele das sociedades centrais. Ocorre a constituição de novas sociedades, com seu próprio espaço social interno, as suas etapas de desenvol-

Segundo relatório de uma comissão criada em 1873 para Inspeção da Casa de Correção da Corte, o sistema de isolamento nunca foi verdadeiramente adotado nessa penitenciária. As obras prolongavam-se, o projeto inicial fora alterado, não se podiam ver as celas da torre central, foram feitas divisões entre os pavilhões, construíram-se celas maiores, com capacidade para até seis condenados. No interior dos raios, realizaram-se construções de outro tipo, com dois calabouços junto à porta principal para os condenados a galés, uma oficina para canteiros e outra para ferreiros, fora o calabouço para escravos, o colégio dos menores e a casa da administração. O segundo raio fora destinado provisoriamente à casa de detenção. "... os edifícios da projetada penitenciária, ... bem desenhavam a vacilação do pensamento sobre o regímen, que se pretendia ensaiar, há quarenta anos; muito se despendeu, e pode-se dizer que não se tem conseguido ensaiar sistema algum" (RMJ, 1874: 213).

A Casa de Correção era sobrecarregada ainda com "necessidades de outra ordem", em virtude da falta de casas de detenção e de execução de outras penas que não a de prisão com trabalho. Ela sempre abrigara os condenados a prisão simples, a galés, os escravos do calabouço, africanos livres e menores, mas depois da extinção do Aljube e das antigas prisões, nela aglomeravam-se "presos e sentenciados de todas as espécies com prejuízo da disciplina, por melhor que fosse o regímen adotado, e com perturbação do plano, que aliás começara errado" (id., *ibid.*: 214).

Construída em local inadequado, a Casa de Correção não tinha água encanada, e a enfermaria e a divisão para os alienados ficavam nos raios. A "condição moral, religiosa e instrutiva" dos presos

vimento econômico, a sua formação de classes e suas relações sociais. A condição de sociedade periférica manifesta-se também nas práticas punitivas estatais, na organização e funcionamento das instituições judiciárias.

9. No ano seguinte, a Comissão de reforma penitenciária afirmava que os erros cometidos na construção da Casa de Correção da Corte também o foram na Penitenciária de Pernambuco. "Os inspetores ou comissários de província não têm idéia alguma do que seja uma prisão. Não é pois de admirar que errem completamente na execução das obras de que se encarregam." Os próprios arquitetos às vezes também cometem erros (RMJ, 1875: 51).

também era precária: só se praticava o culto católico e as escolas previstas para a instrução dos presos não funcionavam até 1868, quando o capelão assumiu esta tarefa. A escola era freqüentada anualmente por 35 a 50 presos. Havia ainda problemas na aplicação da disciplina: as turmas de trabalho eram muito grandes e os presos podiam se comunicar entre si. A Comissão determinou o fechamento da “cela obscura”, com 3,52 m. de comprimento, de 1,76 de largura e de 1,98 a 1,10 m. de altura, na qual, fechada a porta, não havia a renovação do ar, com risco de vida para o condenado.

A Comissão fazia extensas considerações sobre a mortalidade dos presos, resultante das precárias condições higiênicas da Casa. De julho de 1850 a dezembro de 1873, foram recolhidos 1.265 condenados; falecendo 260, isto é, 20,55%. Dos 1.099 recolhidos de junho de 1850 a dezembro de 1869, faleceram 245. Segundo a duração da pena, dos condenados até 2 anos, faleceram 2%; de 2 a 4 anos, 17%; de 4 a 8 anos, 31,58%; de 8 a 10 anos, 46,8%; de 10 a 14 anos, 40%; e de 14 a 16 anos, 50%; de 16 a 20 anos, 33,3%. Para as penas maiores de 20 anos, de 32 condenados morreram 27. Não morreram todos porque dois foram perdoados, dois removidos e o único que existia na época, tinha começado a cumprir a pena perpétua há pouco mais de um ano. Dos 656 condenados a penas menores que 2 anos, faleceram 236, ou 36%. Um membro da Comissão concluía: “Pelos dados colhidos quando médico, que fui dez anos nesta casa, estudando a clínica especial da penitenciária, cheguei a persuadir-me de que a pena maior de dez anos equivale em regra a uma sentença de morte. São muito raros os que cumprem este tempo e, se por acaso cumprem, não tenham adquirido lesões graves, que os constituam valetudinários, durante o tempo mais ou menos limitado de vida que lhes reste.” (id.: 49).¹⁰

Embora o sistema de isolamento na Casa de Correção nunca tivesse sido adotado plenamente, a Comissão o rejeitava, por

10. O movimento da Casa de Correção de São Paulo entre 1852 e 1875 foi o seguinte: entraram 852 prisioneiros; saíram 450; e faleceram 126, 14,8 % do total de presos. As mulheres eram 11,6% do total, e apenas 2% delas faleceram, ao passo que entre os homens, faleceram 16,4%. Em 1896, esse percentual era de 10,2%. Segundo Rushe e Kirsheimer, nas prisões inglesas faleciam em 1877 1,08% do total dos condenados; e 0,56% em 1896 (*apud* SALLA, id.: 83-4).

considerá-lo “muito duro entre nós”. Sugeria “a agregação por classes, e estas com subdivisões e discricionárias”, considerando as variáveis e relativas condições individuais. Considerava “repugnante aos nossos hábitos e educação, é uma violência sem razão plausível” sujeitar os detidos e indiciados ao isolamento e ao trabalho. “Enquanto a necessidade de descobrir a verdade o exigir, seja o preso isolado; cessando esta necessidade, só devem ficar isolados os perversos, os maus, cujo contato se teme. Seja obrigado a trabalho aquele que só vive dele, o vadio, o devedor detido e outros que por motivos especiais o devam ser; aos demais seja ele livre e não imposto; assim que convirá que as celas tenham capacidade para um, dois, três e quatro presos” (id.; *ibid.*).

Quanto ao sistema de penas, a Comissão defendia a necessidade de reformar o sistema do código criminal, fundado nos princípios da intimidação e da proteção da sociedade contra os malfetores, sem ter em vista o terceiro princípio, o do melhoramento do condenado, que constituía uma das bases do regime penitenciário moderno. Dever-se-iam abandonar os princípios baseados no isolamento, para adotar o sistema irlandês ou da classificação progressiva das penas durante a execução, defendidos no Congresso de Londres de 1872. O fim da pena era melhorar o criminoso, e sua execução devia consistir em despertar e alimentar a esperança no “coração do preso”, para que este se tornasse o agente de seu próprio melhoramento; sem excluir a força física, preferiam-se as forças morais: respeito e dignidade pessoal do preso; educação, religião e trabalho.

A Comissão recomendava a construção de uma nova torre e de um novo raio, de estilo panóptico, com até 400 celas, para os condenados que atingissem a segunda etapa do cumprimento da pena. Esta recomendação não foi adotada, assim como as suas demais apresentadas por esta e de outras Comissões de Inspeção.

Outro aspecto criticado era a pena de galés, por ter perdido “a virtude de intimidação”, especialmente para os escravos criminosos, “que consideram vantajosa a troca da escravidão pela vida folgada e ociosa das cadeias”. A pena de galés era menos dura que a prisão com trabalho, pois os réus não queriam receber a comutação a que teriam direito, por “falta de robustez e fraqueza natural”. Para

cumprir sua função, esta deveria ser agravada, "...elevando-a ao grau em que foi colocada pela legislação, que a considera *mortis* próxima. Criar estabelecimentos centrais onde os condenados serão submetidos à rigorosa disciplina e empregados em trabalho contínuo" (RMJ, 1874: 42).

No Relatório do Ministério da Justiça de 1878, era sugerida novamente a reforma do sistema de penas do código criminal. A pena de galés era condenada por ser desmoralizadora, porque "aviltava o criminoso, a seus próprios olhos e o expunha ao desprezo de seus semelhantes". Tal pena já não era compatível com a época, em que um dos principais intuitos da justiça criminal era a regeneração do delinquente. A proposta era substituí-la pela prisão celular ou prisão com trabalho. A prisão simples era a mais grave e aflitiva, pois tendia ao aniquilamento físico e moral do condenado, levando-o à morte, se demasiado prolongada. A pena por excelência era a de prisão com trabalho, que exercia sobre o criminoso ação regeneradora mais ativa e incessante, a que melhor o educava, dando-lhe profissão e hábitos de ordem e paz.

Quanto aos escravos, porém, a "experiência dolorosa" de todos os dias mostrava que a aplicação da pena de galés no seu caso era totalmente ineficaz, já que não produzia o efeito da intimidação. Por esta razão, o Ministério da Justiça propunha substituí-la pela de prisão celular, de dia e de noite, com trabalho e silêncio absolutos. "Este gênero de prisão, que não tem o caráter barbaresco da pena de galés, é, na opinião dos homens práticos, mais dura de sofrer-se que a de galés" (id.; *ibid.*: 89).

A preocupação com o tipo de penalidade mais apropriada para os escravos era comum entre os juristas da época. Manoel Dias Toledo, diretor da Casa de Correção de São Paulo e professor na Academia de Direito, também criticava a pena de galés. E igualmente considerava ineficaz a pena de morte que, na sua opinião, não intimidava os escravos, "porque todos eles (os africanos) acreditam na metempsicose ou transmigração das almas e freqüentemente se suicidam". "Quase não se encontra pena, para punir esses indivíduos, que convivem na sociedade; tudo isso devido à existência da escravidão...". Assim como outros juristas, ele reputava a pena de açoites a mais adequada, e lamentava que a

escravidão exigisse uma legislação excepcional, atribuindo aos escravos uma penalidade diferente da dos homens livres. O código não estabelecia uma base certa, sobre a qual o juiz deveria regular a comutação da prisão em açoites, indefinição que apresentava inconvenientes, pois “sendo o juiz amigo do senhor do escravo, pode ser muito benigno...; se for inimigo, então fará o inverso” (TOLEDO, 1878: 536-7, 540 e 635).

As condições da Casa de Correção da Corte eram comuns às demais prisões do Império. Seu estado geral era péssimo: eram pouco seguras, o que facilitava as evasões; não tinham capacidade para abrigar os detidos e para atender às exigências da Constituição; quanto às instalações, a higiene e a alimentação eram precárias, facilitando a proliferação de doenças e as mortes.¹¹

Quanto ao estatuto dos presos, os livres e libertos estavam sobrerepresentados em relação à população, o mesmo ocorrendo com os estrangeiros, o que se constata pelas listas de prisioneiros dos anos de 1834-1837, para o Rio de Janeiro e a Bahia. Em relação à cor, eram sobrerepresentados os indivíduos enquadrados nas categorias os “brancos” e “pardos” e subrepresentados os “negros” e os “escravos”. Estes respondiam às penas mais longas, o que indica que estavam mais sujeitos às punições mais sumárias e, quando entravam no sistema, às mais severas (AUFDERHEIDE., *ibid.*: 324-8).

As prisões do Império destinavam-se sobretudo a punir os pobres livres que estivessem fora dos laços de clientelismo. Eram também depósitos de escravos fugidos e lugar de detenção de outras pessoas sobre as quais recaía a suspeita de escravidão. Serviam igualmente para arregimentar mão-de-obra para os trabalhos públicos e para a custódia de indivíduos de qualquer condição, acusados de turbulentos, vadios, bêbados, prostitutas, ou por se tratar de menores, loucos

11. Sobre as condições das cadeias paulistas no Império e na Primeira República, ver SALLA, 1997; sobre a Casa de Detenção do Recife, ver HUGGINS (*id.*: 79 *et passim*); sobre o Presídio de Fernando de Noronha, PESSOA, G., 1994; sobre o estado das prisões na Corte e em outras Províncias, ALGRANTI, 1988 e AUFDERHEIDE, *id.*: 314 *et passim*); *RMJ*, 1874. Em geral, há nos *RMJ* de todos os anos considerações sobre o estado precário das prisões do Império e a necessidade de reformá-las. Esta preocupação acentuou-se a partir da década de 1870.

e índios. A confusão entre detidos em custódia e condenados ocorria mesmo entre as próprias prisões. Em São Paulo, as transferências frequentes entre os presos da Casa de Correção e da Cadeia Pública não seguiam critérios de legalidade, mas motivos disciplinares, punindo-se os prisioneiros não obedientes com a transferência para a primeira, cujas condições eram mais duras que as da segunda.

As prisões do Império tinham uma forma comum de administração: o diretor recebia completa autonomia, não estava submetido a controles externos, as condições materiais e de pessoal eram precárias, o que estimulava os carcereiros a completar seus baixos salários com emolumentos e com a exploração de pequenos privilégios que concediam aos presos.

As relações entre os detidos reproduziam as relações hierarquizadas da sociedade. Os presos relacionavam-se segundo critérios de raça e os escravos deviam servir aos demais presos, recaindo sobre eles a parte mais importante dos trabalhos de conservação na prisão (AUFDERHEIDE, id.: 324 e 333-4; SALLA, id.: 56). Os detidos eram separados pela administração prisional segundo seu estatuto social, existindo, na Cadeia Pública de São Paulo, duas salas destinadas a pessoas de condição social distinta: uma em que eram recolhidos escravos e miseráveis sob custódia, e que se encontrava em estado deplorável, necessitando reparos; e outra “destinada aos presos que tem condição qualificada na sociedade, conquanto não corresponda ao fim que a lei teve em vista com a sua criação, acha-se contudo em bom estado”. O art. 71 do Regulamento da Cadeia Pública da capital assegurava “imunidade” a determinados presos, indiciados em crimes comuns ou pronunciados, e que ocupavam uma sala livre separada, a saber: militares, os que tinham título em escola superior, os oficiais da Guarda Nacional com patente regular e os da Força Pública do Estado, os negociantes matriculados (Aquino e Castro, Relatório à Assembléia Provincial de São Paulo, de janeiro de 1865, *apud* SALLA, id.: 42, n. 19). A separação dos presos segundo sua condição social era justificada da seguinte maneira: “... a condição diferente de hierarquia social determina a situação igualmente diferenciada sob a qual estarão submetidos os indivíduos no cárcere... [pois,] a um homem de educação, que teve a desgraça de cometer um crime, é muito

mais sensível a pena de prisão simples, do que a pretos, por gênio preguiçosos, e sem princípios de pundonor, que nessa ...encontrarão antes um bem do que uma punição, ou um mal". Considerava-se que o contato "indistinto" entre os presos era perigoso, por "acostumá-los às más ações", de tal modo que "em vez da pena de prisão reformar o caráter do delinquente, moralizando-o, bem antes o perverteria". E que não podendo ser as prisões "a escola da moral para aqueles que se hão corrompido pelo vício, não o sejam elas ao menos da imoralidade". (*apud id.; ibid.*: 35).

As características da Casa de Correção da Corte são mais do que deformações de um modelo, em virtude de ter sido mal feita a cópia feita de instituições européias. A análise da confusão e precariedade aparentes da penitenciária panóptica brasileira permite identificar as relações existentes entre as práticas punitivas estatais e a estrutura da sociedade escravista brasileira do século XIX.

O sistema de plantação, em que se baseava a sociedade brasileira, era "devorador de terras e de homens", resultando na alta taxa de mortalidade dos escravos. A alta taxa de mortalidade dos detidos na Casa de Correção, em virtude das precárias condições higiênicas, segue o mesmo padrão.¹²

A Casa de Correção da Corte recebeu interessantes mudanças na arquitetura do modelo panóptico. Da torre central nem tudo se vê, tal como nas relações sociais escravistas, o controle social está disseminado nas relações pessoais, na vigilância exercida direta e difusamente por uma parte da população sobre a outra. Desaparece o espaço homogeneizado do panóptico, com suas divisões claras entre vigilantes e dos vigiados e o controle simbolizado numa instância central. Os raios são ocupados pela administração, os vazios por vários tipos de detidos, por serviços administrativos, etc. O espaço está saturado de diferentes categorias de indivíduos, as instâncias públicas e privadas de poder estão misturadas, o controle

12. Em São Paulo, só no início do século XX houve alguma melhora das condições higiênicas. Na Penitenciária do Estado, organizada como modelo de prisão destinada à regeneração dos criminosos, permaneciam as pequenas atrocidades cotidianas. Entre dois mil presos, nas duas primeiras décadas de funcionamento da penitenciária, houve quase 12% de falecimentos. O sistema de isolamento levava a numerosos suicídios (SALLA, *id.*: 237).

está disseminado no próprio espaço, “pessoalizado” nas relações concretas dos agentes. A distribuição espacial entre o que vigia e o que é vigiado no “panóptico tropical-escravista” corresponde, pois, à forma geral das relações de controle social da sociedade escravista, a da distância social e a proximidade física entre dominantes e dominados, com suas faces complementares da benevolência e da violência.¹³

O sistema punitivo da Casa de Correção seguia a economia dos castigos da sociedade escravista. O sistema de isolamento, cujo objetivo suposto era reformar a consciência moral do preso, transformava-se na pena mais adequada para os escravos, por ser a mais cruel e destinar-se a indivíduos considerados irrecuperáveis. Consideradas as condições de higiene da prisão, o enclausuramento dos escravos condenados a penas mais longas significava sua condenação à morte. A pena de isolamento era vista como inadequada porque atingia indistintamente os indivíduos, sem considerar a sua condição social. A hierarquia social dos indivíduos era o critério adotado para a aplicação da pena sobre os condenados, havendo uma espécie de individualização dos criminosos na execução da pena, que não resultava, porém, do conhecimento sobre o indivíduo produzido por um saber do tipo das ciências humanas, pois o princípio de classificação utilizado na aplicação da pena era dado pela categoria social dos indivíduos.

Mesmo o saber médico tinha outro campo de aplicação nas práticas punitivas estatais da sociedade escravista. Os escravos podiam ser condenados a um número máximo de açoites, que não deveriam ser aplicados todos de uma vez. Um médico teria de supervisionar a sua execução, regulando o número de açoites aplicados de cada vez segundo idade, sexo, e condição física do escravo condenado. O saber médico sobre os indivíduos era utilizado para regular a execução dos açoites sobre os escravos criminosos,

13. Vemos essa relação na forma de gestão da Casa de Correção de São Paulo: em 1875 o governo comprou o casarão onde residia o diretor da Casa de Correção de São Paulo, transferindo os presos da cadeia da capital para ela. A residência do diretor situava-se num dos cantos da muralha da Casa de Correção. O diretor da Casa de Correção dirigia também a cadeia da capital (SALLA, id.: 109).

uma pena que tinha um acentuado caráter de suplício, exemplaridade e vingança.¹⁴

Enfim, as prisões da sociedade escravista não visavam regenerar pelo menos uma parcela dos detidos: os escravos criminosos. Os excessos na punição, sua publicidade e o seu caráter ritual davam à punição dos escravos um caráter de vingança exemplar e de intimidação. As más condições higiênicas das prisões faziam com que, na prática, a detenção significasse a pena de morte para os escravos condenados às longas penas. A aniquilação dos escravos criminosos era funcional para a sociedade escravista, pois eles eram subtraídos do domínio senhorial ao ser condenados à morte ou às galés perpétuas, podendo sobrevir extinção da pena.¹⁵ Aqueles punidos com longas penas de galés não teriam condições físicas para voltar ao trabalho, depois de cumpri-la nas precárias condições das prisões do Império. Ou seja, não havia, na sociedade escravista, um “lugar” para o escravo que tivesse cumprido uma longa pena de prisão, restando-lhe no máximo sobreviver da caridade pública. A aniquilação dos escravos condenados nas prisões tinha também o duplo aspecto de intimidação e de vingança exemplar.

O objetivo manifesto da extinção das penas de galés era “humanizar” a execução da pena, retirando da paisagem urbana as bárbaras cenas dos condenados. Pelos mesmos motivos, a execução

14. O uso do saber médico na aplicação dos açoites era recomendado aos juízes pelo Aviso do Ministério da Justiça de 10/6/1861 “Sendo mister, para conciliar-se o rigor da lei com os princípios de humanidade, que a imposição da pena de açoites aos réus escravos tenha por fim somente a punição do delito sem o perigo da vida ou prolongado e grave detrimento da saúde do paciente, há S.M. o Imperador por bem que V. Ex. a. recomende aos juízes de direito dessa província a maior cautela a semelhante respeito; advertindo-lhes que devem graduar a pena conforme a idade e robustez do réu, na inteligência que, segundo afirmam os facultativos, todas as vezes que o número de açoites exceder a duzentos, é sempre seguido de funestas consequências; e que deve suspender-se o castigo logo que o paciente, a juízo do médico, o não mais puder suportá-lo sem o perigo.” (Av. de 10/6/1861, *apud* CORREIA, J., s.d., v. 2: 13-4, GERSON, 1975: 93).

15. Aviso de 30 /10/1872: “o direito dominical sobre o escravo desaparece pelo fato da condenação definitiva do mesmo escravo à pena de galés perpétuas; e assim uma vez perdoado, e considerada a pena extinta, não pode o condenado voltar à escravidão” (*apud* PESSOA, V., 1899 [1882]: 499, n. 3206).

dos açoites em escravos foi transferida para o interior das prisões na Corte no século XIX. No entanto, ao mesmo tempo que era proposta a humanização dos castigos, propunha-se que aos escravos, "incurrigíveis" em virtude de sua condição social, fossem aplicadas as penas mais severas. A escravidão tornava o discurso da humanização das penas no Brasil abertamente contraditório, pois aos escravos criminosos a pena configurava-se em suplício. O discurso da humanização não tinha caráter ideológico, pois sua enunciação não tinha a função de inverter e ocultar as relações sociais de dominação. Tratava-se de um discurso que defendia a dominação aberta de uma parte da sociedade sobre as outras, segundo critérios de *status* social.

5. A PRÁTICA JUDICIAL NA SOCIEDADE ESCRAVISTA ¹⁶

A mediação dos conflitos pela via judicial tinha o seu alcance limitado pela organização social e incidia de maneira diferenciada segundo as categorias de indivíduos. O papel dos magistrados nas relações entre o poder imperial e os poderes locais era arbitrar os conflitos locais, a fim de manter a estabilidade política e social do Império.

Os limites à extensão e à eficácia da mediação judicial dos conflitos decorriam da própria organização da sociedade escravista. A exigüidade dos meios à disposição dos magistrados já constituía um importante limite e implicava a necessidade de sua acomodação com os chefes locais. Não existiam instalações adequadas, e os juízes eram obrigados muitas vezes a exercer suas funções nas suas próprias residências. Os outros cargos judiciários, os oficiais de justiça e escrivães, eram exercidos por membros da própria localidade sem nenhum treinamento profissional. Esses membros leigos tinham outras ocupações e eram remunerados apenas por custas judiciais. Uma decisão do magistrado contrária aos interesses locais dominantes seria frustrada simplesmente porque não haveria quem a executasse.

16. Para esta seção e a seguinte, cf. KOERNER, 1998; FRANCO, 1974; GRAHAM, 1997; NEQUETE, 1973; CARVALHO, 1980.

Os magistrados não estavam sujeitos ao controle absoluto pelo governo central, nem dos poderes locais. Ao governo central cabia a nomeação, remoção e promoção dos magistrados, podendo influenciá-los nas suas decisões. Os chefes locais tinham meios de resistir à aplicação das leis, apresentando representação ao governo central contra o magistrado que, por sua vez, não podia simplesmente desobedecer as leis nas suas decisões, em virtude precisamente dos mecanismos de controle funcional detidos pelo governo central. Os magistrados eram, então, mais do que aplicadores das leis gerais do Império, eram os mediadores dos conflitos locais e das relações do governo central com os poderes locais. Ao mediar os conflitos, tinham de decidir de modo a não afetar a própria ordem política e a estabilidade social do Império.

A mediação judicial dos conflitos incidia de maneira diferente sobre as diversas categorias de indivíduos, em virtude das restrições formais à jurisdição comum dos magistrados¹⁷ e da própria organização social e política. Os chefes locais e outros proprietários estavam em geral acima da lei. Para eles, o poder do Estado não era imperativo e sua autoridade não impunha obediência automática.

As formas igualitárias e reguladas legalmente, características das relações de caráter contratual não alcançavam – ou alcançavam apenas superficialmente – as relações sociais entre indivíduos desiguais. As próprias relações entre os grandes proprietários e grandes comerciantes eram reguladas por regras costumeiras, que davam aos seus negócios um significado outro que o de meras relações contratuais. Conflitos entre proprietários, que eram legalmente de caráter civil, sobre, por exemplo, demarcação de terras, envolviam também suas noções de honra e rivalidades pessoais. Esses conflitos também tenderiam a ser resolvidos por compromissos pessoais ou pela violência, dificilmente sendo encaminhados à jurisdição dos magistrados.

17. Eram excluídos indivíduos com capacidade jurídica limitada, não só os escravos, mas também as mulheres, os filhos de família, e outros dependentes. Os conflitos desses indivíduos eram classificados como pertencentes à esfera doméstica e deveriam pois ser resolvidos neste âmbito; judicialmente, tais indivíduos eram seriam representados pelo chefe da família. Eram excluídos ainda os indivíduos sujeitos às jurisdições privilegiadas, como os funcionários superiores do Estado, ou às jurisdições especiais, como a eclesiástica e a militar.

A maior parte dos crimes era julgada pelo tribunal do júri, que permaneceu com poucas modificações até o final do Império. De um ponto de vista político, o controle dos resultados do tribunal do júri era uma medida do prestígio político dos chefes locais. O modo pelo qual as autoridades judiciárias exerciam as suas atribuições resultava de sua aliança com algum dos chefes locais. O tribunal do júri tinha também importância social, pois permitia o controle local da aplicação da lei penal. Com isso ocorria uma intervenção apenas episódica e limitada do poder imperial sobre a violência das relações sociais (AUFDERHEIDE, id.: 209; ZENHA, 1985).

Na repressão aos crimes praticados pelos escravos, havia uma combinação dos mecanismos públicos e privados de punição. As punições dos escravos pelos senhores tinham algum controle nas cidades, mas nas fazendas e localidades do interior eram exercidas de uma maneira ilimitada. As denúncias por crimes ou castigos excessivos encontravam na maior parte das vezes a conivência da justiça, resultando na absolvição pelo júri dos proprietários acusados.

A relação da prática judicial com a escravidão não era a de funcionários que aplicavam as leis escravistas e não se tratava apenas da orientação pessoal dos magistrados, favoráveis à escravidão. Esta relação não era apenas episódica, no sentido de que, quando havia escravos envolvidos num processo, ocorriam desvios na aplicação correta da lei. O antagonismo inerente à escravidão penetrava na própria estrutura do julgamento jurídico e persistia, mesmo que as decisões judiciais fossem uniformemente favoráveis aos proprietários de escravos (o que não era o caso), visto que, na própria afirmação da intangibilidade da propriedade do senhor, estava presente, de forma explícita ou tácita, a negação da liberdade natural do escravo na ordem jurídica.

O favor era o instrumento privilegiado de subordinação na sociedade escravista. Abrangia múltiplos aspectos da vida social, como a cessão da terra pelos proprietários aos pobres livres, proteção contra perseguições das autoridades, atividade política e crédito.

Enquanto relação social, o favor caracteriza-se como uma rede de trocas entre um número limitado de indivíduos de diferentes posições ou categorias sociais, em um circuito restrito de bens e de serviços. Estes últimos eram em grande parte excluídos de relações

mercantilizadas, que, por sua vez, eram “colonizadas” por aquele mecanismo social. Em termos econômicos, esse mecanismo garantia a desigualdade na troca, transferindo renda de uma parcela a outra da população. De um ponto de vista social e político, ele reproduzia as relações de dependência pessoal e de desigualdade social.

A desigualdade dos indivíduos fundava-se em diferenças de *status* social ou de riqueza. Pela capacidade de fazer favores e de retribuí-los, eram estabelecidas as hierarquias e distinções, e definidas as possibilidades de ascensão social. A troca de favores implicava a complexidade das obrigações, ou seja, a prestação de um favor de caráter político resultava não só em obrigações de caráter político, mas também em obrigações econômicas, jurídicas e morais.

Em virtude da desigualdade social, a capacidade dos indivíduos em prestar favores e retribuí-los, no circuito das trocas era absolutamente desproporcional. Na posse de terras, havia o “dom” inicial do proprietário a um homem livre e pobre, e também o conjunto indeterminado de promessas de proteção e de serviços por parte do proprietário, como consequência desse dom inicial. Diante do montante do dom recebido inicialmente, o homem livre e pobre, incapaz de retribuir “à altura”, tornava-se um dependente, agregado ou morador e, nesta condição, era obrigado a receber outros “bens e serviços” prometidos e eventualmente prestados pelo proprietário. A dívida do agregado para com o proprietário de terras, que se tornava seu patrão, tornava-se incomensurável e as suas obrigações para com este eram ao mesmo tempo indefinidas quanto ao seu conteúdo e indeterminadas quanto ao seu montante, com o pagamento exigível a qualquer tempo e incondicionalmente. Esse tipo de relação perpetuava a desigualdade econômica e social entre os indivíduos e, nesse sentido, era objetiva; no entanto, como veremos a seguir, esse tipo de relação importava em dificuldades para a decisão judicial.¹⁸

Do ponto de vista dos indivíduos, a desigualdade de *status* manifestava-se na noção de honra pessoal. Suas relações os envol-

18. Sobre o dom, ver os trabalhos de Marcel MAUSS citados na bibliografia; ver também DAVY (1922); BESNARD (1985); KARSENTI (1994) e FOURNIER (1994).

viam integralmente como pessoas, já que a troca de favores consistia num conjunto difuso de obrigações, e implicava, no caso eventual de quebra da reciprocidade, ou desafio, a ameaça de violência. Esta ameaça ocupava posição central nas relações inter-individuais, e sua utilização não só era uma conduta legítima, como também, em determinadas situações, tornava-se um imperativo (FRANCO, id.). A complexidade das obrigações e o envolvimento, nas situações de troca, da integralidade das pessoas, aliavam-se a outra característica: a desigualdade de categoria dos indivíduos. As relações entre os indivíduos de categorias sociais desiguais não se ordenavam segundo uma regra de distribuição dos bens e serviços que pudesse ser enunciada objetivamente. Assim, os conflitos entre indivíduos de categorias desiguais não se configuravam como problemas de justiça, mas como meras desavenças ou confrontos pessoais. Nessa situação, a solução seria dada pela violência, ou pela benevolência, caso em que a decisão dependeria da parte mais bem situada socialmente.

Os processos judiciais ocorriam apenas entre indivíduos de mesma posição social. Em geral, não eram levados à justiça conflitos que envolvessem indivíduos de categorias sociais diferentes, e a justiça servia para regular a competição entre indivíduos da mesma categoria social (AUFDERHEIDE, id.). A competição entre iguais complementava a deferência entre os desiguais na sociedade escravista. Nas relações entre desiguais não era buscada a “aplicação” de uma regra objetiva de juízo pelo representante do Estado. O Judiciário servia como árbitro de última instância para os conflitos entre os indivíduos de mesma categoria social, e não como regulador das relações sociais entre todos os indivíduos, aos quais deveria fornecer uma medida comum para servir de referência às suas relações. A lei imperial e o Judiciário eram como que sobrepostos à rede de relações sociais locais.

Para a prática judicial da sociedade escravista brasileira do século XIX, a troca de favores não era um conjunto de relações que se colocava “ao lado” da aplicação da lei, ou contrária aos princípios do Direito e da Justiça, que tinham de ser seguidos pelos juízes estatais.

Para o pensamento jurídico e político, a escravização era contrária à liberdade natural do homem; ela existia somente em

virtude da lei positiva do Império. Juridicamente, a escravidão era uma exceção criada pela lei positiva, contrária ao direito natural e aos princípios gerais do direito civil. O antagonismo da escravidão estava no interior da própria legislação comum, que era composta de normas jurídicas em conflito, formuladas em conceitos jurídicos confusos e fundadas em princípios contraditórios. No julgamento jurídico, essas normas dificilmente se compatibilizavam com os métodos usuais de interpretação da lei. O antagonismo da escravidão estava também presente no julgamento jurídico do ponto de vista das conseqüências da decisão. Os escravos eram o “vulcão que ameaça constantemente a sociedade; ... a mina pronta a fazer explosão à menor centelha” (MALHEIRO, *id.*, I: 51-2). Isso significava a necessidade do cuidado permanente da manutenção da tranqüilidade nas senzalas; a necessidade de uma gestão constante do risco de resistência, de revolta ou de rebelião dos escravos. Os magistrados necessariamente tinham de levar em conta os efeitos sociais de sua decisão, pois a escravidão impunha “circunstâncias especiais”, e mesmo a aplicação rigorosa da lei podia ser incompatível com a necessidade e a utilidade públicas.

A prática judicial prudencial e conservadora era também conseqüência das condições político-institucionais do exercício do cargo pelos magistrados. Na tomada de decisão, o magistrado era colocado diante de uma situação complexa: ele devia considerar instrumentos legais heterogêneos, fundados em princípios jurídicos contraditórios e conceitos jurídicos confusos, indivíduos de diferentes categorias sociais, outras circunstâncias particulares da situação (mesmo não previstas na lei, e não presentes nos autos), e, enfim, os efeitos políticos e sociais de sua decisão. Politicamente, havia considerações relacionadas à estabilidade da ordem política imperial e à fidelidade partidária do magistrado. O magistrado também confrontava-se com lealdades locais e expectativas de conduta contrárias ao enunciado genérico das normas legais que deveria “aplicar”. Além disso, havia o problema da eficácia da sua decisão, pois, de um lado, o poder imperial fornecia meios bastante reduzidos para que o magistrado pudesse se contrapor às estruturas de poder local, e, de outro lado, seus subalternos, e os demais ocupantes de cargos governamentais no nível local participavam dessas estruturas locais de poder. Enfim,

havia o problema mais geral da escravidão, que impunha ao magistrado a consideração dos efeitos sociais da sua decisão. Vemos, então, que o modelo da prática judicial e suas condições sociais e políticas tornavam necessárias a “circunspecção” do magistrado na aplicação das normas legais, a prudência quanto aos efeitos sociais de sua decisão e a moderação em relação aos princípios jurídicos.

Em síntese, a prática judicial era prudencial e conservadora em virtude das próprias redes de troca de favor, pelas quais eram categorizados os indivíduos em particular. A troca de favores penetrava, pois, na própria prática judicial da sociedade escravista brasileira do século XIX.

Vimos que o panóptico não constituía o modelo geral das relações de poder na sociedade escravista brasileira do século XIX, entre outras razões, porque não existia o indivíduo geral e abstrato sobre o qual fossem aplicados os mecanismos disciplinares. As práticas de controle social se exerciam sobre as relações de proximidade física e distância social entre indivíduos de categoria social diferente; o mesmo ocorria com as práticas punitivas estatais, que se aplicavam de maneira diferente segundo as categorias de indivíduos.

De forma similar, para o pensamento conservador-jusnaturalista, a titularidade abstrata dos direitos naturais desse indivíduo em geral não encontrava instrumentos que a garantissem na ordem da legislação civil. Aquela titularidade não se traduzia em exercício efetivo de direitos e, assim, os direitos naturais do indivíduo em geral não serviam como suporte para a racionalidade da prática judicial. Havia a multiplicação das categorias de indivíduos, em virtude da multiplicidade de critérios oferecidos à prática judicial pelas relações sociais, pela legislação ou pela doutrina jurídica.

6. CONCLUSÃO: OS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL E O *HABEAS-CORPUS*; LEGALIDADE *VERSUS* DEPENDÊNCIA PESSOAL

O alcance restrito do mecanismo judicial e a precária legalidade nas relações entre indivíduos de diferentes categorias sociais eram manifestações de mecanismos mais gerais de controle social na

sociedade escravista brasileira do século XIX. A estratégia básica de controle social era a criação de laços de dependência pessoal dos proprietários com os seus subordinados, os indivíduos livres e pobres e os escravos.

A mediação das relações entre patrões e dependentes por um mecanismo de tipo judicial significaria não só a intervenção do Estado nas relações internas do latifúndio, mas a modificação do próprio estatuto das relações entre eles. Essas relações deixariam de fazer parte do âmbito “familiar”, das relações privadas entre indivíduos desiguais e mutuamente dependentes, e por isso ficariam excluídas do domínio da sociedade civil.

A sociedade civil referia-se apenas às relações entre indivíduos autônomos, nas quais as trocas poderiam vir a ser enunciadas e medidas segundo regras objetivas. Ora, para que isso ocorresse, seriam necessárias a quebra do latifúndio e da forma das relações sociais e econômicas e a alteração das relações locais de poder, com a conseqüente mudança do funcionamento local das instituições. Porém, essas mudanças estiveram longe de acontecer na sociedade escravista brasileira.

Vimos que os indivíduos livres e pobres estavam submetidos ao risco permanente de coação violenta, tanto por parte dos proprietários como das autoridades estatais. Estas se confundiam com os dominantes locais, que dispunham de atribuições legais, ou para-legais, confusamente definidas, que lhes permitiam a atuação discricionária sobre outros indivíduos. As atribuições de recrutamento forçado e de detenção de suspeitos, de vadios, de desconhecidos e outros; o poder de expulsar os indesejáveis do distrito; a prisão preventiva com simples declaração de testemunhas eram, entre tantas outras, algumas atribuições que permitiam à autoridade pública atuar de modo discricionário (e mesmo arbitrário) contra a liberdade, a propriedade e a integridade física dos indivíduos livres e pobres. Para se subtrair a esses riscos, os livres e pobres eram conduzidos a buscar a proteção de indivíduos mais bem colocados socialmente. Desse modo, a atuação arbitrária das autoridades estatais era um aspecto dos mecanismos de produção de dependência pessoal da sociedade escravista brasileira do século XIX. A eficácia da legalidade liberal instaurada na Constituição e nos Códigos do

Processo e Criminal do Império seria contraditória com as demais práticas, estatais ou não, de controle social.

Nesse momento, seríamos tentados a indagar: dado esse conjunto de mecanismos de produção da dependência pessoal, qual o significado do *habeas-corpus*, se funcionasse tal como apresentado pela doutrina liberal, isto é, como um instrumento simples, rápido e automático, fundado no respeito aos direitos naturais e absolutos à liberdade e à integridade pessoal, e com aplicação regulada apenas pelo exame da estrita observância, pelas autoridades estatais e pelos particulares, das normas e procedimentos que determinam as formas legais de exercício da coação física sobre a liberdade de outros indivíduos?

Se o *habeas-corpus* funcionasse segundo os princípios liberais, haveria aberta contradição entre este instituto e os mecanismos de produção da dependência pessoal da sociedade escravista brasileira do século XIX. Não basta, porém, apontar essa contradição. Procuraremos mostrar, no próximo capítulo, os conflitos interpretativos a respeito do *habeas-corpus* na prática judicial brasileira e procederemos à reconstrução das regras de utilização do instituto produzidas pela prática judicial. Veremos que, mesmo no domínio incontestado de aplicação do instituto, houve seguidos conflitos entre a exigência da estrita legalidade para a detenção e os mecanismos a-legais de controle social da sociedade escravista brasileira do século XIX.

O HABEAS-CORPUS NA ORDEM IMPERIAL-ESCRAVISTA

1. INTRODUÇÃO

O *habeas-corpus* foi adotado no Brasil como parte do conjunto de atos legislativos liberais, que, a partir da chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, aboliram a legislação penal colonial. A retórica dessas reformas era do iluminismo liberal: tratava-se de abolir a legislação criminal “irracional” do absolutismo, no qual os crimes eram enunciados, sem método nem gradação; confundia-se a punição de atos relacionados à religião e ao Estado; os procedimentos eram confusos e pouco eficientes; não se fixava gradação adequada das penas em função dos crimes e das suas circunstâncias; não se seguia o princípio da utilidade. A nova legislação criminal deveria, ao contrário, seguir rigorosamente esse princípio, calculando judiciosamente os benefícios e males resultantes da atividade criminal, opondo-lhes outros males na justa proporção. O Código Criminal deveria definir claramente os crimes e as suas respectivas punições, a fim de reduzir ao mínimo a margem de arbítrio dos julgamentos (Thomas Alves Jr., *apud* AUFDERHEIDE, 1976: 269).

Com o Regresso Conservador foram adotadas medidas que reforçaram o poder das autoridades centrais do Império. O Código de Processo Criminal de 1832 foi reformado pela Lei de 3 de dezembro de 1841, que transferiu os poderes atribuídos a autoridades eleitas localmente – os juizes de paz – a autoridades que, embora oriundas das localidades, eram nomeadas e supervisionadas pelo

governo central. A Lei de 1841 não se resumia à centralização política e à transferência de poderes de autoridades judiciais para autoridades policiais, tendo criado também importantes mudanças no processo criminal e nas garantias individuais adotadas no Código de Processo Criminal.

Fazemos uma breve exposição da estrutura, dos diferentes tipos de processo e de alguns conceitos do Código de Processo Criminal de 1832 e o título referente ao *habeas-corpus* (2.). Na seção seguinte (3.), expomos as mudanças no processo criminal e no *habeas-corpus* criadas pela Lei de Reforma de 1841. A lei modificou o *habeas-corpus* em seus procedimentos e na competência das autoridades e teve também conseqüências para o seu estatuto jurídico.

Estudamos a seguir as regras de utilização do *habeas-corpus* construídas pela prática judicial do Império (4). Nosso objetivo é determinar as características que, com essas regras, o *habeas-corpus* assumiu na prática judicial da ordem imperial-escravista brasileira. Veremos como foram produzidas regras para a prática do *habeas-corpus* que limitaram o seu campo de aplicação, validaram normas legais inferiores que determinavam casos de exclusão ou de inclusão, estabeleceram presunções legais, ônus da prova e também os efeitos da ordem, a responsabilidade das autoridades, etc. Veremos também que, em algumas situações, defendeu-se explicitamente a conciliação entre os objetivos da ordem e a liberdade. Em geral, houve a aplicação diferenciada do instituto segundo as categorias de indivíduos, a ambigüidade das suas regras, e algumas diferenças (e semelhanças) dos liberais e conservadores na prática do instituto. Em suma, veremos que a prática judicial brasileira criou regras de aplicação do *habeas-corpus* que neutralizaram três importantes aspectos do instituto na Inglaterra: a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de processo rápido para o réu preso e a supervisão pelos juízes do respeito à integridade física do paciente, pelo exame das circunstâncias da sua detenção e das condições das prisão.

As fontes que utilizamos neste capítulo são mais amplas que a jurisprudência em sentido estrito, ou seja, as decisões de juízes e tribunais em causas judiciais. A escolha se deve principalmente às atribuições do Conselho de Estado e do Ministério da Justiça, que decidiam a respeito da interpretação da lei a partir de dúvidas

apresentadas pelos juízes. Esses órgãos intervinham no resultado de questões em juízo e, além disso, suas decisões eram formalizadas em Resoluções e Avisos, que tinham força normativa para os juízes. Incluímos críticas à interpretação dominante do *habeas-corpus* e dados sobre as consequências das regras adotadas na sua prática, bem como debates parlamentares da Reforma Judiciária de 1871, nos quais aparecem as diferenças entre conservadores e liberais a respeito do *habeas-corpus*, e esclarece-se o sentido político da interpretação dominante do instituto.

2. O *HABEAS-CORPUS* NO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832

O Código de Processo Criminal alterou completamente as formas do procedimento criminal do livro V das Ordenações Filipinas. Vejamos a estrutura desse Código e o título referente ao *habeas-corpus*.

O Código de Processo Criminal era dividido em duas partes, referentes à organização judiciária e à forma do processo. A organização judiciária tratava da divisão territorial da justiça criminal, das autoridades e da sua competência. A parte referente à forma do processo tinha seis títulos, determinava o processo em geral, os atos e procedimentos adotados no processo criminal, as duas formas de processo, ordinário e sumário, as disposições gerais e o *habeas-corpus*. O *habeas-corpus* aparecia então no último título do código de processo, como adicionado a este, depois de suas disposições gerais.¹

O processo criminal podia iniciar-se por três tipos de iniciativa: pública, particular, ou popular. A divisão entre os tipos de ação era feita a partir do tipo e da gravidade dos crimes. Os crimes eram classificados segundo o bem ofendido: público, particular ou policial. Os crimes públicos eram os políticos, contra a administração pública, contra o tesouro público; os crimes particulares,

1. Para a exposição detalhada do Código de Processo Criminal, Pimenta BUENO, 1857b e João Mendes de ALMEIDA Jr., 1901.

aqueles que atingiam a liberdade, a vida, a segurança, a propriedade e a honra dos indivíduos; e os crimes policiais, os que atentavam contra a ordem pública e a legislação municipal. A gravidade do crime podia transferir a iniciativa de ação de uma a outra categoria, pois, no caso dos crimes particulares mais graves, como o homicídio e o roubo, a iniciativa era transferida à autoridade pública ou a qualquer pessoa do povo. Nos crimes públicos e particulares menos graves, a iniciativa era transferida à autoridade policial.

Os processos obedeciam a formalidades, classificadas como absolutas e especiais. As formalidades absolutas referiam-se à competência ou à jurisdição da autoridade, em razão da matéria, das pessoas ou do lugar; e à suspeição do juiz, declarada por este, ou recusado pela parte. As formalidades especiais eram aquelas relativas às partes e aos atos do processo. A preterição dessas formalidades poderia ser substancial ou meramente relativa, em função de casos determinados. As nulidades substanciais aconteciam, em geral, em relação a tudo que fosse ilegitimidade das partes, ou sua incapacidade, falta de notificações legais, inobservância da ordem legítima do juízo criminal, ou procedimento tumultuário, mutilação ou inversão dos atos do processo e, sobretudo, denegação das dilações devidas ou dos meios de defesa, de provas ou de acusação. Qualquer dessas violações é, sem dúvida, uma nulidade palpável. Eram substanciais todas as nulidades que nascessem da violação de sanções proibitivas, quer essa cominação fosse ou não expressa por elas; todas as que se derivassem de preterições de leis constitutivas das fórmulas que os termos ou atos devem ter; e finalmente todos os preceitos legais absolutos ou imperativos que em matéria criminal tivessem de ser religiosamente observados.

Havia dois tipos de processo, ordinário e sumário, assim classificados segundo a gravidade do crime. O processo sumário era cabível para os crimes policiais e para os outros tipos de crimes menos graves (art. 12 § 7.º do Código do Processo), cuja pena não ultrapassava a 6 meses de prisão, desterro ou degredo e multa de até 100\$000. O processo ordinário era iniciado com a denúncia ou a queixa, após a qual a autoridade procedia à formação da culpa e enviava o processo ao júri de acusação. Se este acatasse a denúncia, o réu seria pronunciado e encaminhado a um segundo

júri, de sentença. O processo sumário era atribuição dos juízes de paz, e consistia num processo oral e simplificado: feita a citação e comparecendo o réu perante a autoridade, este era qualificado pela autoridade que o inquiria e às testemunhas de defesa e acusação. O réu ou seu defensor poderiam requerer prazo para apresentar sua defesa, o qual seria improrrogável. Ao fim desse prazo, o juiz finalizava o processo e proferia a sentença. O Código ainda estabelecia as modalidades da prisão, do relaxamento dos acusados, dos recursos.

O Título VI do Código de Processo estabelecia as normas do *habeas-corpus* no Brasil. Esse título era composto de 16 artigos, que enunciavam o direito, os requisitos do pedido, o seu processo, as obrigações da autoridade, os efeitos da ordem, e enfim, o seu campo de aplicação.

Os artigos do Código de Processo Criminal de 1832 referentes ao *habeas-corpus* foram copiados dos comentários de Blackstone ao *Habeas Corpus Act* de 1679, pois os artigos daquele diploma legal acompanham os deste quanto aos detalhes, por exemplo, às regras minuciosas sobre a forma da petição e as obrigações do carcereiro, assim como ao laconismo de algumas regras.

O *Habeas Corpus Act* de 1679 sobrepunha-se à tradição e à legislação do *habeas corpus* na Inglaterra, detalhando algumas disposições em função de seus próprios objetivos. O *habeas corpus* era um instituto da *common law*, em que o processo era oral e o paciente era apresentado ao juiz acompanhado das testemunhas. O julgamento do pedido de *habeas corpus* dependia do resultado da determinação dos fatos na audiência, mais que da legalidade formal da resposta da autoridade coatora. Era então usual a indagação, pelo juiz, da legalidade dos atos praticados por essa autoridade. Esse era um dos aspectos mais importantes do *writ* de *habeas corpus*, porque seu objetivo era procurar determinar a legalidade do conteúdo dos atos das autoridades inferiores e não somente seu respeito formal às normas legais. Esse objetivo se manifesta no problema da suficiência da resposta da autoridade coatora à Corte. A resposta deveria conter um relato tão completo dos procedimentos que permitisse à Corte julgar por si mesma, baseada em suas próprias inferências e entendimento, e não nas de outros (SHARPE, 1976: 39).

No Brasil, a tradição jurídica era outra, a do processo escrito, e o *habeas-corpus* só passou a existir com o Código de Processo Criminal. Os seus dispositivos apresentavam, pois, lacunas, como as regras relativas aos procedimentos em audiência. O art. 352 determinava laconicamente o procedimento do juiz quando da apresentação do paciente. Se o juiz considerasse que o paciente “de fato está ilegalmente detento, ou que seu crime é afiançável, o soltará ou o admitirá à fiança”. Esse laconismo sobre as normas processuais do *habeas-corpus* representou um obstáculo importante para determinar o domínio das indagações do juiz sobre matéria de fato, a partir da apresentação do paciente e das informações pela autoridade coatora. Como as normas processuais do *habeas-corpus* no Código do Processo eram insuficientes, as regras criadas pela prática judicial foram dirigidas no sentido de limitar as indagações em *habeas-corpus* às questões relativas às formalidades legais. A isto somava-se o problema do ônus da prova, pois a presunção da verdade das informações prestadas pela autoridade coatora reduzia o âmbito da indagação pelos juízes no *habeas-corpus* aos aspectos formais da resposta, argumentando-se ser impossível contestar o seu conteúdo.

O *habeas-corpus* foi criado no Código de Processo como uma garantia judicial, como um instituto de caráter político. Sua principal utilização no período regencial aparentemente relacionava-se às lutas políticas. Nos debates parlamentares está presente o problema político central do período: a oposição entre liberais e futuros conservadores a respeito da centralização *versus* descentralização do governo imperial. Politicamente, a situação criada pela legislação ampla do *habeas-corpus* era insolúvel, tendo em vista, por um lado, o controle político local dos juízes de paz e juízes municipais, e, por outro lado, a tradição de arbitrariedade, de corrupção e as ligações dos magistrados profissionais com os interesses favoráveis à centralização política do Império. Assim, dados os agudos conflitos políticos daqueles anos, a atribuição a uns ou a outros do poder de conceder *habeas-corpus* implicaria a inutilização pela via legal dos atos das autoridades adversárias (ACD, 1831; RODRIGUES, J.H., 1972, v.2, t. II; FLORY, 1981, NEQUETE, 1973).

No entanto, a oposição liberal aos projetos de limitação do *habeas-corpus* naqueles anos mostra que, pelo menos entre os

parlamentares, havia uma concepção ampla do instituto naquele período. Assim, o domínio restrito de aplicação do instituto que veio a prevalecer mais tarde não decorre de algum esquema continuísta, mas representa uma reversão – ou uma vitória política – sobre a interpretação do instituto que era defendida no país pelos liberais. (ACD, 1836)

3. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL (LEI N. 261, DE 3/12/1841)

A mudança política do Regresso Conservador não se situa apenas no nível do sistema político, mas também nos instrumentos do processo criminal. No caso do *habeas-corpus*, a mudança ocorre, explicitamente, em dois aspectos: nos procedimentos e na competência das autoridades. Mas ocorre também a alteração da sua “natureza jurídica”, o que tem consequências importantes para a prática do instituto.

A Lei de 1841 alterou profundamente o sistema do Código de Processo Criminal.² As autoridades locais – os juízes de paz e o júri – tiveram suas atribuições criminais transferidas a delegados do governo central, magistrados profissionais e autoridades policiais. Os juízes municipais e promotores passaram a ser nomeados pelo governo central, dispensando-se a proposta das Câmaras, enquanto os juízes de direito receberam novas atribuições, ao mesmo tempo que foram abolidas as juntas de paz e os júris de acusação.

No processo ordinário foi extinto o júri de acusação, e todo o processo de formação da culpa até à pronúncia passou a ser feito pelas autoridades policiais e judiciais, com procedimentos escritos e reservados, através do sistema inquisitorial. Atos de tipo policial e judicial foram atribuídos cumulativamente a magistrados, delegados, subdelegados e chefes de polícia, tendo sido retomada a confusão entre Judiciário e polícia anterior ao Código de Processo (LIMA, R., 1988, 1989, 1995).

2. A exposição que se segue baseia-se em BUENO (1857b), RAMALHO (1856) e MENDES JR. (1901).

Na Lei de 3 de dezembro, o processo ordinário tinha as seguintes etapas principais: o processo de formação da culpa, a denúncia oficial e a formação do tribunal; o julgamento pelo tribunal, e a sentença, os recursos e sua execução. A formação da culpa era a parte preliminar do processo: compreendia os atos da autoridade que investigava, coligia os esclarecimentos, examinava e concluía sobre a existência do crime. Em seguida, a autoridade procedia ao corpo de delito, às buscas e apreensões, à autópsia e exames de sanidade, ao indiciamento do réu, à sua apresentação no juízo e à sua notificação. Havendo um crime e um acusado, concluía-se com uma sentença de pronúncia, que nos crimes inafiançáveis resultava na detenção do acusado. As atribuições de formação da culpa e de pronúncia eram cumulativas às autoridades policiais e ao juiz municipal; porém, quando feita por aquelas, a pronúncia deveria ser confirmada por este.

A denúncia oficial era atribuição do Ministério Público e dos juízes. A ela seguia-se o recolhimento de todos os esclarecimentos, ou meios de convicção e defesa, e as providências para organizar o tribunal do júri para julgamento do acusado. No júri, era apresentada a acusação do réu, este era interrogado e ofereciam-se as provas de acusação e defesa, que eram debatidas perante os jurados e julgadas pelo Conselho de jurados. Como recursos, havia a apelação das partes e o protesto por novo júri, e, a partir da Lei de 1841, a apelação *ex-officio* à Relação, pelo juiz presidente do júri, das decisões contrárias às provas.

No processo sumário, as atribuições de processar e julgar foram transferidas dos juízes de paz para as autoridades policiais. Estas passaram a acumular não só o julgamento dos crimes policiais e dos crimes menos graves (art. 12 § 7.º do Código do Processo), mas também as infrações de posturas municipais, a obrigação de assinar termo de segurança e de bem-viver e a aplicação das penalidades por quebra desses termos. Nesse tipo de processo permaneceram as regras do Código de Processo.

Quanto ao *habeas-corpus*, o art. 69 § 7.º estabeleceu apenas duas alterações: o juiz ou tribunal que concedesse soltura em virtude de *habeas-corpus* deveria interpor recurso *ex-officio* da decisão; e o juiz competente para conhecer o pedido de *habeas-corpus* seria o

juiz superior à autoridade que decretara a prisão. Essas alterações tiveram consequências importantes para a prática posterior do instituto, pois o recurso *ex-officio* da ordem que concedia a soltura implicava a revisão pelos órgãos superiores dos motivos determinantes das decisões das autoridades inferiores. Essa disposição é coerente com o sentido mais geral da Lei de reforma, que foi um instrumento da centralização imperial.

Em virtude da restrição da competência de conhecimento do *habeas-corpus* ao juiz superior àquele que decretou a prisão, os juízes de direito passaram a ser as autoridades menos graduadas que tinham essa atribuição. Estes constituíam a autoridade judiciária hierarquicamente superiores àquela que podia decretar a prisão, tanto a policial, quanto a autoridade judicial inferior. As autoridades policiais não eram subordinadas aos juízes municipais, e esses, portanto, não poderiam conhecer pedidos de *habeas-corpus*. Outra consequência desse dispositivo foi que, em virtude da referência nele feita ao juiz superior, argumentou-se que o pedido de *habeas-corpus* só caberia para as prisões decretadas por uma autoridade judiciária em um processo civil ou criminal. Desse modo, estariam excluídas as prisões decretadas por autoridades administrativas. Essas regras restritivas dificultaram a utilização do *habeas-corpus*, pois limitaram-se as autoridades judiciais competentes para o conhecimento do pedido e as autoridades superiores passaram a controlar as ordens concedidas.

Além das alterações expressas, houve a importante mudança da “natureza jurídica” do *habeas-corpus*, em virtude da sua inclusão no artigo referente aos recursos. A interpretação dominante passou a considerá-lo como *recurso criminal*, cuja aplicação se restringia ao processo criminal e seguia suas regras.

4. O *HABEAS-CORPUS* NA PRÁTICA JUDICIAL DA ORDEM IMPERIAL-ESCRAVISTA

A prática judicial fez a adequação do *habeas-corpus* ao sistema jurídico e à sociedade brasileira. Os dispositivos do *habeas-corpus* foram combinados, interpretados, limitados ou estendidos com base

em outras normas legais e nas condições da estrutura social escravista, do Judiciário enquanto instituição e das práticas de controle social. Dadas essas condições, de que maneira foi praticado o *habeas-corpus* pelo Judiciário imperial? Como o instituto desempenhou no Brasil as funções atribuídas a ele na Inglaterra?

4.1. Funções sociais e políticas do *habeas-corpus* na Inglaterra³

Na Inglaterra, atribuem-se importantes papéis ao *habeas corpus* até o século XIX. No campo penal, os mais conhecidos são o exame imediato por uma autoridade judicial da legalidade da prisão, a verificação da possibilidade de relaxamento da prisão sob fiança e a impossibilidade de deter mais de uma vez, pelo mesmo motivo, o paciente relaxado por *habeas corpus*. A apresentação do paciente à autoridade judicial permitia o exame de seu estado físico e, pois, assegurava o respeito à sua integridade pela autoridade coatora.

O *habeas corpus* implicava também a limitação do período em que o paciente ficava detido sem processo e julgamento pelo júri. Se o paciente ao qual fora negada a soltura não fosse processado e julgado na primeira sessão semestral do júri após sua detenção, teria direito ao relaxamento da prisão (a menos que o atraso fosse causado por problemas da acusação, caso em que o paciente deveria ser julgado na sessão posterior). Assim, as condições de prisão de todos os detidos não condenados eram examinadas nas sessões do júri, com o que as prisões eram esvaziadas de todos os detidos ilegalmente no período. De um modo geral, o *habeas corpus* sujeitava à revisão pelas cortes os atos que importavam restrições à liberdade pessoal, não só do ponto de vista formal, mas de sua própria materialidade. As penalidades estabelecidas na lei do *habeas corpus* traziam a responsabilidade civil e penal das autoridades coatoras, cuja atividade ficava deste modo sujeita a regras legais mais estritas.

O *habeas corpus*, junto com o júri e os demais *writs*, constituiu parte de um processo social mais geral no sentido da formalização

3. Para esta seção, BLACKSTONE, 1828; HURD, 1876; KEITH, 1939; SHARPE, 1976.

das relações de autoridade. A competência das autoridades inferiores, suas obrigações e responsabilidade perante os tribunais e os indivíduos passaram a ser estritamente definidas, o que limitou a possibilidade dessas autoridades atuarem de forma arbitrária, tomando medidas ilegais abertamente contrárias ou protelatórias à eficácia dos direitos individuais. O *habeas corpus* regulava também as restrições à liberdade pessoal nas próprias relações sociais, sujeitando o exercício da violência por parte dos detentores de posição de autoridade social à revisão pelas cortes, do ponto de vista de sua estrita legalidade. Vejamos em detalhe a prática do instituto do *habeas-corpus* no Brasil Imperial

4.2. Condições de admissibilidade

4.2.1. Estatuto jurídico do paciente

O art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832 determinava: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corpus* em seu favor”. Entendeu-se que a restrição dizia respeito à condição da pessoa que apresentasse o pedido, e não da pessoa sujeita à coação ilegal. Com isso, foi logo reconhecido o pedido feito por um cidadão a um estrangeiro detido. Posteriormente, em 1854, foi admitida a apresentação por cidadão brasileiro de pedido de *habeas-corpus* a favor de escravos. A Reforma Judiciária de 1871 estendeu aos estrangeiros o direito de pedir *habeas-corpus* para si ou para outrem, mas não fez o mesmo quanto aos escravos.⁴

A disjuntiva “prisão ou constrangimento ilegal” foi interpretada de modo diferente por liberais da Regência e pelos conservadores do Regresso: para os primeiros havia uma disjunção, de modo que o *habeas-corpus* podia ser pedido para outros casos de constrangimento ilegal, além da prisão ilegal; para os segundos, tratava-se de expressões sinônimas, cabendo o *habeas-corpus* apenas para a ilegalidade da prisão.

4. Para os *habeas-corpus* em favor de escravos e libertos, ver o próximo Capítulo.

4.2.2. *Requisitos do pedido*

No art. 341 e em seus parágrafos, eram determinados os requisitos da petição de *habeas-corpus*: este deveria conter o nome da pessoa que sofre a violência, o do autor; o conteúdo da ordem pela qual foi posta em prisão ou a declaração explícita de que esta lhe foi denegada pelo coator, as razões pelas quais considerava ilegal a prisão, a assinatura e o juramento da verdade de suas alegações.

Para que a ordem de apresentação do paciente fosse concedida, era necessário que a petição de *habeas-corpus* designasse “o conteúdo da ordem por que foi metido na prisão, ou declaração explícita de que, sendo requerida, lhe foi denegada” (§ 2.º do art. 341 do Código do Processo Criminal), e “as razões em que funda a persuasão da ilegalidade da prisão” (§ 3.º do art. 341 do mesmo Código).

Os doutrinadores brasileiros argumentavam que toda prisão efetuada por uma autoridade pública tinha a presunção da legalidade, e por isto o paciente deveria demonstrar a ilegalidade de sua detenção. Mas a necessidade de o paciente apresentar no pedido de *habeas-corpus* os motivos, senão a cópia do mandado (ou nota) de prisão, poderia ter conseqüências algo kafkianas, como nas recomendações de Manoel A. Autran:

“1.º O processo do *habeas-corpus* se inicia a requerimento da parte, ou *ex-officio*; 2.º Quando qualquer pretender uma tal ordem, a primeira coisa que deve fazer, é procurar obter certidão do conteúdo da ordem, por que foi metido na prisão, ou ao menos que o detentor certifique, que nenhuma existe; 3.º Para se conseguir essa certidão, deverá dirigir ao Chefe de Polícia, ou em sua falta ao delegado ou subdelegado de Polícia do termo, a seguinte petição: Pede ao delegado que o carcereiro da cadeia “Lhe passe por certidão ... o teor da ordem pela qual foi o Suplicante preso”; 4.º A autoridade mandará por seu despacho passar a certidão requerida; e, entregue a petição despachada ao carcereiro, este entregará uma certidão transcrevendo o assento de entrada e saída de presos, na qual ele declara que a prisão foi feita à ordem de tal autoridade (é isto o que consta no assento), ou se não houver ordem escrita, o carcereiro

dirá o que tiver acontecido. 5.º Com esta certidão e quaisquer outros documentos, devidamente selados, se fará a petição para *habeas-corpus*. Enfim, o peticionário mostra a certidão da prisão, ou a declaração dos motivos pelos quais ela não foi concedida, e os motivos pelos quais acredita que a petição é ilegal” (Autran, 1879).

Foi adotado um procedimento mais simples, em que a autoridade judiciária aceitava a declaração dos motivos da prisão pelo paciente sem a apresentação da cópia do mandado, ou o juramento do paciente de que, tendo demandado à autoridade coatora o motivo de sua prisão e o mandado, esta lhe fora negada. Para Oliveira Machado, a indicação pelo paciente do conteúdo da ordem era um requisito preliminar do pedido do *habeas-corpus*. Mas conteúdo não era sinônimo de íntegra ou teor. “Desde que o impetrante assinala, em substância, os motivos determinativos da prisão, de quem partiu, a espécie de delito imputado, o tempo de sua execução e o artigo penal de sua classificação, tem satisfeito o seu dever. Todavia, sempre que puder, o paciente juntará a íntegra.” (MACHADO, 1878: 30 §§ 14-19)

Pimenta BUENO (1857b: 206-7) reconhecia as incertezas e problemas resultantes da omissão das leis, que permitiam que os carcereiros recebessem detidos sem registrar o auto de prisão. Nossas leis, porém, sofriam de grande omissão a este respeito. Segundo as leis inglesas (Blackstone, livro 1.º § 238), os carcereiros não podiam receber presos sem antes saber o motivo da prisão e lavrar assento dela à vista ou declaração do condutor, de sorte que, no caso de *habeas-corpus*, era sempre obrigado, sob pena de multa de 100 libras esterlinas, a dar ao paciente, no prazo de seis horas, certidão do motivo da detenção. Ele aconselhava “rever e melhorar o regimento dos carcereiros sobre este importante assunto. Convém que em qualquer momento possa saber-se desde quando, por ordem de quem e por que causa está alguém preso”.

A exigência de apresentação da nota de culpa, ou do mandado de prisão, como requisito para o pedido de *habeas-corpus* tinha várias consequências sobre a relação entre o paciente, a autoridade coatora e a autoridade judicial. Poderia tratar-se de uma prisão cujos motivos o peticionário não conhecia, por não lhe terem sido declarados pela autoridade coatora, ou mesmo da inexistência da

nota de prisão. Ele teria de requerer à autoridade uma improvável certidão de que a própria autoridade se recusara a conceder a dita nota de prisão, ou ainda demandar uma declaração escrita do carcereiro que recolhera o detido sem a respectiva nota, o que significava, da parte do carcereiro, a confissão por escrito de um crime (art. 181 e ss. do Cód. Criminal), ou ao menos uma falta funcional. A demanda dos documentos à própria autoridade coatora significava que esta seria prevenida da apresentação do pedido de *habeas-corpus* pelo paciente, podendo então legalizar a prisão.

O requisito resultava também na demora da instauração do processo devido às delongas, que podiam decorrer do arbítrio no fornecimento das ditas certidões pela autoridade coatora. Tais conseqüências eram prováveis, levando-se em consideração a discricionariedade concedida às autoridades policiais para deter indivíduos suspeitos nas vias públicas, os diversos tipos de detenção efetivamente realizados e o grau de autonomia das autoridades prisionais na gestão das cadeias. Examinadas segundo critérios jurídicos estritos, essas detenções revelariam ambigüidades de fundamentação e duvidoso respeito às formalidades legais. Além das prisões não registradas, cujo número é impossível conhecer, havia outras formas de “a-legalidade” das prisões: as autoridades policiais as registravam em rubricas sem fundamento legal, ou sem declarar seu motivo. Em 1850, mais de metade dos detidos na cadeia central da Corte não tinha razão declarada da prisão; e, em 1875, o mesmo ocorria com cerca de 10% dos detidos na Casa de Detenção. Como afirma Holloway, a especificação da acusação não deveria ser muito relevante para funcionários que não eram responsáveis (*accountable*) perante quaisquer autoridades superiores ou externas pelas detenções por delitos menores com objetivos disciplinares (id., 1993: 193). A a-legalidade da atividade policial e a incerteza dos registros prisionais eram um aspecto da prática de controle social pela ameaça ou pela efetiva detenção policial dos indivíduos suspeitos nas vias públicas. O enfraquecimento da presunção da legalidade da prisão e a adoção de regras mais estritas de registro das prisões e de responsabilidade dos carcereiros acarretariam a obrigação de a autoridade coatora demonstrar, perante o juiz ou tribunal, a legalidade da prisão do paciente. Alguns Gabinetes tomaram medidas

isoladas nesse sentido, mas tais regras não foram adotadas nem pelo Parlamento, nem pelos próprios magistrados.

Os doutrinadores consideravam essencial o requisito do § 3.^o do art. 341, de apresentação, pelo paciente, das razões da ilegalidade da prisão. Pimenta Bueno justificava essa exigência pelo fato de serem evitadas viagens dispendiosas e pedidos sem fundamento, porque “se bastasse requerer para obter um *habeas-corpus* sem fundamento razoável, então um assassino, um ladrão teria sempre liberdade provisória, ou ao menos interrupção de prisão, embora houvesse de voltar logo para ela.” (BUENO, 1857b: 206-7)

Oliveira Machado afirmava que se presumia legal toda prisão. Por isto, era imperativa a exposição pelo paciente de motivos suficientemente fortes para abalar a presunção estabelecida pela lei. Os motivos da ilegalidade da prisão consistiam “na falta de competência de quem expede a ordem, na falsidade da imputação, na carência de provas, na inocência do ato, na nulidade do processo e outros”. Cabia à autoridade que conhecia o *habeas-corpus* apreciar o valor dos motivos alegados; se eles induzissem à ilegalidade, o juiz concederia a ordem de *habeas-corpus*; “se deles não se conclui duvidosa ou evidentemente a ilegalidade, indefere *in limine* a pretensão”. Assim, a expressão “razões da ilegalidade da prisão” era entendida no sentido de “provas que derrubem, ou ao menos abalem, a presunção da legalidade da prisão” (MACHADO: id.: 30 *et passim*; §§ 20 a 22).

A presunção da legalidade da prisão era consequência do princípio mais geral da presunção da validade dos atos de toda autoridade pública. O *habeas-corpus* como garantia em face dos atos do poder público poderia ser mais eficaz se se restringisse este princípio nos casos que envolvessem o direito à liberdade individual. Os doutrinadores entendiam que o princípio da validade dos atos das autoridades tinha de prevalecer mesmo para as prisões determinadas por autoridades policiais, cabendo aos indivíduos afetados a prova em contrário. Na Inglaterra, o pedido de *habeas-corpus* estava sujeito aos mesmos requisitos, mas a presunção de legalidade dos atos das autoridades inferiores era entendida num sentido restrito, sendo aplicada apenas às detenções ordenadas pelas cortes inferiores do *common law*, mas não para aquelas determinadas por

outro tipo de autoridades, como as policiais. A apresentação do pedido de *habeas-corpus* era uma espécie de “desafio” à autoridade coatora, que era obrigada a exibir os títulos legais que demonstrassem a legalidade da prisão. A jurisdição da autoridade, os fundamentos legais e as circunstâncias particulares da detenção deveriam estar manifestos nos documentos (*on the face of the records*), de modo que o tribunal superior pudesse dispor de todos os elementos para julgar por si próprio a legalidade da prisão.

4.2.3. Competência

Quanto à competência territorial, foi adotado o princípio geral da restrição do conhecimento do *habeas-corpus* aos limites da jurisdição territorial da autoridade judicial, sem que tenha havido posteriormente conflitos de interpretação significativos a este respeito.⁵ A criação, pela Reforma Judiciária de 1871, das comarcas especiais com diversos distritos criminais criou novos problemas de interpretação, que foram resolvidos segundo o princípio geral.⁶

Em relação à hierarquia das autoridades, o art. 342 do Código do Processo, como vimos, dispunha: “qualquer juiz de direito ou *juízes municipais* ou tribunal de justiça, dentro dos limites da sua jurisdição... tem obrigação de mandar e fazer passar ... a ordem de *habeas-corpus*...” Este artigo fazia referência expressa aos juízes municipais, outorgando-lhes a competência de conhecer pedidos de *habeas-corpus*. Porém, o § 7.º do art. 69 da Lei de 1841 (e o art. 438 § 8.º do Reg. n. 120) determinava que apenas a autoridade superior à que ordenou a prisão poderia conhecer o pedido de *habeas-corpus*. Uma vez que não havia subordinação hierárquica

5. O art. 342 do Código do Processo dispunha “qualquer juiz de direito ou juízes municipais ou tribunal de justiça, *dentro dos limites da sua jurisdição...*”

6. Ac. da Relação da Corte de 30/5/1876: O juiz do distrito criminal diverso daquele que fez a prisão, nas comarcas especiais, era incompetente para conceder o *habeas-corpus*. Assim, a regra geral era a da incompetência do juiz de direito, da concessão de *habeas-corpus* quando a prisão for feita por autoridade do lugar alheio à sua jurisdição (Acórdão da Relação da Corte de 28/10/1873 (*apud* AUTRAN, 1879: 7).

entre os juízes municipais e as autoridades policiais, este artigo implicou que a autoridade menos graduada para conhecer o pedido de *habeas-corpus* fosse o juiz de direito.⁷ Caso a prisão fosse ordenada por uma autoridade policial ou administrativa mais graduada, o *habeas-corpus* somente poderia ser conhecido pelos tribunais superiores. Se a autoridade coatora fosse o chefe de polícia, o *habeas-corpus* deveria ser impetrado perante a Relação; se um Presidente de província ordenasse a prisão, a ordem de *habeas-corpus* só poderia ser concedida pelo STJ.⁸

A restrição do conhecimento do *habeas-corpus* à autoridade superior à que decretou a prisão teve importantes efeitos práticos. As prisões ordenadas por autoridades mais graduadas, como os juízes de direito ou os chefes de polícia, seriam examinadas pelas Relações, que, até 1873, eram apenas quatro (Corte, Bahia, Pernambuco e Maranhão).⁹ O pedido de *habeas-corpus* de qualquer

7. "Os juízes municipais estão na primeira ordem de inferior para superior. Eles não têm sob o ponto de vista judicial, ou entre autoridades judiciárias inferiores algum, porque estão colocados exatamente na ordem a mais inferior em relação aos mais graduados. Conclusão: os juízes municipais não conhecem de *habeas-corpus*" (MACHADO, 1878: §§ 31 e 32). Houve alguma controvérsia a respeito desta restrição, que foi confirmada pelo Aviso do Ministério da Justiça n. 2, de 12/1/1844, que expressamente recusava aos juízes municipais a competência para conhecer pedidos de *habeas-corpus*. "À vista do § 8.º do art. 438 do Regulamento n. 120, sua concessão compete exclusivamente aos juízes de direito, Relações e STJ..." (Aviso de 12/1/1844, *apud* CORREA, s.d.) Depois da Reforma Judiciária de 1871 permaneceu a controvérsia a respeito da competência dos juízes municipais de conhecerem *habeas-corpus*. A Relação da Corte reconheceu esta competência pelo menos numa decisão. O Acórdão da Relação de São Paulo, n. 39, de 30/10/1874, decidiu que o juiz municipal não era competente para conceder *habeas-corpus*, "nem mesmo quando não resida no termo o Juiz de Direito, e seja a prisão efetuada por um inspetor de quartelão." O Cons. Paula Pessoa considerava positivo na Lei não poder o juiz municipal conceder *habeas-corpus* (PESSOA, V., 1899: 280, n. 1691).

8. Este entendimento foi confirmado pelo Aviso de 12/1/1844, do Ministério da Justiça: "... dado o caso que um Presidente de província ordene uma prisão ilegalmente, não pode ser concedida a favor do preso a dita ordem, senão pelo STJ, à vista do § 7.º do art. 69 da l. de 3 de dezembro" (*apud* CORREA, s.d.).

9. Os efeitos dessa restrição foram apontados pelos oposicionistas no debate da Lei de 1841 na Câmara: "um cidadão, preso ilegalmente em Cuiabá, terá quase sempre de procurar *habeas-corpus* aqui no Rio de Janeiro, por não haver naquela província juiz superior ao que tivesse decretado a sua prisão!" (Álvares Machado, *apud* MENDES JÚNIOR, 1901, v. II: 235).

prisão ordenada pelo Presidente de província obrigava a uma viagem à Corte, às custas do paciente. A concentração nas autoridades superiores da atribuição de conhecer os pedidos de *habeas-corpus* foi, ao mesmo tempo, um aspecto da centralização política, realizada no domínio judicial pela Lei de 1841, e uma importante restrição à garantia pela via judicial contra os atentados à liberdade individual praticados por autoridades públicas graduadas. Em virtude dessa restrição, a quase totalidade dos pedidos de *habeas-corpus* julgados pelas Relações era originária da própria província, senão da cidade mesma onde o tribunal era sediado.

O art. 18 da Reforma Judiciária de 1871 dispôs expressamente que “os Juízes de Direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de polícia ou de qualquer autoridade administrativa...” Mesmo assim, foram contestados os limites da competência dos juízes de direito para conceder *habeas-corpus* para réus detidos por ordem do chefe de polícia ou do Presidente de província. O cargo de chefe de polícia era ocupado obrigatoriamente por magistrados e eventualmente por um desembargador, em relação ao qual o juiz de direito deveria, no julgamento do *habeas-corpus*, considerar-se uma autoridade mais graduada.¹⁰

4.3. Fundamentos do pedido

O art. 353 do Código de Processo determinava os casos de ilegalidade da prisão: § 1.º. quando fosse sem justa causa; § 2.º. quando o réu estivesse na cadeia sem ser processado há mais tempo do que a lei permitia; § 3.º. quando seu processo estivesse

10. “O juiz de direito pode expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda que por ordem e à disposição do desembargador chefe de polícia.” O juiz de direito E. J. Bandeira de Mello expediu uma ordem de *habeas-corpus* pedindo esclarecimentos ao chefe de polícia da Corte, Ovídio F. Trigo de Loureiro, o qual como resposta não justificou a ordem, *apenas caberia* esclarecer que os pacientes estavam efetivamente presos sob sua ordem. O juiz de direito expediu a ordem de soltura, e a Relação da Corte confirmou, em 20/9/1881 (*O Direito*, v. 27: 190).

evidentemente nulo; § 4.º. quando houvesse incompetência da autoridade; § 5.º. quando já tivesse cessado o motivo da prisão.

4.3.1. *Prisão sem justa causa*

Oliveira Machado afirmava que a justa causa não poderia ser definida em tese, em absoluto, pois dependia da “inteligente e escrupulosa apreciação do juiz que, aquilatando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a justiça ou injustiça da causa para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça”. Era impossível “capitular antecipadamente as causas justas”, assim como outras questões que não se podiam definir como ‘tese dogmática’, como a tentativa e a legítima defesa.¹¹ Assim, a noção de justa causa para a prisão não se resumia ao exame da legalidade dos atos da autoridade coatora, pois a autoridade judicial juiz tinha de considerar o conjunto das circunstâncias para decidir o relaxamento do detido ou o seu retorno à prisão.

De acordo com essa interpretação, passou a ser usada a faculdade atribuída ao juiz, pelo art. 355 do Código de Processo, de sempre que possível requisitar à autoridade que ordenou a prisão esclarecimentos sobre a sua legalidade, antes de resolver a soltura do preso. A interpretação deste artigo era a de que o juiz não podia se limitar às informações concedidas pelo carcereiro, isto é, aquelas constantes na nota de culpa, porque este era apenas o executor das ordens da

11. Ele colocava algumas hipóteses de causa injusta: “a- prisão por fato não qualificado delituoso por lei; b- prisão em delitos em que não esteja imposta a pena de prisão; c- prisão preventiva em crimes inafiançáveis, sem o concurso da prova resultante do depoimento de duas testemunhas cumpridas, confissão ou documentos; d- prisão preventiva em delito inafiançável cometido há mais de ano, embora evidentemente provado; e- prisão preventiva em delito afiançável, embora evidentemente provado; f- prisão administrativa fora dos casos legais.” Fora desses casos, somente a análise de ocasião poderia definir. “Em suma, não há justa causa todas as vezes que a prisão não repousar em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente. Só a acurada análise dos fatos sob todos os pontos de vista pode ministrar ao juiz a convicção da justiça ou injustiça da prisão, afim de ser pronunciada sua legalidade ou ilegalidade” (MACHADO, 1878: 101-2 §§ 70-72).

autoridade superior. O juiz tinha, pois, de pedir esclarecimentos à autoridade que ordenara a prisão antes da concessão da ordem, para verificar se o constrangimento alegado pelo paciente era de fato ilegal, retardando a apresentação do paciente pelo carcereiro. O juiz podia exigir as provas que haviam motivado a autoridade coatora a decretar a prisão, ou considerar satisfatória a simples declaração dessa autoridade de que encontrara dados suficientes para a prisão antes da culpa formada, sem a apresentação das peças comprobatórias. Satisfeito com essa informação, o juiz poderia decidir pela denegação da ordem de soltura e dispensar a efetiva apresentação do paciente. Essa última alternativa foi a jurisprudência dominante na Relação da Corte (PESSOA, V., 1899: 277; *Gazeta Jurídica*, Vol. I-A:662; Vol. 17: 21).

Em casos de prisão sem justa causa, encontramos situações em que não eram respeitados os princípios jurídicos mais elementares. O juiz de direito de Manaus – em ato confirmado pela Relação em 3/9/1878 – concedeu ordem de soltura a duas mulheres detidas em virtude de um atentado cometido pelo marido de uma delas. Na decisão, o juiz afirmava que “a justiça social só pune os autores dos fatos, e em consequência dos mesmos fatos, não pode com justiça punir em razão de fato alheio...” para o qual não concorreram de nenhuma maneira (*O Direito*, v. 24: 666-8). Havia casos em que o acusado não fora detido com base nas regras da prisão preventiva fixadas no art. 13 § 2.º da Lei de 1871, segundo o qual “a prisão antes da culpa formada só poderia ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado ou à requisição ou declaração de duas testemunhas, que jurem de ciência própria, ou prova documental de que resultem veementes indícios contra o culpado ou declaração deste confessando o crime”. Foi concedida a soltura a acusado por crime de ferimentos graves que não foi preso em flagrante delito.¹² E ainda,

12. Ac. da Relação de Belém, de 31/3/1882. Também no *habeas-corpus* concedido ao indiciado em crime de homicídio que não foi preso em flagrante delito, nem por ordem de autoridade competente. Decisão do juiz de direito de S. Fidélis, Barão de São Domingos, concedendo a ordem a José Rufino de Alencar, em 19/10/1880 (*O Direito*, v. 27: 106). “A Relação do Recife, em Acórdão de janeiro ou fevereiro de 1875, soltou por *habeas-corpus*, a indivíduos presos, a pretexto de serem autores e cúmplices nos movimentos de quebra pesos e medidas,

a menor de 14 anos, que não era imputável e estava preso por crime afiançável (*O Direito* v. 39: 574).

Em Aviso de 2/1/1865, o governo instruía as autoridades policiais e criminais a respeitar a legalidade das prisões, em virtude da necessidade de “evitar e coibir os abusos contra a liberdade individual praticados, já por prisões preventivas, fora dos casos que as leis permitem, e já agravando-se as prisões com demora na formação da culpa ou do processo para a concessão de fianças”. O Aviso reafirmava as disposições legais referentes às prisões e à fiança, declarava manifestamente ilegais as prisões por “motivo vago de indagações policiais”, e dava outras recomendações.¹³

A Reforma de 1871 retirou os poderes judiciais das autoridades policiais e fixou algumas restrições legais para a prisão preventiva realizada por essas autoridades, como a necessidade de mandado

sem as formalidades legais, porquanto, não sendo, a prisão em flagrante, se reconhece que estavam sofrendo uma prisão ilegal” (*apud* PESSOA, V., 1899: 280, n. 1688). *Habeas-corpus* concedido a quem é preso fora do flagrante delito pelo juiz de direito de Mossoró a Miguel Cyrillo da Silva, confirmado pela Relação de Fortaleza, em 4/2/1887 (*O Direito*, v. 43, 1887: 304). Decisão da Relação de São Paulo de 26/7/1887: “Concede-se *habeas-corpus* a preso por crime afiançável, que se não mostra regularmente ter sido preso em flagrante.” Pacientes: Antônio Falconi e outros (11) todos italianos, presos na cadeia de Casa Branca depois de uma desordem – pancadas e tiros de revólver em grupo – numa festa junto à Casa Comercial Immediati e Spinelli. O juiz de direito José Pinheiro de Ulhoa Cintra, de Casa Branca, concedeu o *habeas-corpus*, 29/6/1887. Confirmado unanimemente pela Relação (*O Direito*, v. 45, 1888: 243 *et passim*).

13. “Somente podem decretar prisão antes da culpa formada em atos de flagrante delito, e contra os indiciados em crimes inafiançáveis (Constituição, art. 179 § 8, arts. 131 e 175 do Código do Processo Criminal e art. 114 do Reg. 120)... As prisões por motivo vago de indagações policiais são manifestamente ilegais; porquanto, ou o indivíduo está iniciado em algum crime inafiançável, e neste caso se lhe deve declarar o crime que lhe é imputado, ou não está, e a autoridade não pode prendê-lo antes da culpa formada, sem ofensa das leis citadas... Que afora o caso de flagrante delito (art. 131 do Cód. Proc. e art. 114 do Reg. n. 120), a prisão somente poderá ser decretada, por ordem escrita da nos termos do art. 179 § 10 da Constituição e arts. 175 e 176 do referido Código, devendo em todo o caso a autoridade, que mandar fazê-la, dar ao preso a nota da culpa, 24 horas depois da entrada na prisão, como determina o art. 148 do citado Código, e § 8.º do art. 179 da Constituição...” (*apud* AUTRAN, 1879: Anexo)

para a prisão de acusados por crimes cometidos há mais de um ano, ou daqueles cometidos em outra localidade. Os tribunais do Império concederam *habeas-corpus* a réus presos indiciados em crime inafiançável, fora do flagrante delito, isto é, em casos em que a prisão não tinha respeitado as restrições da lei.¹⁴

As autoridades policiais e governamentais criticaram freqüentemente as restrições impostas pela Reforma de 1871 à faculdade da autoridade policial de efetuar a prisão de réus indiciados em crimes inafiançáveis. Depois de 1872, essas críticas aparecem seguidamente nos Relatórios do Ministério da Justiça, como, por exemplo, no de 30/5/1877, em que o Ministro, Cons. Francisco Januário da Gama Cerqueira, considerava que a reforma judiciária tinha ido “além do que prescreviam os princípios e o exigiam as conveniências públicas no intuito de proteger a liberdade individual e de separar a justiça da polícia”. Segundo ele, dever-se-iam ampliar as atribuições da polícia, para que os seus agentes pudessem prender os culpados antes de formada a culpa, assim como coligir as provas do delito.¹⁵

Porém, a separação de funções entre a polícia e a justiça teve pouco efeito no sentido de limitar o exercício do poder policial contra o

14. “É prisão ilegal, a ordenada pela autoridade policial, por crimes cometidos, *aliunde*, sem que preceda requisição da autoridade formadora da culpa” (Acórdão publicado em *O Direito*, v. 10: 80); “Não há prisão preventiva, quando passado mais de 1 ano [da data do crime], pelo que se concedeu a ordem de *habeas-corpus*, tanto mais, quando não se prova que houvesse requisição em forma legal para a prisão.” (Ac. da Relação de São Paulo de 4/4/1876, *apud* PESSOA, V., id.: 281, n. 1897 e 1898).

15. *Apud RMJ*, 1877: 24-5. “Urge restituir à autoridade policial a atribuição de prender os culpados de crime inafiançável, logo que pelas diligências do inquérito policial estiver verificado o indiciamento, e com obrigação de ser o preso imediatamente entregue à autor. judicial competente... Contra os abusos possíveis há não só o corretivo da responsabilidade mas o do recurso de *habeas-corpus* com a amplitude que lhe deu aquela lei. “Um projeto neste sentido tinha sido apresentado na sessão de 9 de setembro de 1875, pelo cons. Manoel Ant. Duarte de Azevedo e outros deputados (v. *RMJ*, 1877: 24-5). Note-se de passagem o papel atribuído pelo pensamento conservador ao *habeas-corpus*, de um corretivo às possíveis ilegalidades contra os direitos individuais; e não de uma garantia de que os direitos individuais não sofreriam atentado ilegal.

comportamento dos indivíduos considerados ameaçadores ou indesejáveis. A Lei de 1871 não proibiu expressamente prisões preventivas ou correccionais por infrações às posturas municipais ou por crimes policiais. Eram raros os argumentos, como o do Ministro da Justiça em 1888, em favor de que as pessoas detidas deveriam ser formalmente acusadas ou relaxadas (HOLLOWAY, id.: 250; 258).¹⁶

A falta de justa causa foi o motivo predominante de concessão de ordem de soltura por *habeas-corpus* pelos juízes de direito e tribunais superiores do Império, nos anos de 1869 a 1872, representando de 56% a 63,5% das concessões. Nos anos de 1881, 1883, 1884 e 1886, a falta de justa causa foi o motivo de mais de 60% das ordens concedidas pelos juízes de direito e pela Relação de São Paulo (RMJ e RPP-SP)..

No Acórdão da Relação da Corte de 12/6/1877, discutiu-se a prática das autoridades policiais de soltarem os presos tão logo lhes fosse concedida a ordem de apresentação pelo Tribunal. O Desembargador Aquino e Castro afirmou que, pelo Código do Processo Criminal, “sempre que se concede a ordem de *habeas-corpus*, há obrigação de o condutor fazer apresentar o paciente ao tribunal; e se entre tempo da concessão da ordem e a resolução da soltura tiver ocorrido ser o paciente solto pela mesma autoridade

16. Em 1888, o Ministério expedia outra circular sobre o assunto: “Reproduzindo-se os casos de prisões antes de culpa formada, fora das rigorosas exceções prevenidas na lei, e sem nota, sequer da de culpa, com postergação do direito garantido pela Constituição do Império e subseqüentes determinações... Manda Sua Alteza Imperial Regente, em Nome do Imperador, que V. Ex. recomende a todas as autoridades a quem couber o poder de ordenar prisões, ou conhecer delas, que observem e façam observar com o maior escrúpulo o que está determinado e pertence às prisões preventivas dos indiciados, sob pena de efetiva responsabilidade dos transgressores” (Circular de 27/4/1888). Em 3 de julho do ano seguinte, o Ministro da Justiça, Cândido de Oliveira, expediu uma circular aos Presidentes de Província em que recomendava às autoridades policiais e judiciárias “a fiel observância das leis relativas à prisão preventiva, que não deve efetuar-se senão nos casos terminantemente compreendidos na legislação vigente, sendo que o atual direito não comporta o *abuso, que ainda perdura, de prisões para averiguações policiais*; cumprindo que as mencionadas autoridades tenham muito em vista o que dispõe o Aviso-circular de 2/1/1865 sobre prisões ilegais” (*apud* ALMEIDA JR., id., v. I: 283-6).

que o tinha mandado prender, deve esta sempre apresentar o paciente ao tribunal para interpellá-lo sobre sua prisão e outras circunstâncias e poder julgar da responsabilidade dessa mesma autoridade..." Era abusiva "a prática de uma vez concedida a ordem de *habeas-corpus* para a apresentação do paciente, e informação da autoridade, esta manda logo soltar sem esperar a decisão deste tribunal, pois assim a autoridade inferior prejudga a decisão da soltura, que só pode ser ordenada pela superior" (*apud* PESSOA, V., id.: 285, n. 1715).

Essa crítica, porém, era excepcional, já que a detenção de indivíduos pela polícia da Corte, seguida da sua soltura depois de alguns dias, era bastante comum e antiga, apesar de considerada abusiva, de legalidade duvidosa e com efeitos importantes sobre a eficácia do controle judicial da legalidade da atividade policial. No estudo detalhado de Thomas Holloway sobre as detenções na Corte vemos que, para 94% do total dos detidos na Cadeia Pública (1.676 pessoas) registrados no ano de 1850, foram relaxados, após cerca de dois dias e meio de detenção, 1.024 detidos, ou seja, 63% dos casos estudados; e 15% foram transferidos para outras prisões, depois de passar de dois a três dias na cadeia. As detenções eram devidas a acusações por delitos contra a ordem pública, sem vítimas, e durante as mesmas os acusados ficavam exclusivamente à disposição das autoridades policiais (HOLLOWAY, id.: 203 *et passim*).

A diferença entre o número total de detenções e aquelas em que houve acusação criminal subsequente também é reveladora: em 1865, foram detidos 7.491 indivíduos pela polícia da Corte, mas as autoridades contabilizaram somente 444 crimes. Para os 4.514 indivíduos detidos por ofensas à ordem pública, apenas 19 foram contabilizados como crimes; dos 279 crimes contra a pessoa, 225, e dos 349 crimes contra a propriedade, 188. Em 1875, das 9.994 pessoas que entraram na Cadeia Central, 4.587, ou 46%, foram relaxadas após alguns dias, e 3.791 foram conduzidas à Casa de Detenção. Nesta, entraram 3.876 pessoas, das quais apenas 24 foram sentenciadas por julgamentos judiciais; as outras 3.685 foram levados para "simples detenção, aprisionados por ordem de autoridades policiais ou funcionários judiciais inferiores... Esta prática não era considerada ofensiva das regras estritas de exercício da

autoridade judicial, porque estes detidos não eram acusados formalmente, julgados, nem condenados por algum delito que exigisse processo judicial.” A polícia contabilizou apenas 987 crimes naquele ano (id., ibid.: 211-4; 252 e 258).

A prática de deter indivíduos e libertá-los em poucos dias continua no Império e na Primeira República. Esta prática era admitida pelos tribunais, que consideravam simplesmente “prejudicados” os pedidos de *habeas-corpus* de indivíduos que, no momento do julgamento do pedido, já tivessem sido postos em liberdade. As próprias autoridades policiais comunicavam que o indivíduo estivera efetivamente detido, mas que já estava livre. Assim, apesar da previsão legal da verificação pelas autoridades judiciárias dos motivos da detenção e da responsabilidade criminal das autoridades que fizessem detenções ilegais, foi admitido pela prática judicial o exercício discricionário, pela polícia, de detenções sem fundamento.¹⁷

4.3.2. Excesso de prazo para a formação da culpa

O art. 148 *in fine* do Código de Processo dispunha: “A formação da culpa não excederá o termo de oito dias, depois da entrada na prisão, *exceto quando a afluência de negócios públicos ou outra dificuldade insuperável obstar*, fazendo-se contudo o mais breve possível.” Esse artigo era uma decorrência dos princípios expressos no art. 179 n. VIII da Constituição: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei...”; e também no art. 179 n. X: “À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar.” O não cumprimento do prazo de formação da culpa era punido pelos arts. 181 e 182 do Código Criminal.

Para Pimenta Bueno, a faculdade de detenção do indiciado era necessária para garantir o princípio da autoridade, mas a formação

17. Os *habeas-corpus* “prejudicados” eram uma das rubricas das estatísticas dos tribunais da República. O art. 649 do Código de Processo Penal de 1941 incorporou essa restrição.

da culpa deveria ser feita em prazo breve, a fim de preservar o direito da liberdade dos cidadãos. “Uma das garantias, que limitam o poder discricionário do juiz da pronúncia é a obrigação, que a lei impôs-lhe de decidir, em termo breve, se o indiciado deve, ou não, ser sujeito à acusação e, consequentemente, à prisão; circunstância importantíssima, mormente quando esta antecede à pronúncia. Prenda-se embora o indiciado, quando a ordem social exija esse sacrifício da liberdade; mas nada justifica essa detenção por mais tempo do que o absolutamente necessário, para examinar-se, e decidir-se se, com efeito, é, ou não, suspeito de ter cometido o crime. O mais é um abuso escandaloso, que quebra todas as garantias da liberdade individual” (BUENO, 1857b: 100 § 175).

Em 23 de outubro de 1836, um decreto governamental fixava a interpretação do art. 353 do Código de Processo pelo art. 148 do mesmo Código, que declarava “legal a prisão por mais de oito dias quando obsta à formação da culpa qualquer dificuldade insuperável, demonstrada por provas legais”.¹⁸ O Decreto n. 2.423, de 25/5/1859, determinava que o juiz formador da culpa deveria apresentar os motivos da demora no despacho de pronúncia ou não-pronúncia. Essa justificação seria apreciada pelo juiz superior, o qual, se considerasse os motivos improcedentes, promoveria pelos meios legítimos a responsabilidade do formador da culpa.¹⁹ Em Aviso Circular de 2/1/1865, o Ministério da Justiça comunicava aos juízes que “a formação da culpa aos réus presos deverá ser concluída, sem a menor protelação, não excedendo o prazo de oito dias depois da entrada daqueles na prisão, exceto quando haja afluência de serviço público ou dificuldade insuperável”. Esses motivos não deveriam ser usados como pretexto, convertendo em regra o que era exceção e iludindo o “salutar preceito da Lei”. “Os Presidentes das Províncias deveriam fazer responsabilizar as autoridades que não cumprissem o que lhes era recomendado, e para fácil inspeção, devem elas remeter mensalmente aos Presidentes um mapa de todas as prisões que tiverem decretado no mês anterior, com a declaração do dia em que se efetuou cada uma delas, do

18. *Apud* CORREA, J., v. I: 377 *et passim*, verbete prisão.

19. *Apud* PESSOA, V., id.: 189, nota 1052.

motivo porque foi decretada, e do estado dos respectivos processos; assim como das fianças concedidas ou negadas.” (*apud* AUTRAN, 1879: Anexo)

Na sessão da Câmara de 11 de agosto de 1871 o deputado José Calmon criticava a possibilidade de prorrogação do prazo da formação da culpa, pois essa faculdade transformava-se em arbítrio da autoridade, dando “lugar a grandes abusos, que todos os dias se repetem infelizmente no seio da nossa sociedade... [em que,] prende-se o cidadão; no fim de oito dias manda-se o pobre homem passear, declarando-se, que não há motivo para processá-lo, e ainda por cima fica ele muito obrigado ao juiz que o mandou soltar, porque não lhe encontrou culpa...” Quando era excedido o prazo de oito dias, o indivíduo recorria ao *habeas-corpus*, em que o tribunal se satisfazia com a alegação de excesso de serviço, apresentada pelo juiz: “o réu vai com efeito para a rua, mas o juiz volta sem punição para sua casa”. O indivíduo podia ainda ser preso e solto dentro do termo de oito dias, sem nenhuma garantia. Calmon, então, demandava, “senhores, [qual] a garantia à liberdade do cidadão, a todo instante sujeita a mesquinhas vinganças e aos caprichos os mais torpes? Quem de nós está isento de que um juiz inimigo, baseando-se em uma denúncia adrede forjada, nos mande prender, para no fim de oito dias por-nos em liberdade, dizendo que não tem provas para o processo?” Ele concluía afirmando a necessidade de tornar efetiva a disposição do § 10 do art. 179 da Constituição, com “lei especial, clara e terminante [que] puna semelhantes abusos, sempre que tiverem lugar”.

José Calmon propunha que fosse fatal o prazo de oito dias para a formação da culpa e que o paciente pudesse demandar perdas e danos à autoridade que o fez prender injustamente. Propunha também que fosse restabelecido o disposto na Lei de 6/12/1612 § 4.º, confirmada pelas Leis de 19/10/1754 e de 5/3/1790, que impunha penas aos juízes que detinham presos sem culpa formada por mais tempo que o legal. Se este expirasse e a culpa não tivesse sido formada, deveria o preso ser logo solto, conforme determinado pela Ord., L. 1.º, tit. 65 § 37.²⁰ Porém, a Lei de Reforma Judiciária de

20. *Apud* ACD, 1870, T. 5, V. 5: 113-115, em Apêndice; PESSOA, V., id.: 189.

1871 manteve a possibilidade de prorrogação do prazo de formação da culpa, a qual passou a ser chamada sumário de culpa.

Oliveira Machado comenta as alterações criadas pela Lei de 1871 sobre o prazo para a formação da culpa da seguinte maneira (MACHADO, id.: 106 *et passim*). No regime do Código do Processo, o prazo para o início e conclusão do sumário de culpa era de oito dias, contados da prisão. Com a reforma, esse prazo corria depois da apresentação da queixa, ou denúncia, que tinha de ocorrer nos cinco dias subseqüentes à prisão feita em flagrante delito ou requisitada pela autoridade policial. O promotor, em caso de flagrante delito, era obrigado a oferecer denúncia ou queixa dentro desse prazo, houvesse inquérito policial ou não. O prazo para a conclusão do sumário era de treze dias, pois, ao prazo de cinco dias para a apresentação da queixa ou denúncia, somavam-se os oito dias para o processo e conclusão do sumário.

Oliveira Machado considerava que esse prazo não era fatal, pois dependia da “facilidade ou ausência de embaraços no livre curso do processo”. Ele dava como exemplos de situações que permitiam prorrogar o prazo do sumário “o não comparecimento de testemunhas, motivado ou não; o seu domicílio ou estada em lugar remoto, grande número de testemunhas arroladas ou referidas, cujo depoimento é necessário; as vistorias descritivas do teatro do crime, as exumações e exames cadavéricos, sempre morosos e pacientes, a afluência de negócios e muitas outras circunstâncias podem sobrevir, no decurso do processo, que embarcem a sua conclusão, apesar de todas as diligências de um juiz zeloso e exato no desempenho de seus deveres”. A prorrogação do prazo para a conclusão do sumário deveria ser “por justos e insuperáveis motivos”, superiores à vontade da autoridade processante. “A simples negligência, a lentidão não justificada, a ignorância, a prevaricação, a acumulação de serviços não urgentes e adiáveis são insuficientes para escusar o juiz da obrigação, imposta pela lei, de acelerar e concluir os termos da culpa.” O juiz deveria apresentar as razões da prorrogação, demonstrando que havia feito tudo que lhe cabia para superar os obstáculos; porém, se não concluísse o processo, não incorria em responsabilidade penal, nem tornava ilegal a prisão. Assim, embora o prazo para o sumário fosse ultrapassado sem conclusão, a prisão não seria ilegal.

A prisão tornar-se-ia ilegal somente nestes dois casos: “a – se findo o prazo de treze dias da prisão, não estiver encerrada a culpa sem ter ocorrido dificuldade ou embaraço algum... b – Se, vencidos os embaraços ocorrentes, não for proferido o despacho de procedência ou improcedência do sumário”. A prorrogação era indeterminada, pois “o prazo prorroga-se por tanto tempo quanto necessário para naturalmente serem vencidos tais impedimentos”.

Caso houvesse um pedido de *habeas-corpus* por ter sido excedido o prazo do sumário, caberia ao juiz superior apreciar os motivos da prorrogação. Ele deveria avaliar as razões do juiz inferior “com toda a circunspeção, afim de que nem dê como legítimas e plausíveis, quando não o sejam, as razões expostas pelo juiz, e por essa forma defira a soltura prematura, nem despreze como improcedentes ou fúteis motivos justos e reais, e por essa forma negue alívio a uma prisão arbitrária e excessiva” (id.; *ibid.*: 106-111).

Durante todo o período estudado foram utilizados *habeas-corpus* para prisões cujo prazo de formação da culpa fora excedido. No período 1869-72, esse motivo variou entre 21% e quase 30% do total de ordens de *habeas-corpus* concedidas pelos juízes de direito e tribunais superiores do Império. Em 1881, 1883, 1884 e 1886, justificou de 13% e 30% das ordens concedidas pelos juízes e Relação da província de São Paulo (cf. *RMJ* e *RPP-SP*). Ocorria de a formação da culpa nem sequer ter sido iniciada, apesar da detenção do acusado. O STJ, em Revisão de 17/02/1875, mandou soltar por *habeas-corpus* um indivíduo que estava preso havia um mês, sem processo, “sem se mostrar impedimento algum para isto, gastando-se o tempo em resolver-se se a denúncia devia ser dada pelo Promotor ou seu Adjunto, manifestando o Tribunal o seu desgostos por tais delongas que podem dar lugar a responsabilidade” (*apud* PESSOA, V., *id.* : 280).²¹

21. No *habeas-corpus* concedido em 1.^a instância e confirmado pela Relação de Ouro Preto em 14/5/1880, a favor de um acusado por furto, preso havia 36 dias sem formação de culpa. O processo era de ação particular, mas não tinha sido intentado pela parte e excedeu-se o prazo máximo de prisão sem a formação da culpa (*O Direito*, vol. 24: 140). Ou no *habeas-corpus* concedido pelo juiz de direito de Manaus, e confirmado pela Relação em 10/12/1878, a dois índios presos havia mais de três meses sem notificação, nomeação de curador, nem ao menos

A ordem de soltura podia ser negada, mesmo que o prazo da formação da culpa tivesse sido ultrapassado sem justificativa. Este é o caso do *habeas-corpus* demandado por Juvenal Ferreira da Silva, cuja prisão preventiva fora feita pela polícia sem atender aos requisitos legais. O juiz de direito concedeu a soltura, mas sua decisão foi reformada pela Relação do Pará, em 23/8/1883.²² Noutro caso, a Relação da Corte negou, por nove votos contra cinco, a soltura para um paciente preso havia mais de quatro meses sem ter o seu sumário de culpa concluído, pois considerava justificada a demora. O paciente estava detido sob a acusação de roubo desde o dia 10 de novembro anterior e o seu sumário não estava terminado

o conhecimento do motivo da detenção (*O Direito*, vol. 24: 665-6). O juiz de direito de S. Fidélis, Barão de São Domingos, concedeu em 31/3/1882 um *habeas-corpus* a Antônio Leite Pinto, réu de crime inafiançável preso em flagrante delito, e que achava-se sem culpa formada havia mais de 7 meses. O paciente teve um conflito com a vítima, estando ambos embriagados, do qual resultou a ferimento grave desta, por tiro. Preso em flagrante delito, o auto do corpo de delito foi feito, com falhas, sem que o sumário de culpa que corria há mais de sete meses, tivesse sido concluído (*O Direito*, vol. 27: 110). O Cons. Paula Pessoa transcreve decisão n. 200 da Relação da Corte, de 28/4/1877, em favor de réu preso há mais de cinco meses, sem a conclusão do processo da formação da culpa, sem prova do motivo de “tão notável falta”; parecia “haver negligência, descuido da parte de quem é obrigado a não demorar o andamento dos processos crimes...” Foi aberto processo de responsabilidade contra o escrivão e o juiz.

22. A ementa do acórdão é: “o *habeas-corpus* não deve ser concedido ao réu indiciado de crime inafiançável (ferimentos graves), que não for preso em flagrante delito, nem por ordem de autoridade competente, e que achar-se preso sem culpa formada por mais de 18 dias”. A sentença do juiz de direito dispunha que “as autoridades policiais não podem proceder à prisão sem ordem judicial a não ser no caso de flagrante delito. Afora isso não resta aos delegados senão representar ao juiz competente acerca da necessidade ou conveniência da prisão preventiva dos réus, acusados de crimes inafiançáveis. A prisão do paciente não cumpriu estas condições; é manifestamente ilegal. Foi excedido o prazo da formação da culpa, sem constar os motivos deste fato. O paciente está preso desde 23 de maio sem ao menos a declaração jurada de uma testemunha”. O juiz de direito deu provimento ao *habeas-corpus* em 6/8/1883. A Relação do Pará reformou a decisão do juiz de direito, e mandou que o paciente fosse de novo recolhido, à vista do corpo de delito e mais provas existentes nos autos. Mandava ainda que o juiz de direito providenciasse no sentido de ser o quanto antes concluído o sumário de formação da culpa, promovendo a responsabilidade daqueles que se tornarem negligentes no cumprimento de seus deveres (*O Direito*, v. 33: 40 ss).

“por falta de mais algumas testemunhas... tendo já jurado duas testemunhas e o promotor deu a sua denúncia” (Ac. n. 70, de 24/04/1877, *apud id.*, *ibid.*: 283).²³

Assim, na prática, a justificação por exceder o prazo de formação da culpa não era mais do que a alegação de excesso de serviço, ou dificuldades insuperáveis na formação da culpa. Para Paula Pessoa, o artigo do Código de Processo sobre o prazo da formação da culpa era “quase letra morta”, apesar das normas do Decreto de 1859. “O Juiz demora a formação da culpa, muitas vezes pela pouca importância que liga ao cumprimento de seu dever; e as autoridades superiores satisfazem-se simplesmente com qualquer desculpa, de superabundância de trabalho, como se a formação da culpa, não fosse bem simples, entre nós, e a ser concluída em muito menos tempo do que os oito dias da Lei.”²⁴

4.3.3. Nulidade do processo

Na década de 1830, o Ministério da Justiça expediu diversos Avisos esclarecendo juízes e tribunais sobre os efeitos da concessão da ordem de *habeas-corpus* por nulidade do processo. Nesses Avisos, manifesta-se o objetivo de delimitar os efeitos do *habeas-*

23. Este é o caso de um *habeas-corpus* recusado pela Relação de Ouro Preto, em que o paciente Joaquim Leite Bastos alegou que estava preso há mais tempo do que permitia a lei sem ser processado; o juiz formador da culpa alegou que o processo já começara, mas estava atrasado por “dificuldade insuperável” (*O Direito*, v. 33: 44). A mesma Relação, em Acórdão de 1876, “não mandou soltar a um paciente, retido na cadeia, por mais tempo do que marca a Lei, porque era indiciado em crime de morte, embora sem a requisição da autoridade formadora da culpa, sem processo e sem denúncia, tendo apenas recebido a nota da culpa da autoridade policial.” O Cons. Paula Pessoa condena esta decisão, a qual foi criticada também por outros juristas (*apud* PESSOA, V., *id.*: 291, n. 1737).

24. PESSOA, V., *id.*: 189-90. A primeira edição dessas anotações ao Código é de 1882. Em alguns *habeas-corpus* concedidos por prisão que excedeu o prazo na formação da culpa, foi votada a responsabilidade das autoridades coatoras (*Id.*; *ibid.*: 283, n. 1709 e 1711). Porém, apenas raramente a responsabilidade da autoridade processante tornar-se-ia efetiva, pela via de condenação criminal. Por sua vez, o governo eventualmente determinava alguma punição funcional, usando os instrumentos de gestão da carreira dos magistrados.

corpus para o andamento do processo e a preocupação em conciliar o *habeas-corpus* com a eficácia da acusação criminal.

Em Aviso de 3/10/1833, o Ministério da Justiça declarava que a concessão de *habeas-corpus* sob o fundamento da nulidade do processo não importava a absolvição do réu, pois, segundo o Código do Processo, o réu poderia ser absolvido somente pelo tribunal do júri. O promotor deveria promover a acusação do réus, enquanto o crime não estivesse perempto, e competia à Relação conhecer das mesmas nulidades em recurso de apelação. O Aviso determinava ainda que os réus de crimes graves não deveriam ficar impunes por falta de solenidades do processo (*apud* BASTOS, 1911: 41). O Aviso de 4/2/1834 declarava que a concessão da ordem de *habeas-corpus*, por estar o processo evidentemente nulo, não tornava necessário novo processo, “porque se o juiz que o formou não reconhecer a nulidade, deve continuar nos termos ulteriores dele, posto que seja solto o réu”.²⁵

Para Pimenta BUENO (1857b: 208), a concessão de *habeas-corpus*, quando o processo estivesse evidentemente nulo, não deveria dar lugar à soltura do réu, mas à instauração de novo processo. O réu só deveria ser solto se o crime fosse dos que o réu poderia ser processado em liberdade, ou nos casos de crime afiançável. O *habeas-corpus* por nulidade nunca poderia dar lugar à soltura em crime inafiançável, pois era “um contra-senso soltar um assassino legitimamente indiciado, só porque houvesse alguma nulidade no sumário de culpa, quando a nulidade não perime a ação e somente demanda a reforma do ato nulo”.

Para Oliveira MACHADO (*id.*: 113 *et passim*; § 81 *et passim*), a nulidade evidente prevista para a concessão do *habeas-corpus* era sinônimo de nulidade substancial ou manifesta. O juiz de direito não podia anular processos ordinários por nulidades substanciais, mas tinha de retificar as nulidades que fossem sanáveis e deixar

25. *Apud* CORREA, s.d., verbete *habeas-corpus*. Segundo o Aviso de 2/3/1836: “Os processos de réus soltos em virtude de ordem de *habeas-corpus* devem subir ao Tribunal do Júri, para serem julgados, porquanto disposição alguma existe no Código do Processo, que determine se dê baixa na culpa àqueles que forem soltos em virtude da sobredita ordem” (*apud* PESSOA, *id.*: 290-1, n. 1733).

as que não o fossem para a Relação e o STJ, os únicos com competência para decretar a nulidade dos processos. No entanto, em caso de *habeas-corpus*, os juízes de direito poderiam declarar os processos nulos. Ele considerava que os Avisos do governo não deveriam ser cumpridos integralmente, em particular o segundo, que, “além de inexecutável é anti-legal quando confere ao juiz inferior o direito de conhecer da nulidade pronunciada pelo superior, direito contrário ao valor do julgado e subversivo à ordem hierárquica dos juízes”.²⁶

Oliveira Machado ainda discordava de Pimenta Bueno, considerando que ordem de soltura deveria ter efeito imediato, em todos os casos. Se o *habeas-corpus* por nulidade fosse provido, o paciente deveria ser solto, pois se continuasse a prisão, “a ordem de soltura ficaria sem execução, o recurso seria nominal e ilusório, anulando-se por si mesmo. Não é racional que a lei conceda um recurso imprestável.” O juiz deveria iniciar novo processo e promover, quando oportuno, a prisão do réu (id., *ibid.*: 129).

5. EXCLUSÕES DO *HABEAS-CORPUS*

5.1. Para réus acusados em crimes policiais e em crimes afiançáveis e considerados vadios

Os réus de contravenções às Posturas das Câmaras Municipais e dos crimes policiais, incluídos no art. 12 § 7.º do Código do Processo, deveriam ser processados em liberdade. Eles tinham de ser conduzidos perante a autoridade para que se lavrasse o termo,

26. Para “resolver as dúvidas”, ele estabelecia algumas distinções. “Se a nulidade versa sobre peças ou atos fundamentais do processo ...é intuitiva a necessidade de novo processo, pois, nula a peça capital, nulas estão as consequentes... Se, ao contrário, a nulidade recai em atos intercalares, subseqüentes aos atos preliminares, como sejam falta ou irregularidade da citação inicial, número insuficiente de testemunhas, carência do interrogatório, servirá o mesmo processo para ser renovado do ponto em que houve a falta ou vício em diante. Se, finalmente, a nulidade é por incompetência do juiz, prevalecerá o mesmo processo.” (id.; *ibid.*: 127-8).

sendo interrogados e liberados em seguida. O mesmo deveria ocorrer com os réus que prestassem fiança idônea nos crimes afiançáveis.²⁷ O art. 37 da Lei de 1841 excluiu dessa regra geral os réus vagabundos e sem domicílio.²⁸

A vadiagem não era uma condição definida, mas uma categoria utilizada *ad hoc* pela polícia, servindo para classificar os pobres livres “indesejáveis”, subtraídos das redes de clientela e também como pretexto para deter indivíduos recalcitrantes, a fim de prevenir suas ações, fazê-los sair das ruas, ou puni-los sumariamente.²⁹ A legalidade da detenção dos vadios constituía justificação das práticas a-legais de controle social dos indivíduos livres pobres, efetivadas por meio da efetiva ou virtual detenção pela polícia.

A acusação de vadiagem colocava a detenção no âmbito das atribuições das autoridades policiais, às quais cabia, até a Reforma de 1871, o processo e o julgamento das infrações de posturas municipais e dos crimes policiais. A partir daquela Reforma, o processo dos crimes policiais continuou com as autoridades policiais, mas seu julgamento passou aos juízes municipais e o processo e julgamento das infrações de posturas municipais, aos juízes de paz. Assim, os juízes de direito não tinham competência para julgar a legalidade dessas detenções, que eram, porém, os motivos mais numerosos de prisão e os instrumentos mais importantes de controle social usados pela polícia.

27. Os crimes afiançáveis eram definidos por exclusão, por um lado, dos crimes policiais, aqueles cuja pena não fosse maior do que a de seis meses ou desterro para fora da Comarca e, por outro lado, os crimes inafiançáveis, aqueles cujo máximo da pena fosse: 1.º morte natural, 2.º galés, 3.º, seis anos de prisão com trabalho; 4.º oito anos de prisão simples; 5.º vinte anos de degredo (Cód. Processo, arts. 100 e 101). Houve controvérsias a respeito da distribuição dos crimes policiais e afiançáveis (ver PESSOA, V., id.: 35, n. 93).

28. Na Primeira República a exclusão foi mantida pela Lei n. 1.785, de 28/11/1907, art. 26, § 1.º, *a* (BASTOS, 1911: 31, n. 63).

29. Os agentes policiais metiam em prisão acusados de infrações de posturas municipais, para obrigá-los a pagar as multas, antes da sentença final. Contra isso, o Aviso Circular de 14/11/1865 determinou a responsabilização das autoridades que praticassem tais atos, que constituíam manifesto abuso de poder (*apud* PESSOA, V., id. 34, n. 92).

Da nossa pesquisa resulta um paradoxo, pois, apesar dos estudos sobre a atividade policial e sobre as prisões do Império mostrarem a importância das detenções cotidianas por vadiagem e outros pequenos delitos para o controle social, não encontramos nenhuma referência à utilização de *habeas-corpus* para acusados de vadiagem. A hipótese de pedido de *habeas-corpus* nesse caso não foi considerada pelos doutrinadores, nem foi objeto de debate parlamentar, e também não encontramos nenhuma decisão judicial ou aviso governamental a respeito. Não se trata simplesmente de exclusão do acesso à justiça aos pobres, pois não faltaram pedidos de *habeas-corpus* para escravos e libertos. Havia uma espécie de exclusão lógica desses casos do campo de aplicação do *habeas-corpus*, recurso cujo domínio era a justiça criminal. O julgamento das detenções por vadiagem, dos crimes policiais e das infrações às posturas municipais pertenceriam à esfera administrativa das autoridades policiais.³⁰

Na pesquisa apareceram poucos *habeas-corpus* concedidos a réus detidos sob acusação de crimes policiais. “O que injuria a autoridade no exercício das suas funções é interrogado e posto em liberdade, salvo sendo vagabundo. E, mesmo o crime não sendo tal, a continuação da prisão, por longo prazo sem a formação da culpa, é ilegal, e dá lugar ao *habeas-corpus*.”³¹ O *habeas-corpus* preventivo “concede-se a quem acha-se sob ameaça de ser preso por delito previsto no art. 12 § 7.º do Código do Processo não cabe a prisão porque neste caso o detido deve ser levado à delegacia, lavrado o auto e liberado em seguida”.³² “Sofre constrangimento ilegal quem foi preso pelos delitos de ofensa à moral e uso de armas proibidas, sem se lhe formar o competente processo, e é conservado em prisão até que se pague multa por infração de posturas, em

30. Com o estudo de arquivos da justiça criminal, poder-se-ia abordar questões como a existência de pedidos de *habeas-corpus* para esses casos e a utilização, pela polícia, de argumentos como o da vadiagem para desclassificar a prisão do domínio do *habeas-corpus*.

31. Ac. da Relação do Maranhão de 7/2/1871, *apud* PESSOA, V., id.: 281, n. 1700.

32. *Habeas-corpus* de Mossoró decisão de 23/11/1885, por Alcebiades Dracon de Albuquerque Lima. Confirmado pela Relação de Fortaleza (*O Direito* v. 40, 1886: 275).

substituição, da penalidade aplicável aqueles crimes... Estes crimes são regulados pelo art. 12 § 7.º do Código do Processo Criminal. Feito o auto, o indivíduo deveria ser posto em liberdade.”³³

5.2. Para réus em prisão preventiva, indiciados em crimes inafiançáveis

O art. 175 do Código do Processo facultava a prisão preventiva do réu indiciado em crime inafiançável: “Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém, nestes, e em todos os mais casos, à exceção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima.” Este dispositivo legal foi mantido pela Lei de 1841, a partir da qual passou-se considerar que a prisão preventiva era consequência necessária do indiciamento. O *habeas-corpus* era cabível nestes casos, segundo o Aviso n. 160, de 17/7/1879: “Uma vez preso um indivíduo por crime inafiançável e iniciado o processo, só pode ser solto em virtude de sentença favorável, ou de *habeas-corpus*.”

Os requisitos para a legalidade da prisão preventiva de indiciados por crime inafiançável não eram, no entanto, muito estritos. “Não tem a seu favor *habeas-corpus* o que está preso por indiciado em crime de morte sem culpa formada. 2.º a autoridade policial pode então *prender*, ainda não sendo em flagrante e não precedendo requisição da autoridade formadora da culpa. 3.º E o paciente deve ser conservado na prisão, embora por mais de dois meses, sem ser processado e sem haver ao menos denúncia contra ele; 4.º Basta, para justificar tal prisão que o Paciente haja recebido *nota da culpa* da autoridade *policial*. 5.º O que cumpre é tornar efetiva a responsabilidade contra quem de Direito for, pela demora do processo; mas o paciente fica preso até que estes atos hajam de recomençar.” (*Gazeta Jurídica*, vol. XIV: 534).

A prisão preventiva foi objeto de repetidos debates parlamentares, como no exame das propostas dos Ministros da Justiça

33. *Habeas-corpus* da Relação de Belém; Paciente Marciano Nunes de Oliveira; dec. de 24/9/1886. *O Direito*, v. 42, 1887: 17.

conservadores Sayão Lobato e José de Alencar, em 1861 e 1869, pretendendo delimitar a forma e os casos de sua decretação. José de Alencar afirmava que todos os partidos desejavam coibir o abuso da polícia nas prisões preventivas, divergindo quanto aos meios (*RMJ*, 1869: 76). Os liberais sustentavam que a melhor garantia da liberdade individual contra a prisão preventiva seria confiar essa faculdade ao Judiciário.

José de Alencar pensava que isso implicava deslocar a atribuição “de sua sede natural... para agregá-la a outro poder de natureza diversa”. A prisão preventiva era uma exceção constitucional à liberdade privada e, assim, não era uma função judiciária; atribuí-la aos juízes seria contrário à “gravidade e certeza que devem caracterizar os atos desse poder”. A prudência e moderação dos magistrados deveriam servir de corretivo à ação policial e não para a iniciativa da repressão dos delitos. Além disso, era impossível ter um magistrado ao alcance e obter a rápida decisão necessária para os casos de prisão preventiva. O *habeas-corpus*, recurso necessário de todo o ato policial, era o meio de evitar abusos, servindo como um freio imprescindível à iniciativa administrativa. Era garantia suficiente contra os abusos a responsabilidade, sobretudo pecuniária, do empregado que se excedesse e a correição anual feita por um magistrado superior. Se a magistratura não usasse esses meios para defender a liberdade individual contra qualquer violência da polícia, seria inútil confiar-lhe a iniciativa da prisão preventiva. Como alternativa, deveriam ser estabelecidas restrições legais para que a autoridade policial decretasse a prisão preventiva (*RMJ*, 1869: 76-8). O seu projeto ampliava, pois, os requisitos para a prisão preventiva, que só seria permitida por “veemente presunção de crime inafiançável, ... estabelecida pela declaração de duas testemunhas que jurem de ciência própria, ou pelo auto de corpo de delito, e quando concorrerem as duas circunstâncias de ser o indiciado pessoa não abonada sem residência permanente no lugar e de não haver decorrido o prazo de três anos da perpetração do crime. Poderá, todavia, a autoridade, quando se trate de crime muito grave, exigir do indiciado caução ou fiança, no caso de existir contra ele presunção veemente”.³⁴

34. “Restringir o arbítrio o uso dessa importante faculdade; atender à residência permanente, e sobretudo à reputação moral do indivíduo; estabelecer uma prescrição

A Comissão da Câmara, formada por Alencar Araripe, Souza Reis e Duque Estrada Teixeira, manifestou-se contrária à medida, apesar de reconhecer a necessidade de limitar o abuso policial da faculdade da prisão preventiva e de considerar o projeto adequado em linhas gerais. No entanto, a comissão considerou que, “assegurada a liberdade individual, não convém desamparar a causa da ordem social, tornando a prisão preventiva impossível pelo acessório de circunstâncias tais como a da abonação e da residência permanente” (*apud* MENDES JR., 1901, v. I: 321-2).

O projeto de Reforma Judiciária proposto em 1870 por Sayão Lobato transferia à autoridade judicial a competência de decretar a prisão preventiva. José de Alencar era contrário à proposta, renovando os seus argumentos: a prisão preventiva deveria ser incumbida ao poder executivo, “a quem deve caber toda a responsabilidade do emprego dos meios extraordinários para a salvação pública”. A prisão preventiva era um ato administrativo, que não podia depender da intervenção do magistrado; era um “mal necessário, fundado em exigências da segurança pública”; era uma “exceção ao princípio constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais”. Por sua “natureza”, esta exceção não deveria ser incumbida ao Poder Judiciário, cuja missão era dizer o direito (*id.*; *ibid.*).³⁵

especial para o emprego deste meio violento; exigir para a detenção uma base material que sirva posteriormente de critério à legitimidade do ato, alargar a esfera da fiança, facilitando a sua pronta e mesmo prévia concessão, bem como o razoável arbitramento; opor a maior soma de obstáculos legais a que se efetuem prisões com preterição das solenidades substanciais; são estes em resumo os outros pontos da reforma que o país espera de seus legisladores ...”

35. A prisão preventiva era função do Poder Executivo, ao qual deveria caber “... toda a responsabilidade do emprego dos meios extraordinários para a salvação pública ... Deixemos que a polícia prenda, que ela carregue com a odiosidade desses atos; deixemos que ela aprecie a oportunidade de lançar mão dessa lei de exceção... A verdadeira, a importante garantia contra a prisão preventiva não é a deslocação de uma atribuição cometida a uma autoridade judiciária; é, sim o *habeas-corpus*, esse veto do Poder Judiciário a todos os iníquos arbítrios do poder executivo contra o cidadão” (*id.*; *ibid.*). João Mendes Júnior faz uma extensa transcrição deste debate na Câmara e no Senado. José de Alencar comparou a faculdade policial de efetuar a prisão preventiva com o poder, existente na Inglaterra, de captura prévia, forma facilitada de detenção dos indivíduos sem mandado, que poderia ser executada

Apesar de transferir aos juízes a competência de decretar a prisão preventiva, a Reforma Judiciária de 1871 manteve a faculdade da autoridade policial efetuar a prisão preventiva sem mandado em crimes inafiançáveis. Nesses casos, a prisão poderia ser feita sem a ordem escrita da autoridade judicial, quando a polícia encontrasse algum réu para quem fosse “notória” a expedição de mandado de prisão, devendo apresentá-lo em seguida à autoridade competente.

Esta regra foi bastante criticada no Senado, porque era contrária ao projeto aprovado na Câmara e ao programa liberal. Pelo projeto da Câmara, a prisão preventiva nos crimes inafiançáveis somente poderia ser feita por mandado escrito do juiz competente e devidamente fundamentado em provas. Nabuco de Araújo defendia essa medida por ser absoluta e simples, o que era necessário para que se evitassem os abusos. Além disso, a “notoriedade” da expedição do mandado era uma expressão sem sentido, que serviria para que a polícia prendesse os indivíduos e depois fosse à procura do mandado para legalizar o seu procedimento.³⁶

Nabuco considerava a prisão preventiva o “terror da população; ... o meio poderoso e heróico pelo qual tem sido exterminados das urnas os cidadãos brasileiros”. Pela Lei de 1841, a prisão preventiva era condição para o processo em crimes inafiançáveis, mas no art. 175 do Código do Processo a prisão era, ao contrário, facultativa. “Se o indivíduo é domiciliário, se ele tem por si bons precedentes, e todas as condições que excluem a suspeita de fuga, se tem a seu favor motivos evidentemente justificativos dos crimes que cometeu, que inconveniência há para a justiça pública em livrar-se ele solto? Porque há de ser preso sem necessidade social e só para estar preso?”³⁷

mesmo fora do flagrante delito. Porém, neste caso, o preso era levado imediatamente ao juiz de paz, procedia-se a uma informação, depois da qual o réu era geralmente solto sob fiança (v. MENDES Jr, id.: 325-6).

36. Nabuco de Araújo, voto em separado de 10/6 e discursos de 20/6 e 22/7/1871 (AS, 1871, T. 5; e BRUNO, id.: 247-8).

37. Discurso de 20/06/1871 (AS, id.). Outras questões relacionadas à prisão preventiva foram: (1.) a sua duração, que não era determinada no projeto do governo; 2) A computação do tempo da prisão preventiva para a condenação; 3.) O valor da confissão do réu durante o inquérito policial. A confissão policial não teria caráter judicial, sendo tomada como uma declaração espontânea do réu, como

Para Sayão Lobato, a possibilidade da prisão preventiva feita sem mandado pela polícia era uma forma de adequar a segurança jurídica às “circunstâncias notórias” do país. Se a prisão preventiva pudesse ser feita apenas pela autoridade formadora da culpa, e se esta passasse a ser exclusivamente a autoridade judicial, deixaria de haver a regular administração da justiça por toda parte, pois, no Brasil, as autoridades judiciárias existiam somente em alguns pontos circunscritos e limitados. A autoridade judiciária não podia então ser eficaz para determinar imediatamente as prisões necessárias em quaisquer outros lugares. A atribuição desta faculdade à polícia era necessária, “para que tanto se proteja a inocência, como se reprima o crime e livre a sociedade de atentados”; a polícia deveria proceder prisões por toda parte e conseguir as que fossem necessárias. Esta liberdade de ação era imposta pelas próprias condições do país, “de fácil saída, que por toda a parte se dilata, franqueando mil meios de fuga” (BRUNO, id.: 258).

Uma vez que os réus podiam deslocar-se facilmente num país extenso, com dificuldades de transporte e comunicações, onde a organização policial era deficiente, não havia razão de exigir sempre que a prisão preventiva fosse feita somente à vista do mandado da autoridade: “... porque obstar que em toda a parte onde for encontrado e reconhecido, sendo notória a ordem de sua prisão, ela possa ter lugar com as condições que determina o artigo? [Nesses] casos ... não haveria uma extrema necessidade, uma alta conveniência de ordem pública, em que assim se praticasse?”

A prisão preventiva tinha corretivos contra os abusos, o *habeas-corpus* e a responsabilidade da autoridade policial. A proposta liberal

indício suficiente para a decretação da prisão preventiva; porém, a confissão perante a polícia não seria suficiente para a pronúncia e muito menos para a condenação. Mendes Júnior ressaltava que esta cláusula “não autoriza a polícia a extorquir confissões; isto é, mesmo a confissão extrajudicial deve ser livre e esta, na polícia, deve ser até espontânea, segundo o espírito do projeto da Lei de Reforma Judiciária de 1871” (ALMEIDA JR., 1901, v. I: 333). Esta cláusula foi importante brecha para a continuidade no Brasil das práticas inquisitoriais de instrução criminal (id.; ibid.: 329-30; AS, 1871, v. 5, Apêndice; LIMA, 1989 e MINGARDI, 1992). A computação do tempo da prisão preventiva ao do cumprimento da pena só foi adotada na Primeira República (art. 3.º do Decr. 774, de 20/9/1890).

implicaria ao contrário o caos e a impunidade, pois, se fosse adotada, a polícia seria desarmada e "... a repressão dos delitos tornar-se-á impossível em um país cujas circunstâncias são notórias e não dão para que a polícia, ainda muito mais hábil, ainda dispondo de outros recursos, tenha ação eficaz e desembaraçada, porque as distâncias são imensas, as comunicações difíceis, as populações dispersas; esconderijos não faltam, nem meios de qualquer réu se evadir" (Sayão Lobato, discursos no Senado, sessões de 21/6, 24/7 e 3/8/1871, em AS, 1871; BRUNO, id.: 258-61).

As expressões usadas pelos conservadores ("mal necessário", "atuais circunstâncias do país") para justificar as atribuições discricionárias conferidas à polícia remetem a um conjunto amplo de referências (a extensão do país, o pequeno desenvolvimento econômico, a rarefação da população, seu baixo grau de ilustração etc.), no centro das quais estava a escravidão. Sua violência intrínseca demandava a ampla margem de arbítrio dos senhores e das autoridades públicas, que tinha de ser mantida, devido aos riscos do processo de transição gradual para o trabalho livre.

A prisão sem mandato de indivíduos acusados de crimes estava em continuidade com outros procedimentos de controle da mobilidade dos indivíduos, como a custódia legal, que dava à polícia a faculdade legal de deter aqueles categorizados como escravos, negros desconhecidos, libertos, pobres, indivíduos em atitude suspeita, bêbados, vadios e prostitutas, a fim de fazê-los assinar termos de segurança ou de bem viver, de proceder a averiguações etc. e também com os meios usados pelos fazendeiros para fazer cumprir os contratos de locação de serviços, ou de parceria, que então se experimentavam nas plantações para substituir o trabalho escravo. Os fazendeiros utilizavam as penas de prisão fixadas na Lei de Locação de Serviços de 1837, e solicitavam, com uma simples representação ao juiz de paz, a prisão de locadores inadimplentes, ou ausentes das fazendas. Na década de 1860, nos debates políticos sobre a locação de serviços, a prisão era considerada a única garantia efetiva que poderia ser exigida dos homens livres e libertos para o cumprimento de suas obrigações contratuais (LAMOUNIER, id.: 62-71; 88-9).

Na discussão sobre a prisão preventivo, aparecem as diferenças entre liberais e conservadores a respeito da relação do *habeas-corpus* com a prática policial e a liberdade individual. A relação que os

conservadores estabelecem entre a ação policial preventiva e o *habeas-corpus* mostra como é restrito o papel que atribuem à legalidade na regulação das atividades policiais em particular e, de modo geral, das autoridades públicas. Para eles, o pacto político era de submissão, embora limitado quanto ao seu objeto, pois nem todos os direitos dos indivíduos e das famílias eram transferidos ao soberano. A esfera de atuação da autoridade era dividida em governamental e administrativa, mas, na prática, não havia uma delimitação clara entre elas. Os agentes estatais tinham a presunção da legalidade dos seus atos e a indefinição formal daqueles atos que poderiam praticar discricionariamente. Em virtude dessa confusão, a extensão e o conteúdo do poder discricionário das autoridades públicas eram virtualmente indeterminados.

Essa observação cabe, em especial, às atribuições das autoridades policiais, que deveriam atuar quando e como considerassem necessário, regulando sua ação segundo as circunstâncias. Os conservadores defendiam a manutenção desses poderes, atribuindo ao *habeas-corpus* o papel de corretivo apenas dos excessos da ação discricionária da polícia, cujos efeitos tinham de ser circunscritos ao caso particular. Isso porque, para os conservadores, a legalidade não era o modelo de regulação da atividade das autoridades públicas.

Para os liberais, o *habeas-corpus* tinha funções mais amplas, não corrigindo apenas os excessos da ação policial. Ao servir de garantia contra práticas ilegais de coação à liberdade individual, o instituto exerceria um papel difuso de controlar, pela responsabilidade e fiscalização, a legalidade dos atos autoridades públicas contrárias à liberdade individual. O *habeas-corpus* serviria para a formalização das esferas de atribuições das autoridades e a determinação das suas responsabilidades.³⁸

5.3. Para réus pronunciados

A exclusão do *habeas-corpus* a réus pronunciados gerou controvérsias na prática judicial e nos debates parlamentares sobre dois

38. Como veremos adiante, na Primeira República, Rui Barbosa atribuiu claramente esse papel amplo ao *habeas-corpus*. A legislação imperial relativa à prisão preventiva, foi, em geral, mantida.

tipos de problemas: um, resultava da oposição da presunção de legalidade dos atos das autoridades públicas contra a possibilidade de questionar e derrubar estes atos pela via judicial. Esta discussão envolvia princípios jurídicos gerais e a própria definição do *habeas-corpus* como garantia ou recurso criminal. O outro problema era a extensão dos casos de *habeas-corpus* previstos no art. 353, dada a presunção de legalidade da prisão após o despacho de pronúncia. O art. 144 do Código do Processo e o art. 285 da Lei de 1841 determinavam que, nos casos em que fosse prevista, a prisão seria consequência do despacho de pronúncia do réu. A pronúncia consistia num ato legal da autoridade processante e fornecia a base legal para a prisão, de modo que seu exame em *habeas-corpus* estaria, em princípio, excluído. Se, porém, existissem no processo as situações previstas para o *habeas-corpus*, o instrumento seria admitido? Quais seriam os efeitos da ordem de soltura para os procedimentos posteriores à pronúncia, uma vez que a prisão era uma consequência necessária da pronúncia?

O Aviso de 12/1/1835 determinou que a ordem de soltura por *habeas-corpus* não fosse executada, se o réu tivesse sido pronunciado após a sua concessão.³⁹ No caso de incompetência da autoridade processante, houve divergências sobre o cabimento do *habeas-corpus*, como na decisão da Seção de Justiça do Conselho de Estado em que Pedro Ferreira Leite demandou *habeas-corpus* à Relação de Pernambuco, por incompetência do juízo, não obstante achar-se pronunciado pelo Juiz de Direito da Comarca do Bonito

39. Ernesto Rodrigues Paes fora solto em consequência de uma ordem de *habeas-corpus*, "expedida com o fundamento de existir ele prezo mais do prazo da lei, sem culpa formada, verificando-se a mesma soltura, quando já se achava pronunciado à prisão e livramento: tenho a declarar-lhe que em tais circunstâncias não poderia aquele indivíduo ser relaxado da prisão, por ter cessado com a pronúncia o motivo, pelo qual fora concedido o *habeas-corpus*" Ass. por Manoel Alves Branco (*apud* AUTRAN, 1879). O Aviso de 4/6/1836 determinava também a suspensão da execução da ordem de soltura por *habeas-corpus* no caso da pronúncia do réu: "Quando houver de verificar-se a soltura de algum indivíduo, por ordem de *habeas-corpus*, concedida com o fundamento de estar o mesmo indivíduo preso, por mais tempo do que marca a Lei, sem culpa formada, se já estiver pronunciado à prisão e livramento, não terá execução a ordem e não será o preso relaxado da prisão." (*apud* PESSOA, id.: 291, n. 1736).

por crime de responsabilidade (art. 111 do Código Criminal). A Relação concedeu ordem de soltura e o paciente foi solto.

Na Seção de Justiça do Conselho de Estado, o parecer do desembargador Procurador da Coroa era que o problema encontrava-se na interpretação da cláusula “processo evidentemente nulo”. Ele era contrário ao cabimento do *habeas-corpus* a réu pronunciado por três razões: 1. o recurso ordinário da pronúncia já estava interposto na Relação e essa seria a ocasião apropriada para julgar a validade ou nulidade do processo com plena investigação e conhecimento de causa, pondo-se-lhe fim ou mandando-se continuar; 2. a natureza do *habeas-corpus* era de um recurso extraordinário, cuja finalidade especial era “prover unicamente sobre a prisão do paciente”, sem afetar o processo, cuja marcha continuava inalterável e sem interrupção até final julgamento; 3. a soltura por *habeas-corpus* resultava na inversão do curso do processo, “pondo-se termo ao mesmo processo, por virtude desse recurso extraordinário e especial, e deixando-se de conhecer do recurso ordinário sobre a pronúncia, julgando-se prejudicada a decisão sobre o mérito da pretendida nulidade por incompetência do foro”.

A Seção de Justiça não considerava procedentes as razões do desembargador procurador, em primeiro lugar porque a Relação não podia deixar de conhecer de um recurso de *habeas-corpus* já sujeito ao seu conhecimento, para tratar a questão em recurso de natureza diversa e menos amplo. A Relação não podia proceder de outra forma, em virtude das penas aos juízes que se recusassem a conceder ordens de *habeas-corpus* regularmente requeridas, ou retardassem sem motivo a sua concessão (art. 183 do Código Criminal). O Presidente da Relação tinha de distribuir imediatamente as petições de *habeas-corpus* regularmente formadas e o desembargador a quem fosse distribuída tinha de examinar o pedido sem demora, interrompendo qualquer outro serviço, para declarar se tinha ou não lugar a expedição da ordem requerida (arts. 35 e 36 do Regulamento das Relações do Império). Assim, a Relação não podia demorar o pedido de *habeas-corpus*, “um processo presente, e privilegiado”, à espera de outro, que podia não vir em tempo.

Em segundo lugar, o *habeas-corpus* era um recurso extraordinário contra prisão ilegal, sendo mais largo e amplo que outros

quanto a esse fim”, e não podia ser retardado ou desatendido à espera de um recurso ordinário e de diversa natureza. E, terceiro, não havia a alegada inversão processual, pois se a Relação julgou “nulo o processo em recurso de *habeas-corpus*, com o fundamento que o Juiz processante não tinha jurisdição, não poderia deixar de julgá-lo igualmente nulo no recurso de pronúncia”. A Seção concluía que “um processo em que há pronúncia pode ser evidentemente nulo, e ilegal a prisão feita em virtude desta pronúncia”. O inconveniente provinha das palavras vagas e amplíssimas – “evidentemente nulo” – do § 3.º do art. 353 do Código do Processo Criminal, que podiam ser aplicadas aos casos em que havia pronúncia e àqueles em que não havia. A Seção considerava que o inconveniente, neste caso, tinha origem principalmente na Lei, e não havia decisão da alçada do governo.⁴⁰

Porém, em sentido contrário a essa decisão, o Aviso n. 219, de 6/8/1855, do Ministério da Justiça, determinou a exclusão do *habeas-corpus* em todos os casos em que houvesse pronúncia. “O réu pronunciado por qualquer crime não pode ser solto por *habeas-corpus*, porquanto nesta hipótese a prisão é o efeito legal da pronúncia, e como tal não pode cessar enquanto subsistir a causa, só deve ser revogada pelos recursos e meios competentes ordinários.”⁴¹

A Seção de Justiça do Conselho de Estado decidiu novamente sobre a questão na Resolução de 28/11/1865, que tratava do procedimento irregular do juiz de direito interino da Comarca do Brejo, José Belisário Henriques da Cunha e da admissibilidade do *habeas-corpus* da prisão por pronúncia. Depois de pronunciados, os réus requereram um *habeas-corpus* à Relação sob o fundamento de que o processo era substancialmente nulo. Com o réu solto, criava-se uma “situação absurda”: a decisão de pronúncia não foi anulada, mas não produziu seus efeitos.

O Conselheiro Consultor, José M. de Alencar, em parecer datado de 4/9/1865, reconhecia a ambigüidade da lei, mas declarava-se favorável à interpretação dada pelo Aviso n. 219, de 6/8/1855. Ele

40. Consulta de 16/5/1854, por Paulino de Sousa, Visconde de Abrantes e Caetano L. Gama (*apud* CE-SJ: 457-8).

41. *Apud* CORREA, J., s.d., v. I: 232 *et passim*; SILVA, J., 1864; v. I: 222.

reconhecia que, pelo rigor da letra da lei, o art. 353 § 3.º do Código do Processo, daria lugar a soltura por *habeas-corpus*, por nulidade, em todas as fases do processo. Porém, essa interpretação levava a “consequências absurdas”, como a soltura do réu condenado definitivamente, se o Tribunal Superior entendesse que o processo estava evidentemente nulo. Considerava, pois, necessário esclarecer a “restrição natural” daquele dispositivo. “O *habeas-corpus* é um recurso extraordinário e independente do processo, com o qual nenhuma ligação tem: é estabelecido unicamente para garantir a liberdade individual contra os constrangimentos ilegais que ela possa sofrer”. Ele seria inadmissível quando houvesse qualquer recurso ordinário e só poderia ser usado depois deste para garantir a sua execução, como, por exemplo, se um indivíduo despronunciado fosse retido na prisão. Esta seria a “restrição natural” do recurso, conforme à letra da lei.

Quanto à prisão decretada em virtude da pronúncia, Alencar considerava que tinha a seu favor a mesma presunção de legalidade que a prisão efetuada em flagrante delito; “mas da primeira quando injusta, há um recurso ordinário, da segunda não; por isso tem lugar o *habeas-corpus* neste e não naquele caso”. Ele concluía que a Relação do Maranhão não procedera bem, concedendo o *habeas-corpus*, mas, como a lei não era perfeitamente clara, não era o caso de responsabilidade. A Seção de Justiça do Conselho de Estado deveria fixar em Resolução a verdadeira inteligência da lei, a fim de evitar abusos. Ele era favorável ao processo de responsabilidade do magistrado do Brejo.

A Seção de Justiça, em decisão de 24/10/1865, assinada por Jequitinhonha, Uruguai e Pimenta Bueno, considerou que não havia motivo para responsabilizar os desembargadores, porque o Judiciário não tinha o rigoroso dever de seguir a inteligência dada à lei por Aviso do poder executivo.⁴² Quanto ao *habeas-corpus*, a Seção

42. A Seção decidiu promover sindicância e processo de responsabilidade do magistrado e remover alguns desembargadores da Relação do Maranhão. O governo usou os mecanismos de gestão da carreira dos magistrados para aplicar sanções não formais àqueles cujo procedimento era considerado irregular. Esta era uma forma de substituir a responsabilidade criminal, um procedimento que teria consequências mais graves, mas que seria julgado pelo STJ, com resultados incertos (KOERNER, 1998).

considerava insustentável a doutrina contrária à do Aviso n. 219 de 6/8/1855. Considerava que a lei não era positiva o suficiente para uma interpretação autêntica pelo Conselho de Estado, devendo-se demandar ao Legislativo interpretação autêntica dos artigos da Lei que se referem a ordens de *habeas-corpus*, aproveitando-se essa discussão para redigir-se uma lei “inteiramente explícita”, que não dê mais “motivo a opiniões e inteligências diversas”.⁴³

A exclusão de *habeas-corpus* para réus pronunciados foi predominante nos tribunais superiores do Império. O STJ, em Acórdão

43. *Apud* CE-SJ, v. II: 1204-12. A Seção de Justiça do Conselho de Estado decidiu novamente sobre este caso na Resolução de 25/5/1866. Tratava-se de uma dúvida da Relação do Maranhão sobre as consequências de uma ordem de *habeas-corpus* concedida depois de pronúncia confirmada em grau de recurso. A hipótese era a seguinte: um réu pronunciado em grau de recurso por crime inafiançável, requereu e obteve soltura por *habeas-corpus*. 1. Subsiste ou não a pronúncia? 2. Como levar o réu a júri, se ele não quiser comparecer, ou julgá-lo à revelia, quando o crime é inafiançável? É consequência da Resolução de 28 de novembro do ano passado. O que resta a fazer? não é possível prender o indiciado solto por ordem da Relação, e apesar de pronunciado, e por isso a Justiça pública não tem meio de obrigá-lo a comparecer ao julgamento. Mas poderá ele ser julgado à revelia? Parece que sim, salvas as duas hipóteses do art. 233 do Código do Processo, ausência fora do Império, ou em lugar não sabido. Deve-se proceder a julgamento não obstante a Relação declarar que o processo estava evidentemente nulo? Acredita que sim, fundamentado no Aviso de 4/2/1834. Que se o processo é nulo não se deve necessariamente proceder a novo processo, porque si o juiz que o formou não conhecer a nulidade, deverá continuar nos termos ulteriores, posto que solto o réu. Julgado em primeira instância, poderá a Relação anular o processo. Parecer do conselheiro consultor. “Desde o momento em que não comparece o réu torna-se desobediente e sujeito à prisão, não obstante a anterior ordem de soltura por *habeas-corpus*. A Seção concorda em que essa ordem de *habeas-corpus*, a seu ver abusiva, não extinguiu, não aniquilou a pronúncia confirmada em grau de recurso. Tais pronúncias são atos preliminares e preparatórios do julgamento definitivo, e não podem ser invigorados si não por este, ou pela perempção, quando admissível. Ela pois subsiste para este julgamento. Resolução: Compete aos Tribunais decidir este caso ocorrente e o Poder Legislativo a providência sobre a concessão de *habeas-corpus* aos réus pronunciados (*apud*. CORREA, id.: 1272). Em Consulta de 23/6/1866, a Seção de Justiça decidiu novamente sobre a concessão de *habeas-corpus* a um indivíduo pronunciado, da Comarca do Brejo. Foi reafirmada a doutrina das decisões anteriores e reforçada a necessidade de uma solução legislativa para o problema.

de 25/4/1868, admitiu o uso de *habeas-corpus* para paciente pronunciado em crime inafiançável.⁴⁴ Em resposta a esta decisão, o Ministério da Justiça reafirmou, em Aviso de 24/9/1868, a exclusão do *habeas-corpus* para réus presos em virtude de pronúncia, determinando que, enquanto outra doutrina não fosse adotada, os promotores de justiça deveriam defendê-la perante os tribunais, interpondo os recursos e meios legais.

A exclusão de *habeas-corpus* para réus já pronunciados recebeu sanção legal no art. 18 § 2.º da Reforma Judiciária de 1871. No debate parlamentar, aparecem as divergências entre liberais e conservadores a respeito do problema. Em 1869, o Ministro da Justiça, José Martiniano de Alencar, defendia a necessidade de reformar o *habeas-corpus* para fortalecer sua condição de guarda eficaz da segurança individual (*apud RMJ*, 1869). As disposições do Código do Processo não eram, no entanto, suficientemente claras, sendo necessário definir com a maior clareza o constrangimento ilegal, distinguindo aqueles casos de coação que por sua natureza tem a presunção da legitimidade. O constrangimento só deveria ser presumido legal, quando resultasse de uma sentença do Poder Judiciário, decorrendo que toda coação exercida pelo Poder Executivo no interesse da sociedade estaria sujeita ao *habeas-corpus*, necessitando a sanção daquele Poder. Mas, no sentido inverso, “toda a coação proveniente de um julgado, como seja a pronúncia; escapa ao *habeas-corpus*, pois é um ato judiciário, do qual há recursos também judiciários” (*id.*; *ibid.*: 124). Sua proposta de definição do constrangimento ilegal levava, pois, à extensão do *habeas-corpus* às prisões decretadas por autoridades administrativas, mas também, à exclusão legal do cabimento do *habeas-corpus* aos réus pronunciados ou condenados, decisões que tinham por si sós a presunção de legitimidade.⁴⁵

No debate na Câmara em 1870, José de Alencar apresentou alterações no *habeas-corpus* ao projeto do governo, que, até então,

44. A discussão está em *Revista Jurídica* de março de 1868, pp. 232-56.

45. Ele propunha também a adoção no país do *habeas-corpus ad faciendum et recipiendum*, por meio do qual se obtém a transferência da causa de um tribunal inferior para o tribunal superior, em virtude de uma suspeição ou de qualquer outra causa legítima e grave, dando-lhe a forma que tem em França: o recurso da avocação.

só continha uma disposição permitindo o pedido feito por estrangeiros. Na sessão da Câmara de 16/8/1870, José de Alencar reproduziu alguns de seus argumentos, opondo-se à proibição da prisão preventiva pela autoridade policial e defendendo o papel do *habeas-corpus* contra os excessos dessas autoridades (*apud ACD*, 1870, t. 5, v. 4: 215).

O centro do debate a respeito do *habeas-corpus* na Reforma Judiciária de 1871 iria ocorrer no Senado, a partir da apresentação do projeto modificado pelo Ministério da Justiça, no qual foram incluídas as propostas de alteração do *habeas-corpus* apresentadas por José de Alencar. Nabuco de Araújo discursou várias vezes opondo-se a essas modificações, sendo rebatido pelo Ministro da Justiça, Sayão Lobato.

O substitutivo apresentado pelo governo no Senado dispunha que, se o preso já tivesse sido pronunciado, somente caberia o *habeas-corpus* para ser apreciada a incompetência do juiz, sendo vedada a apreciação de outras nulidades processuais. Sayão Lobato justificava a exclusão do *habeas-corpus* para réus pronunciados pela sua “verdadeira natureza”, o seu caráter de recurso extraordinário, que deveria dar lugar aos recursos ordinários do processo. A possibilidade da injustiça dos julgados era uma fatalidade da justiça humana, e sua correção não seria obtida por meios expeditos como o *habeas-corpus*, pois a ordem e a regularidade nos procedimentos eram necessárias para a segurança jurídica e a ordem pública.

Sayão Lobato considerava que o *habeas-corpus* servia apenas para acabar com o “vexame” da prisão ilegal. O *habeas-corpus* era uma medida cujo fim natural era corrigir a ilegalidade da prisão, coibir o constrangimento ilegal, determinado por uma prisão arbitrária. Fora disso, sua aplicação não tinha cabimento, pois havia outros recursos, bem determinados em lei e regulamento. Para réus pronunciados, o único caso do seu cabimento era o da incompetência da autoridade, porque esse ato seria ilegítimo e nulo.

Sayão Lobato considerava natural que a pronúncia proferida por autoridade competente afastasse a ilegalidade da prisão: “não se concebe que possa ser declarada prisão ilegal a que manifestamente é prisão legal uma vez que o juiz competente a determinou em pronúncia. Aquilo que a autoridade competente no exercício de sua

jurisdição, executa no que toca ao julgamento que lhe pertence (e até certo ponto sempre é discricionário) pode ser injusto, nunca porém ilegal. É manifesto contra-senso converter o *habeas-corpus* em recurso extraordinário para reforma das sentenças da autoridade competente". Ele acreditava que nem na Inglaterra se permitia semelhante caso.⁴⁶

Quando um indivíduo estivesse preso por virtude de uma decisão de pronúncia do juiz competente, e enquanto subsistisse esse ato legal, cumpria "respeitá-lo e mantê-lo *si et in quantum*, assim como permanentemente aceita-se o caso julgado em última instância por terminante decisão, ou sentença definitiva, que se não tem sempre toda força moral, tem a legal para ser cumprida como a última expressão da autoridade judicial". O réu pronunciado pela autoridade competente, em juízo competente, estava regularmente detido, segundo a lei, e ninguém poderia escandalizar-se. O réu tinha os meios da lei de processo para se desagravar e pedir reparação de uma injustiça eventualmente sofrida. Esses meios eram os recursos competentes que não deveriam ser preteridos, "sem cair-se no tumultuário, por qualquer outro meio violento e excepcional".⁴⁷

A injustiça da decisão da autoridade competente não poderia ser corrigida senão pelos trâmites ordinários, pois era necessária "profunda indagação e andamento regular dos recursos próprios". Para corrigir a pronúncia "... há outros recursos; outras investigações são necessárias ...e não a repentina concessão de *habeas-corpus*, que só pode facultar-se, quando a ilegalidade é manifesta..., sem que haja procedimento legítimo que explique, justifique ou ao menos possa fazer presumir a prisão como regular..." (*apud* BRUNO, id.: 249-62).

Sayão Lobato afirmava, enfim, que a extensão do *habeas-corpus* defendida pelos liberais iria armar as autoridades superiores "de um meio excessivo e prejudicial", que não apenas perturbaria, como também iria "desmoralizar, tornar impossível a regular administra-

46. Sayão Lobato, discurso no Senado em 21/6/ 1871 (*apud* AS, 1871, T. 5).

47. Sayão Lobato, discurso no Senado em 21/6/1871. Ver também o seu discurso de 1.º/8/1871 e o discurso do Visconde do Rio Branco no Senado, em 3/8/1871 (*apud* AS, id.).

ção da justiça” Ele afirmava que o projeto dava “todo o possível elastério” ao *habeas-corpus*, que era constituído como garantia “em toda sua extensão”. Este deveria ter a sua “natural limitação para que não se convertesse em causa prejudicial, em meio de danar o procedimento da autoridade competente encarregada da formação da culpa, desmoralizando-lhe o ato que, legal e competentemente praticou”. Essa autoridade não podia estar sujeita “à arbitrária decisão de qualquer juiz, ainda o mais superior”, fora dos casos de interposição regular de recurso.⁴⁸

Os liberais criticaram a restrição ao *habeas-corpus* para réus pronunciados criada pelo projeto do governo, já que esta norma possibilitava prisões arbitrárias, pois ocorriam nas províncias “julgamentos quase clandestinos sem que o réu tomasse ciência a não ser quando deles já não havia condições de recurso ou apelação” (Senador Pompeu, *apud* LEITE, 1982: 69). A norma também era contrária a julgados do STJ, que concedera a soltura a presos pronunciados e até a réus condenados.

Silveira da Motta considerava a reforma uma mistificação, um logro, pois as garantias do Código eram mais largas do que as do projeto de reforma apresentado pelo governo. Na fala do trono,

48. “Senhores, onde a segurança e regularidade do procedimento do juiz criminal desde que se der essa extensão ao emprego do *habeas-corpus*, transtornado em meio de prejudicar e baralhar todo o processo? E na lei do processo, não está pautado o modo e método regular, uniforme, com que ele deve ser instaurado e progredir? Pode-se admitir que o juiz superior, deferindo a uma petição da parte, delibere discricionariamente e contradiga a obra do juiz competente encarregado da formação da culpa e que legalmente procedeu, e convenceu-se de que pelo menos havia indícios veementes contra o indivíduo que pronunciou, e que deveria ser obrigado a prisão e livramento? ...Como, sem transtornar a ordem do processo e nulificar a mesma autoridade processante, se poderá admitir a faculdade arbitrária da concessão do *habeas-corpus*, em contradição do legal despacho de pronúncia proferido pela mesma autoridade judiciária competente? Não é a simples soltura do preso, porém ainda a reprovação e condenação do procedimento da autoridade competente que legalmente processou. Se a sua decisão foi menos justa há recursos ordinários, há juiz superior que, tomando conhecimento, por via do recurso próprio, deve corrigir e decidir: nunca, porém, em caso tal de manifesta legalidade pode caber a interferência da extraordinária decisão superior, tão somente admissível e legítima contra a prisão ilegal...” (Sayão Lobato, discurso de 21/6/1871, *apud* AS, id.).

foram prometidas grandes reformas para defesa da liberdade individual, como, por exemplo, estabelecer-se garantias novas do *habeas-corpus*. Assim, o anteprojeto da Câmara foi neste sentido, estendendo o *habeas-corpus* a todos os casos em que houvesse pronúncia, com o que tornar-se-ia um recurso da decisão da autoridade processante para a autoridade superior. Neste caso, a sua exclusão não importava nenhuma restrição porque já existia o recurso da decisão da pronúncia, que seria facilitado pelo *habeas-corpus*.⁴⁹

Para Nabuco de Araújo, a exclusão da concessão do *habeas-corpus* para réus pronunciados era, na prática, a inutilização da garantia do *habeas-corpus*, pois significava: “Juiz formador de culpa, apressai a pronúncia, e para logo ficará consumada a violência.” Além disso, havia outras nulidades no processo criminal equivalentes à incompetência do juiz, como, por exemplo, a pronúncia do réu por um fato não criminoso. Para ele, Sayão Lobato confundia injustiça com nulidade, isto é, a matéria com a forma: “ninguém quer que o *habeas-corpus* seja concedido por injusta pronúncia: por errada apreciação das provas, pela falta de provas, mas no caso de nulidades, e de certo a única nulidade substancial de um processo não é a da incompetência do juiz; queremos que seja mantida a disposição da lei atual e seja aplicável o *habeas-corpus* quando o processo é evidentemente nulo”. O *habeas-corpus* não causava transtorno da ordem processual, porque o processo seguia seu curso. A legislação inglesa não podia ser assemelhada à nossa, porque lá o processo era acusatório, e não informatório como o nosso; lá não havia a pronúncia, porque o processo era preparado pelo juiz de paz e remetido para o júri. Mas o *habeas-corpus* era concedido se fosse expedido um mandado de prisão contra um réu por um ato que a lei não pune.⁵⁰

Neste debate, vemos novamente o sentido diverso atribuído ao *habeas-corpus* pelos conservadores e pelos liberais. Para os conservadores, enquanto recurso extraordinário, o cabimento do *habeas-*

49. Silveira da Motta propunha também que o *habeas-corpus* pudesse ser usado para a prisão em lugar indevido, como na Inglaterra.

50. Nabuco de Araújo, Discurso no Senado, em 22 /7/1871 (*apud* AS. id.).

corpus seria exclusivo dos demais recursos, isto é, não poderia ser utilizado quando houvesse à disposição do réu algum recurso ordinário. A finalidade estrita atribuída ao *habeas-corpus* – recurso contra prisões ilegais – tinha duplo aspecto: garantir a liberdade individual, mas também satisfazer o público a respeito da ação arbitrária das autoridades. No entanto, caso o ato da autoridade coatora respeitasse os requisitos formais de regularidade, a argüição de ilegalidade era por definição excluída, dada a presunção de validade do ato. O objetivo social comum, o bem público proporcionado pela ordem legal, justificava a limitação do alcance do *habeas-corpus*, que, enquanto um instituto extraordinário, seria expeditivo e tumultuário e, portanto, teria efeitos negativos para a segurança jurídica, proporcionada pelo processo criminal.

Para os liberais, a ampla aplicabilidade do *habeas-corpus* era uma decorrência da garantia da liberdade individual pela via judicial, contra atos dos representantes do poder político. O *habeas-corpus* tinha a finalidade de garantir a liberdade individual, de maneira simples e rápida, contra atos ilegais da autoridade e, neste sentido, era um recurso extraordinário que podia ser utilizado em qualquer momento do processo criminal, se a autoridade, policial ou judicial, não respeitasse a legalidade.

Com a Reforma Judiciária, deu-se a polêmica sobre se o art. 18 § 2.º da Lei de 1871 teria derogado ou limitado o alcance do § 3.º do art. 353 do Código de Processo Criminal, que se referia à hipótese de *habeas-corpus* no caso de nulidade do processo. Para Oliveira Machado, depois da Reforma de 1871 o *habeas-corpus* para réus pronunciados somente caberia sob o fundamento de incompetência da autoridade.⁵¹ Paula Pessoa considerava que o art. 353 § 3.º não fora revogado (PESSOA, id.: 291, n. 1739).

51. “Desde que há despacho de pronúncia por autoridade *competente* não é mais possível o *habeas-corpus*. A razão é óbvia. A pronúncia tem, senão todos, ao menos, grande parte dos atributos de uma sentença. A sentença leva consigo a presunção de verdade, e a forma exterior de toda legalidade. Enquanto não é desfeita pelos meios regulares que, no crime, não são senão a reforma pelo juiz de direito, mediante recurso voluntário ou necessário, segundo a espécie de comarca, pela Relação mediante apelações ou pelo STJ mediante revista, ela prevalece em toda plenitude. O *habeas-corpus* só cabe no caso em que o juiz é manifestamente

A jurisprudência adotou a exclusão do *habeas-corpus* para réus pronunciados. “Não reputa-se sofrer constrangimento ilegal para ser solto por *habeas-corpus* o indivíduo pronunciado, que alega ter a relação, em crime, processado de modo idêntico ao que lhe imputam, anulado o respectivo processo por incompetência. Do despacho que nega soltura por *habeas-corpus* não cabe recurso algum. O juiz de Januária negou o pedido em 10/4/1882, e a Relação de Ouro Preto não tomou conhecimento, só cabendo ao paciente interpor um novo pedido ao tribunal ou ao STJ”.⁵² Admitiu-se apenas o *habeas-corpus* para réus pronunciados por autoridade incompetentes,⁵³ mas para outros tipos de nulidade, alegados por réus pronunciados.⁵⁴ Na República, foi mantida a exclusão do *habeas-corpus* para réus pronunciados na legislação processual. Mas, com a passagem do *habeas-corpus* a garantia constitucional, a ordem de soltura foi concedida em vários casos.

incompetente para a proferi-la. Se ao juiz processante pode ser oposta, com evidente fundamento, ou imediata prova, a *declinatoria fori*, já por não ter competência de direito, como no caso do crime de responsabilidade, e já por não tê-la de fato, como no caso de não ser nem do foro do delito, nem do foro do réu, fica livre o recurso. A razão é porque a incompetência é a nulidade por excelência. Sem a competência, elemento capital do juízo, o processo é como se não existisse.” (MACHADO, 1878: 123 §§ 87-8)

52. *Apud O Direito*, v. 29: 436. O *habeas-corpus* “não tem lugar quando o réu, absolvido pelo júri, foi pronunciado em crime inafiançável, e está pendente a apelação interposta pelo juiz *ex-officio*”. *Habeas-corpus* n. 471, negado pela Relação da Corte, por unanimidade; decisão de 8/10/1886, paciente: Bruno Moreira da Silva (*apud O Direito*, v. 41: 478).

53. A Relação de Fortaleza decidiu em Ac. de 24/12/1875 que sofria constrangimento ilegal o que era pronunciado por autoridade incompetente. No mesmo sentido, decidiu a Relação de Porto Alegre, em 29/4/1876 (cf. PESSOA, V., *id.*).

54. Acórdão da Relação da Corte de 9/6/1874, *apud* PESSOA, V., *id.* : 275, n. 1667. A Relação da Corte decidiu unanimemente no mesmo sentido no Ac. n. 52, de 26 /9/1876, e também a Relação de São Paulo, Acórdão n. 104 de 18/12/1875 (*id.*, *ibid.*). Outra questão envolvida neste debate seria a concessão de *habeas-corpus* a réus pronunciados, porém não julgados. Segundo Sayão Lobato, havia na Corte presos pronunciados havia dez meses, sem julgamento; depois da sessão do júri, permaneciam ainda 99 réus presos à espera do julgamento (*apud* Mendes Jr., v. 1, 369 ss.).

5.4. Para réus condenados

O Conselho de Estado pleno decidiu em 19/6/1856 sobre um caso em que foi concedida ordem de soltura concedida réu condenado. Tratava-se de dúvida proposta pelo juiz de direito de Ilhéus a respeito de uma decisão da Relação da Bahia, que concedera a ordem, com o fundamento de estar o processo evidentemente nulo, a um réu condenado por calúnias verbais pelo juiz municipal, cuja decisão fora confirmada em apelação por aquele juiz de direito. Ele duvidava que a Relação pudesse reformar ou inutilizar uma sentença proferida em última instância pelo juiz competente, pois, se a sua sentença era irrevogável, o acórdão de soltura parecia estar “em oposição com o espírito da legislação vigente”. A Constituição não permitia mais do que segunda e última instância e o art. 89 da Lei de 1841 negava a revista, pelo STJ, da sentença proferida pelo juiz de direito em grau de apelação. O condenado somente poderia requerer a graça outorgada pelo art. 101 § 8.º da Constituição. Ora, para conceder a ordem de *habeas-corpus* era competente o juiz superior ao que decretara a prisão, “e como superior se entende aquele Juiz, que conhece dos atos de outro juiz, podendo-os revogar, anular ou responsabilizar”. No caso, não havia juiz ou tribunal superior ao juiz de direito, porque nenhum tribunal poderia conhecer e reformar a sentença que prolatou em segunda instância e, por isso, a Relação não poderia conceder a ordem de *habeas-corpus*, visto que se constituiria uma terceira instância. Assim, se a Relação não podia conhecer por apelação da sentença proferida pelo juiz de direito, não podia nulificá-la por ordem de *habeas-corpus* (*apud* RODRIGUES, 1978: 400-24).

O Presidente interino da Relação da Bahia, João José de Oliveira Junqueira, declarava que a Relação estava em seu direito, firmando-se nas expressões do art. 353 § 3.º do Código do Processo. O Cons. Procurador da Coroa da Relação da Corte opinava em sentido contrário, argumentando que eram distintas as idéias de processo e de sentença ou julgamento. O dispositivo se referia a processo, e ele tomara por processo o que era um julgamento definitivo confirmado por outro julgamento em grau de apelação, do qual nenhum recurso era permitido. O paciente não estava preso em

virtude de processo e por força de ato interlocutório, mas “por efeito e em execução de sentença definitiva proferida em última instância, que pôs fim a esse processo, do qual, bem como dessa própria sentença, era absolutamente vedado todo o conhecimento para declará-lo válido ou nulo” (Id.; *ibid.*: 418-9).

A Seção de Justiça, formada por Eusébio de Queiroz, Visc. de Maranguape e Marquês de Abrantes, concordava com o parecer do Conselheiro Procurador da Coroa. “Não há justiça possível, se não houver certeza nos julgados. A Lei deve procurar todas as garantias do acerto antes de fazer irrevogáveis as decisões dos Juizes e Tribunais; mas é indispensável que se chegue a um termo, no qual a autoridade do caso julgado estabeleça sobre bases sólidas e inalteráveis a certeza dos direitos. Se pela possibilidade de um erro ou injustiça, sujeitarmos as decisões a recursos intermináveis, nem assim obteremos a certeza de acertar, porque a última decisão pode ser menos justa do que a primeira, e porque na hipótese figurada as decisões justas ficam sujeitas à revogação como as injustas.” Por isso, na maior parte dos países civilizados, as instâncias eram limitadas a duas, princípio consagrado pela Constituição. Proferida a decisão final em segunda instância, havia somente a revista para os casos de nulidade manifesta, ou injustiça notória. Mas se esta não foi utilizada, ou foi negada pelo STJ, a sentença era irrevogável, e “qualquer que seja a superioridade hierárquica de um Juiz ou Tribunal com relação ao que proferiu a sentença, carece de jurisdição para reformá-la ou declará-la nula” (Melo Freire, *liv. 4.º*, T. 21, § 14). Essa doutrina era fundada em leis expressas do Direito Romano e, num país livre, seria “admirável” a existência de uma doutrina oposta à autoridade do caso julgado. Pelo contrário, esta autoridade se achava expressamente consagrada pelo art. 179 § 12 da Constituição e desde que a sentença se tornava irrevogável o processo era findo.

No caso, o “juiz de direito proferiu uma sentença final em última instância, que não era embargável, nem admitia revista. Era uma sentença irrevogável, e pô-la em questão era “reviver o processo findo e ferir assim o § 12 do art. 179 da Constituição; é atacar a autoridade do caso julgado, é ferir um dos princípios cardeais da Jurisprudência ... A consequência de declarar um processo nulo

é admitir-se nova ação. Teríamos um réu acusado pela segunda vez por um crime a respeito do qual já fora proferida sentença, que as leis qualificavam irrevogável”.

Para a Seção, as palavras do art. 353 § 3.º do Código do Processo “quando o processo estiver evidentemente nulo” deveriam ser entendidas em termos hábeis, para não produzir consequências absurdas, referindo-se a “processos pendentes de discussão, e não aos já decididos irrevogavelmente pelos juízes competentes”. A Seção concordava nos demais pontos com o parecer do Cons. Procurador da Coroa e recomendava que, para prevenir fatos como esse, seria conveniente solicitar ao Poder Legislativo uma declaração que pusesse termo a tais dúvidas (id.; *ibid.*).⁵⁵

O Conselho de Estado pleno aprovou a primeira parte do parecer, que considerava ilegal a decisão da Relação, mas não a responsabilização dos desembargadores, nem a recomendação de encaminhar ao Legislativo projeto de lei atribuindo ao STJ a tomada de assentos para a interpretação doutrinária da lei.⁵⁶ Apenas Maranguape, que também votou com o parecer, colocou algumas dúvidas a respeito da possibilidade de concessão do *habeas-corpus* para réus condenados, sob o fundamento de nulidade, à vista da redação genérica do art. 353 § 3.º do Código do Processo.

Abaeté lembrava que a Relação da Corte concedera em 1844 uma ordem de *habeas-corpus* em caso idêntico, de processo nulo, motivado por ódios políticos. Ele pensava que uma tal doutrina não podia sustentar-se, acrescentando uma restrição adicional àquelas

55. A Seção também sugeria, para evitar os inconvenientes das contradições nos julgados, uma “medida legislativa que autorizasse o Governo a consultar sobre as dúvidas suscitadas no foro, o STJ e os diferentes tribunais de 2.ª instância, e quando os votos da maioria fossem conformes, estabelecer uma interpretação com a força dos antigos assentos da Casa de Suplicação”. Sugeria que, em casos urgentes, o Governo fosse autorizado a deliberar com consulta ao Supremo Tribunal, e à Relação da Corte. No Conselho de Estado houve interessante discussão sobre a adoção de assentos pelo STJ, o que ocorreu em 1875, mas não chegou a ser posto em prática.

56. Votaram Marquês de Olinda, Marques de Abrantes, Marques de Monte Alegre, Visconde de Maranguape, Visc. de Albuquerque, Visconde de Abaeté, Visc. de Sapucaí, Cons. Alvim, Visc. de Itaboraí, Cons. Santos Barreto, Cons. Coutinho.

postas pela Seção, pois pensava que a palavra processo, usada no § 3.º do art. 353, referia-se ao processo da formação da culpa; já que este era o significado do § 2.º do mesmo artigo, que tratava da ilegalidade da prisão do réu que estivesse na cadeia sem ser processado por mais tempo do que marca a lei. “A palavra ‘processo’ neste parágrafo significa o que se deve instaurar para a formação da culpa.... A mesma palavra – processo – não pode no § 3.º do mesmo artigo, conforme as regras de hermenêutica, ter uma significação diversa ou mais ampla, e assim ...também se refere ao processo de formação da culpa, podendo o pronunciado ser solto por ordem de *habeas-corpus*, se o dito processo de formação da culpa for evidentemente nulo” (*apud* RODRIGUES, J.H., 1978: 400-24).

Em 1866, a Relação de Pernambuco concedeu *habeas-corpus* a um réu, que já fora condenado em segunda instância e já estava cumprindo sentença. O Presidente da Província e a Secretaria de Estado consideraram a decisão ilegal, levando-a à Seção de Justiça do Conselho de Estado. José M. de Alencar, Conselheiro Consultor da Seção, deu o parecer seguinte: “A sentença definitiva é legal enquanto por via de recurso não for revogada, a prisão proveniente dela tem a mesma natureza. Que não pode haver recurso de *habeas-corpus* por semelhante prisão, é claro como a luz meridiana. A Lei não deixa a menor dúvida, a decisão da Relação é ilegal, não deve ser cumprida, porém ao executivo não cabe emitir opinião sobre as decisão dos tribunais.” A Seção de Justiça, formada por Pimenta Bueno, Uruguai e Jequitinhonha, concordava com o parecer do Consultor e tomou a Resolução de 1.º/6/1866, condenando a decisão da Relação: “...o recurso do *habeas-corpus*, como em todos os países se tem entendido, como resulta do estudo e combinação dos preceitos do direito criminal, da teoria e prática das Leis, que devem ser observadas em harmonia umas com as outras, e não em contradição e hostilidade, só tem lugar durante a iniciação e curso do respectivo processo; e nunca depois que uma sentença em última instância, ou passada em julgado, tem firmado a decisão, aplicado e constituído o direito, ou pena”. Este era um preceito das nossas leis (art. 179 § 12, da Constituição; art. 6.º da Lei de 1828), e dos princípios gerais do direito “que ensinam o que é uma sentença passada em julgado, ou o valor irrecusável da coisa julgada, salvo a revisão extraordinária,

quando a Lei do país a permite. A Relação de Pernambuco atropelou todas as normas ...e erigiu o princípio anormal, e ameaçador para a segurança dos indivíduos e da sociedade, que qualquer réu pode ser tirado das galés, livrado da pena última, e ainda mais de qualquer outra menor por uma ordem de *habeas-corpus* sua!”⁵⁷

Oliveira Machado considerava que o *habeas-corpus* a réus condenados era cabível apenas nos casos de nulidade por incompetência. “Antes da reforma os juízes de direito não tinham limites para conceder o *habeas-corpus* nestes casos, por nulidade de fórmulas a réus condenados a galés, ou que já cumpriam sentença na penitenciária”. Estes arestos eram “manifestamente infensos à autoridade dos julgados, equivalentes à lei, a verdade irretratável, ... constituíam abuso anti-constitucional, revivendo processos findos ou delito digno da mais severa repressão”. As Resoluções Imperiais de 25/5 e 1.º/6 de 1866 tinham restringido estes abusos, os quais foram definitivamente coibidos pelo art. 18 § 2.º da Reforma Judiciária (MACHADO, id.).

Os tribunais decidiram nesse mesmo sentido. Em decisão de 1880, o STJ considerou que não deveria ser conhecido o *habeas-corpus* pedido sob o fundamento de nulidade de processo para réu condenado. “Ao condenado em processo de crime de injúrias não pode-se conceder *habeas-corpus*, sob o fundamento de nulidade do processo.” Na petição, o paciente Vicente José Ramos sustentava que o *habeas-corpus* podia caber mesmo depois da decisão condenatória. No caso de crime de injúria, a primeira instância era o juiz municipal, e a segunda, o juiz de direito. O paciente argumentava que havia conluio entre ambos na localidade. A Relação de Porto Alegre concedeu *habeas-corpus* noutro processo, que tinha sentença em grau de apelação, sob o fundamento de nulidade. O STJ, no entanto, em 15/12/1880, reformou a decisão considerando não ser o caso de *habeas-corpus*.⁵⁸

57. *Apud* CE-SJ, v. II: 1278-80; PESSOA, V., id. : 278, n. 1678. A Resolução afirmava o respeito do governo à independência do Poder Judiciário, mas também a necessidade de responsabilizar de forma mais estrita os juízes que decidiam contra as leis.

58. *Apud* O Direito, v. 25: 282-4. A Relação da Corte, em Acórdão de 8 /4/1873, não mandou soltar por *habeas-corpus* a um indivíduo ilegalmente

Para réus condenados, os tribunais consideravam que cabia o *habeas-corpus* em virtude do cumprimento do tempo da condenação, pois havia cessado o motivo da prisão, hipótese prevista no art. 353 § 5.º do Código do Processo. O *habeas-corpus* também foi concedido em casos que envolviam o exame das condições de execução da pena.⁵⁹ A Relação de São Paulo em Acórdão n. 7, de 9/7/1875, decidiu que “o condenado à pena de um ano de galés, cuja substituição foi ordenada pela de prisão com trabalho, tendo sido retirado em prisão simples por mais de um ano, havendo penitenciária no lugar, deve ser solto por *habeas-corpus*, em razão de ser ilegal a sua prisão”.⁶⁰

condenado pela Lei revogada de 26 /10/1831, em razão do que se dispõe no § 2.º do art. 18 da Lei de 20/9/1871; porém mandou fazer efetiva a responsabilidade, tanto do juiz de Direito como do Juiz Municipal” (PESSOA, V., id.: 279, n. 1684). A Relação de Mato Grosso, decidia no mesmo sentido em 8/6/1880. “Ao réu condenado e preso, cujo processo foi anulado, mandando-se submetê-lo a novo julgamento não se concede *habeas-corpus*, posto que já tenha estado na cadeia o tempo da pena imposta pela sentença anulada. Na espécie é inadmissível o *habeas-corpus*, e mesmo com a anulação da sentença mantém-se o despacho de pronúncia.” (*O Direito*, v. 25: 298).

59. Nesta situação, não eram determinantes os argumentos da exclusão do *habeas-corpus*, quando era necessário julgar questões complexas. Para explicar a concessão de soltura por *habeas-corpus* para réus que já cumpriram a pena é sugestiva a hipótese de que, para a decisão, eram menos relevantes considerações sobre os efeitos da decisão para as práticas a-legais de controle social.

60. *Apud* PESSOA, V., id.: 279-80, n. 1684. “Considera-se cumprida a pena de galés, desde que se acha provado que o réu trouxe ferro aos pés durante o tempo da condenação, ainda mesmo que, por fato independente da sua vontade, ele não tenha sido remetido para Fernando de Noronha, como determina a sentença.” (Ac. da Relação de Fortaleza, de 17/1/1877). Em 1885, a Relação do Recife concedeu *habeas-corpus* a um réu preso em Fernando de Noronha que já cumprira o tempo da pena, em decisão que examinava os requisitos da execução da pena (*O Direito*, v. 38: 402). Outra ordem de soltura por *habeas-corpus* foi concedida a réu que estava preso pelo tempo da pena que lhe foi imposta, mesmo que a sentença condenatória ainda dependesse de apelação. O réu fora condenado a um ano de prisão simples e multa correspondente à metade do tempo, mas estava preso há mais de dois anos, já tendo, pois, cumprido a pena. A pendência de apelação não era obstáculo, porque esta não tinha efeito suspensivo e a concessão do *habeas-corpus* não obstava qualquer procedimento judicial posterior contra ele. Dec. de 29/7/1887, do juiz de direito de Cantagalo, Ernesto Pinto Lobão Cedro, confirmado pela Relação da Corte em 9/8/1887 (*O Direito*, v. 44, 1887: 54).

5.5. O *habeas-corpus* e outros recursos criminais

O argumento dos conservadores era que, com a Lei de 1841, o *habeas-corpus* passou a ser um recurso em sentido estrito, que só poderia ser apresentado para a autoridade superior, que era exclusivo de outros recursos, pois haveria apenas um para cada ato, e não poderia ser apresentado mais de uma vez. Como recurso, o *habeas-corpus* era extraordinário, destinando-se a casos estritamente definidos, as prisões ilegais; a ele deveriam ser preferidos os recursos ordinários; se estes fossem recusados, aquele não poderia ser utilizado, mesmo que houvesse claros indícios de ilegalidade da detenção. Na Inglaterra, prevalecia o entendimento que, se não houvesse outros recursos disponíveis ao réu, o *habeas corpus* deveria ser sempre concedido.

Nestas decisões, foi recusado o *habeas-corpus* em virtude da existência de outros recursos criminais. “Aquele que é preso, por aplicação mal entendida e evidentemente vexatória da Lei que protege a causa do cidadão, já tendo usado dos recursos ordinários, não pode, na falta de provimento deles, gozar do benefício do *habeas-corpus*.”⁶¹ “1.º Não tem a seu favor *habeas-corpus* o que está preso por indiciado em crime de morte sem culpa formada. 2.º A autoridade policial pode então *prender*, ainda não sendo em flagrante e não precedendo requisição da autoridade formadora da culpa. 3.º E o paciente deve ser conservado na prisão, embora por mais de dois meses, sem ser processado e sem haver ao menos denúncia contra ele; 4.º Basta, para justificar tal prisão que o Paciente haja recebido *nota da culpa* da autoridade *policial*. 5.º. O que cumpre é tornar efetiva a responsabilidade contra quem de Direito for, pela demora do processo; mas o paciente fica preso até que estes atos hajam de recomençar.” “O *habeas-corpus* não cabe quando, embora julgada improcedente na 1ª instância a acusação por crime de homicídio involuntário, está pendente a apelação interposta *ex-officio*, na forma da lei.” Decisão da Relação da Corte, de 2/4/1886.⁶²

61. Revisão do STJ de 11/8/1877, *apud* PESSOA, V., id.: 281, n. 1705; *Gazeta Jurídica*, Vol. XVI, p. 541.

62. *Apud* *Gazeta Jurídica*, vol. XIV: 534 e *O Direito*, v. 40.

Admitiu-se o cabimento do *habeas-corpus* quando, negado o pedido de fiança ao réu preso por crime afiançável, quisesse o réu prestá-la. Objetava-se que, neste caso, o *habeas-corpus* só era cabível no Código do Processo, mas, com a vigência da Lei de 1841, art. 69 § 4.º, que o converteu em recurso no sentido estrito, a hipótese deixou de subsistir, visto que não podia haver dois recursos contra um só ato. Oliveira Machado admitia o *habeas-corpus*, afirmando que esta era a opinião dos autores e assim era julgado nas Relações,⁶³ que aceitavam o pedido de fiança por meio de *habeas-corpus*, embora o réu não tivesse utilizado em tempo o recurso especial da denegação da fiança pela autoridade.⁶⁴ Outra questão era a dos efeitos da apelação à Relação do veredicto do júri, a qual tinha efeito suspensivo sobre a absolvição, com que o réu só seria solto quando a decisão fosse confirmada pela Relação, não cabendo o *habeas-corpus*.⁶⁵

6. RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE COATORA

A responsabilização da autoridade coatora era uma das consequências legais da concessão da ordem de soltura por *habeas-corpus*. A prisão ilegal era crime, segundo os arts. 181 e seguintes do Código Criminal; e o art. 345 do Código de Processo determinava que

63. Para ele, segundo os art. 175 do Código do Processo e 29 da Lei 2033 não era possível a prisão preventiva em crimes afiançáveis. Pelo art. 33 desta reforma, não poderia o réu ser recolhido à prisão, se quisesse prestar perante qualquer autoridade fiança provisória pela quantia fixada no mandado, aliás inexecutível, se não contivesse a declaração do valor. A fiança podia ser prestada a qualquer tempo, enquanto não passasse em julgado a condenação. Então os acusados em crimes afiançáveis estão cercados de certas garantias, que os abrigavam contra qualquer tentativa de prisão violenta ou precipitada. Além do *habeas-corpus*, existia o recurso estrito em fiança, mas este era lento e dispendioso, e aquele, expedito e cômodo (MACHADO, id.: 154 §§ 108 e 109).

64. Ac. da Relação de São Paulo, n. 17, de 14/3/1876, *apud* PESSOA, V., id.: 280, n. 1694.

65. “Não tem lugar o *habeas-corpus* quando o réu, absolvido pelo júri, foi pronunciado em crime inafiançável, e está pendente a apelação interposta pelo juiz *ex-officio*” Negado, Relação da Corte, pac.: Bruno da Silva, 8/10/1886 (*O Direito*, v. 41, 1886, 478).

deveria ser incluído na ordem de *habeas-corpus* um mandado de prisão do coator, se o juiz verificasse que este era o caso. A responsabilidade da autoridade coatora era também determinada pelo art. 18 § 3.º, da Lei n. 2.033 de 1871.

Em alguns dos casos citados acima, a autoridade superior mandou que a autoridade inferior instaurasse processo para responsabilizar a autoridade coatora, por atraso na formação da culpa ou outra ilegalidade da detenção. Não podemos afirmar se a responsabilidade foi tornada efetiva, mas os contemporâneos consideravam letra morta os dispositivos legais sobre o assunto. O Senador Silveira da Motta, em discurso de 27 de julho de 1871, criticava que as concessões de *habeas-corpus* pelas Relações e STJ não resultassem em responsabilidade criminal, nem mesmo o pagamento da indenização pecuniária (AS, 1871, v. 5). Para Oliveira Machado, o art. 18 § 3.º era inexecutável, “porque se a idéia de ilegalidade da prisão implica em crime, toda ordem de *habeas-corpus* levará consigo o mandado de prisão contra o culpado, ou nenhuma levará”.

Na jurisprudência, a presunção de legalidade e boa-fé era adotada para deixar de responsabilizar a autoridade coatora. “Concede-se *habeas-corpus* a quem foi preso, em razão de crime cometido *aliunde*, sem todavia constar que houvesse requisição alguma da autoridade formadora da culpa, ou ser notória a expedição de ordem regular para a captura.” O paciente Anastácio Umbelino de Souza estava detido havia mais de 20 dias pelo delegado de Maracás, sob a acusação de ter participado de um conflito que se deu na vila do Curralinho, a mais de 180 quilômetros dali, sem requisição de prisão, nem notoriedade da expedição da ordem de prisão. O juiz de direito Aristides Milton concedeu a ordem, mas não responsabilizou o delegado, considerando “não ter sido o procedimento do delegado de polícia ditado pelo propósito de abusar de sua autoridade, ou ânimo de violar a lei; e antes foi filho de um defeito de apreciação, explicável tanto por excesso de zelo, como pela dolorosa e pungente impressão, que a todos causou a notícia deste sanguinolento conflito”. A Relação da Bahia confirmou a decisão em 5/4/1881 (*O Direito*, v. 26: 551).

A presunção de legalidade dos atos da autoridade só seria derrubada se houvessem contestações fundadas e provas da prática

de crime. A autoridade coatora somente seria condenada em processo de responsabilidade se fosse provado o seu dolo; se não fosse esse o caso, sua conduta seria julgada meramente irregular e favorecida pela presunção de boa-fé. Um julgamento diferente seria considerado incompatível com suas atribuições discricionárias de deter indivíduos suspeitos. Aqui encontra-se um aspecto central da “adaptação” do *habeas-corpus* pela prática judicial do país. A oposição entre o dispositivo legal relativo à responsabilidade da autoridade coatora e os que possibilitavam práticas policiais arbitrárias foi resolvida pela permissão destas e pela não aplicação daquele, sendo neutralizado o efeito potencialmente legalizador do *habeas-corpus* sobre a atividade policial, pela responsabilização dos seus agentes pela coação ilegal sobre a liberdade dos indivíduos.

A não responsabilização da autoridade coatora foi uma das características do *habeas-corpus* no Brasil, no período imperial como no republicano.

7. CONCLUSÃO

As condições da prática do *habeas-corpus* na sociedade escravista brasileira do século XIX moldaram algumas de suas características. Houve importantes dissensos já na sua definição, se garantia ou recurso e, neste caso, se extraordinário, ordinário ou especial. Na lei, nos debates jurídicos e em decisões judiciais foi delimitado o seu campo de aplicação, seus efeitos e suas relações com outros dispositivos legais e com as práticas de controle social.

A prática judicial do *habeas-corpus* no Segundo Reinado deixou de desenvolver três importantes funções atribuídas pelos juristas ingleses ao *habeas corpus* no seu país: 1. a responsabilidade da autoridade coatora: em virtude da presunção da validade dos atos da autoridade coatora, uma vez constatada a ilegalidade, era argumentado que não se tratava de má-fé, mas de um erro, de um efeito das circunstâncias, ou quando muito de um excesso de zelo da autoridade. 2. a garantia de um processo rápido para o réu preso, pois, embora os casos de *habeas-corpus* por este motivo fossem uma parte importante do total de pedidos, as autoridades judiciais

deixavam muitas vezes de conceder a soltura a réus presos por longo tempo, a partir da simples justificativa da autoridade coatora do atraso por excesso de serviço ou por impedimento de preparação do processo. 3. a supervisão pelos juízes da integridade física dos detidos, pelo exame material das circunstâncias da prisão e das condições da prisão, porque o pedido de informações foi desviado do carcereiro para a autoridade responsável pela detenção e dispensada a apresentação imediata do paciente. Além disso, os juízes aceitavam a resposta formal dessa autoridade, sem examinar as circunstâncias materiais da detenção, nem o estado do paciente. Outra razão foi a não admissão do *habeas-corpus* para réus condenados, deixando-se de examinar as condições das prisões. Enfim, porque o instituto foi utilizado majoritariamente como recurso criminal, deixando de incidir sobre os demais tipos de detenção, que eram as mais importantes para o controle social, em virtude do uso generalizado das prisões como depósitos de suspeitos, de escravos fugidos, de vadios e de indesejáveis.

O *habeas-corpus* também teve limitado o seu papel mais difuso de formalização das relações de autoridade a partir do controle da legalidade das práticas coativas, tanto das autoridades estatais, como nas relações sociais. Essa limitação do instituto ocorreu, entre outras razões, pelo princípio, caro aos conservadores brasileiros, da presunção da legalidade dos atos das autoridades públicas, que excluía o *habeas-corpus* para réus já pronunciados e condenados.

Esses resultados não são surpreendentes, pois as regras concretas de utilização do *habeas-corpus* traduzem a articulação entre a prática judicial, as práticas a-legais de controle social e a estrutura da sociedade escravista brasileira. A estrutura social colocava de forma permanente o problema do controle da mobilidade física dos pobres livres e dos escravos e, pois, nela era central a prática, pelas autoridades públicas, da efetiva ou virtual detenção a-legal desses indivíduos. Naquela sociedade, esses indivíduos não eram integrados à ordem jurídica e política enquanto cidadãos, mas subordinados por mecanismos de violência explícita e/ou do favor. Nas condições institucionais do Poder Judiciário, a prática dos magistrados era predominantemente prudencial, adequando as leis às condições e situações concretas.

Nos debates entre liberais e conservadores, vimos suas diferenças em relação ao *habeas-corpus*, que não se resumiam aos aspectos técnico-jurídicos, mas tinham consequências para as práticas sociais, para a integração dos indivíduos na ordem política e, mais genericamente, para a própria forma de representação dessa ordem. Apesar das críticas e propostas dos liberais para a ampliação das garantias aos direitos individuais e da independência dos magistrados, não houve pressões significativas neste sentido.

Veremos no capítulo seguinte a relação entre as mudanças sociais, a continuidade das práticas de controle social e as transformações da prática judicial. Aumentou o número de demandas de *habeas-corpus* e ocorreram mudanças no pensamento jurídico e na prática judicial (passaram a ser utilizadas técnicas mais sistemáticas de interpretação da lei, a partir da concepção liberal da defesa judicial dos direitos absolutos dos indivíduos). Essas mudanças não chegaram a configurar um modelo liberal dominante na prática judicial nos anos finais do Império, mas mostram as tendências críticas daqueles anos.

O HABEAS-CORPUS E AS TRANSFORMAÇÕES DA PRÁTICA E DO PENSAMENTO JURÍDICO, DA CRISE DA SOCIEDADE ESCRAVISTA À QUEDA DO IMPÉRIO

1. INTRODUÇÃO

Estudamos no presente capítulo as transformações na prática judicial do *habeas-corpus* e do pensamento jurídico nos anos finais do Império. O ponto de partida é o processo de crise final da sociedade escravista e as transformações nas relações sociais decorrentes da passagem do trabalho escravo ao trabalho livre (2.). Em seguida (3.), analisamos a relação entre o processo de urbanização na Corte e em São Paulo e as continuidades e mudanças da polícia e do Poder Judiciário. Para fazer face às transformações urbanas, houve a intensificação da prática de controle policial pela detenção dos indivíduos pobres no espaço público. Ao mesmo tempo, criaram-se condições institucionais que permitiam aos juízes maior autonomia de julgamento.

Na prática judicial, estas mudanças se manifestam no aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* e em questões jurídicas novas (4.). O número de pedidos de *habeas-corpus* julgados anualmente nas Relações do Império aumentou significativamente a partir da década de 1870. Procuramos mostrar que esse aumento resultou da maior demanda pelos indivíduos pobres de garantia

judicial à sua liberdade, contra as práticas de controle social. Esses indivíduos adquiriram a titularidade dos direitos civis, em virtude das mudanças de seu estatuto legal ocorridas durante a crise final da escravidão. Para sustentar o argumento, veremos que o aumento do número de *habeas-corpus* acompanha o crescimento da atividade policial, em contraste com a pequena variação da atividade da justiça criminal. O aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* é anterior ao movimento abolicionista na década de 1880 e, então, isto não é resultado apenas de demandas em favor de escravos e de libertos.

A seguir (5.), estudamos as novidades colocadas à prática judicial pelas demandas de *habeas-corpus* a favor de escravos e libertos. Na década de 1880, expande-se o movimento abolicionista e acirram-se os conflitos que levaram à crise final da sociedade escravista. Nos *habeas-corpus* demandados em favor de escravos e libertos, manifestam-se de modo explícito as contradições colocadas à prática judicial pela conciliação de princípios proposta pela doutrina conservadora e tornada efetiva pela prática judicial prudencial. Alguns magistrados passam a decidir a partir do princípio do direito absoluto à liberdade individual, concedendo carta de liberdade a indivíduos ilegalmente escravizados, não deixando mais de aplicar leis favoráveis aos escravos e adotando técnicas mais sistemáticas de interpretação das leis. Com isso, favoreciam a precipitação da crise final da sociedade escravista e tornavam explícito o esgotamento da doutrina jurídica e da prática judicial dominantes.

Com a difusão no Brasil de obras do paradigma positivista, a partir da década de 1860, ocorrem mudanças no pensamento jurídico brasileiro, tema que estudamos na seção seguinte (6.). As críticas ao jusnaturalismo, dominante entre os doutrinadores do Império, passam a ser cada vez mais freqüentes, e o novo paradigma permite problematizar sob outra perspectiva as instituições políticas, o direito e a sociedade. Nas décadas seguintes, os defensores das “novas idéias” ingressam nas Academias de Direito e no Poder Judiciário, processo que será precipitado com a República.

Em suma, veremos que nas décadas finais do Império, um conjunto de mudanças sociais, políticas e institucionais resultou em

tendências problemáticas para a prática judicial e para o pensamento jurídico dominantes. Com a transformação republicana, essas tendências tornar-se-ão manifestas nos conflitos que se sucederam a respeito do sentido da Constituição, do funcionamento das instituições políticas e da relação entre as garantias constitucionais, a prática judicial e as práticas a-legais de controle social. Este será o tema do próximo capítulo.

2. A CRISE FINAL DA SOCIEDADE ESCRAVISTA, A TRANSIÇÃO AO TRABALHO LIVRE E ASSALARIADO E O PROBLEMA DA MOBILIDADE FÍSICA DOS INDIVÍDUOS

A proibição efetiva do tráfico de africanos que se seguiu à Lei de 1850 significava que, em um prazo mais ou menos longo, a escravidão estava destinada a ser extinta, e as décadas posteriores, até sua abolição legal em 1888, marcam a crise final da sociedade escravista brasileira. A substituição da mão-de-obra escrava se processou de modo desigual nas diferentes regiões e setores econômicos do país. Na cafeicultura, a “escassez de braços” foi contornada pelo tráfico interprovincial de escravos provenientes do Nordeste e das cidades. A população escrava nas províncias de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro passou de cerca de 30% do total do país em 1823 para cerca de 55% em 1872 e cerca de 70% em 1887. A proporção da população escrava em relação ao total da população do país decrescia, em virtude das mortes de escravos, dos efeitos da Lei do Ventre Livre, das alforrias, manumissões e fugas, além da imigração, passando de cerca de 30% da população total em 1823, para cerca de 15% em 1872 e 5% em 1887. Os escravos tornavam-se também mais idosos e seus preços se elevavam. Assim, o escravo “que nos primeiros tempos fora de baixo custo e fácil aquisição, tornara-se pouco a pouco caro e difícil de obter” (COSTA, E. V., 1989).

As transformações do regime de trabalho se processavam de várias maneiras: com o aumento do preço dos escravos, estes passaram a concentrar-se nas grandes propriedades cafeicultoras; as máquinas de beneficiamento e, principalmente as ferrovias, permitiam a liberação de escravos para a agricultura. Estas transformações

reforçavam a economia mercantil-escravista cafeeira, mas também criavam novas condições para a emergência do trabalho assalariado, pois ampliavam-se os setores baseados neste regime de trabalho, nos quais se manifestavam as dificuldades da falta de braços.¹

Outros setores da sociedade escravista passavam por mudanças. As ferrovias tornavam as comunicações mais rápidas, ampliavam a capacidade de transportes e melhoravam a qualidade dos produtos transportados. As cidades cresciam graças à migração interna, ao maior número de libertos e à chegada dos imigrantes. Com esse crescimento populacional urbano, aliado ao progresso técnico e ao trabalho livre, ampliava-se a divisão do trabalho. O capital acumulado, nacional e estrangeiro, financiava reformas urbanas, sendo introduzidos nas principais capitais do país bondes, iluminação pública e telégrafos e ainda algumas indústrias de bens de consumo. Modificavam-se também a atividade e os costumes nas cidades, aumentando o número de jornais, de associações culturais, artísticas etc. O liberalismo, o positivismo e o evolucionismo social abriam novas perspectivas teóricas àqueles que condenavam a escravidão e apostavam no trabalho livre, na inovação técnica e no crescimento econômico para promover o progresso do país. Neste processo, surgiam novos grupos sociais, criavam-se conflitos entre regiões e setores de atividade econômica e aparecia um público potencial para as campanhas políticas e insurreições dos anos seguintes (COSTA, E., 1986: 725-35).

Nas malhas da sociedade escravista em transição crescia o espaço do mercado de trabalho assalariado e livre. A fuga “para fora” do espaço social (quilombos) já não era a única alternativa para os escravos fugidos, pois havia também a fuga “para dentro” da sociedade, para as cidades maiores e as fazendas distantes. A cor da pele deixava de ser sinônimo de escravidão e, com o aumento do número de libertos e as maiores possibilidades de circulação abertas pelas ferrovias, tornava-se cada vez mais difícil capturar os escravos fugidos. A essa parcela da população liberada do controle senhorial vinham se juntar imigrantes, muitos dos quais procuravam

1. COSTA, E. V., 1989: 242-3; MELLO, J, 1987: 82; sobre a concentração de escravos na grande propriedade cafeeira, CASTRO, 1995, 119-21.

se fixar nas cidades maiores. Senhores e autoridades procuraram adaptar a estes indivíduos os mecanismos de controle sobre a mobilidade física dirigidos até então a escravos e homens livres pobres. As posturas municipais, que visavam principalmente ao controle dos escravos nas vias públicas, foram sendo ampliadas, destinando-se a outras categorias como colonos, pretos, libertos ou desconhecidos (GEBARA, 1986: 100-120; CASTRO, 1995: 48-9).

Nessas novas condições sociais, eram centrais os problemas do suprimento contínuo de mão-de-obra e a determinação de um regime de trabalho adequado à agricultura de exportação. Para concretizar o projeto de imigração de europeus, enfrentavam-se dificuldades diplomáticas com os países de emigração, indefinições quanto aos procedimentos e forma de financiamento do transporte dos imigrantes, e ainda considerações religiosas e de tipo racista. Diversas alternativas foram consideradas pelos proprietários e seus representantes no Parlamento, como formas de servidão, supridas pela imigração de chineses, colônias de parceria, e o trabalho forçado dos ex-escravos e dos homens livres pobres. Estes recusavam-se a trabalhar no eito, identificado ao trabalho escravo e era difícil compeli-los a isto, dada a facilidade de acesso à terra. Os escravos, tão logo libertos, abandonavam as fazendas, dirigindo-se às cidades ou formando comunidades. Alguns fazendeiros tentavam retê-los com artifícios como a manumissão, com cláusula de prestação de serviços.

Até a década de 1880, houve diversas tentativas de substituição de escravos por trabalhadores livres, baseadas na estratégia de sua imobilização na fazenda. O malogro do sistema de parceria do senador Vergueiro representava uma importante referência, em virtude do qual considerava-se o trabalhador europeu inadaptável às condições nacionais. As oligarquias do Nordeste opunham-se à transferência em massa de trabalhadores para o sul, temendo perder seu poder político e enfrentar dificuldades para arregimentação de mão-de-obra. Até o início do século XX, os emigrantes do nordeste dirigiram-se para a Amazônia, Bahia e Minas, e não para São Paulo, que recebeu principalmente imigrantes estrangeiros (CONRAD, 1975b; KOWARICK, 1994: 71; HOLLOWAY, 1984: 112).

A Lei de Locação de Serviços de 1879 é emblemática das tentativas feitas no interior deste esquema. Nos debates sobre a lei,

considerava-se central elaborar um conjunto de instrumentos legais que garantisse a permanência dos trabalhadores livres em seus postos nas fazendas. Ou seja, a locação de serviços era pensada no marco do sistema escravista, pautando seus instrumentos pelo objetivo geral da imobilização da população. As relações sociais escravistas e paternalistas seriam alteradas apenas na medida necessária da introdução dos novos trabalhadores com estatuto de livres. Porém, a lei não foi muito utilizada, sendo adotadas soluções regionais diferenciadas para o problema da mão-de-obra. Na região açucareira de Pernambuco, o trabalho escravo foi limitado a algumas das etapas da produção, combinado à produção de cana por lavradores, trabalhadores nacionais assalariados, que eram vinculados aos patrões pela posse da terra e por laços de proteção e obediência. Ao mesmo tempo, foram adotadas inovações tecnológicas (passagem do engenho ao engenho-central e, mais tarde, à usina) que reduziram as necessidades de mão-de-obra.

Em São Paulo, o problema foi resolvido pela imigração em massa de estrangeiros, dirigidos para a cafeicultura e contratados pelo sistema do colonato. A partir de 1881 e principalmente de 1884, os cofres públicos, em particular da província, passaram a subsidiar o custo da passagem dos imigrantes estrangeiros, e, com isso, não era mais necessário ao proprietário imobilizar seus trabalhadores. Muitos dos imigrantes encaminhados para a cafeicultura procuraram se deslocar para as regiões mais novas, formando lavouras próprias, de café ou de produtos dirigidos ao mercado interno, outros dirigiram-se para as cidades ou, ainda, retornaram à terra natal. Porém, o fluxo de imigrantes foi tal que jamais faltou mão-de-obra para a cafeicultura, mesmo no período mais turbulento da Abolição. Muitos escravos fugiram dos cafezais, mas uma parcela deles permaneceu: cerca um terço das fazendas paulistas em 1888 utilizavam ex-cativos como trabalhadores. Outros trabalhadores nacionais incorporaram-se às relações mercantilizadas, nas regiões de economia estagnada (KOWARICK, id.: 83-4; COSTA, 1989; HOLLOWAY, 1984).

A oferta contínua de mão-de-obra dos imigrantes permitiu a formação de um mercado de trabalho assalariado e livre, mantendo-se sob controle os custos da mão-de-obra para os cafeicultores, e garantindo-se, pois, sua superexploração na agricultura. Mas, com-

paradas com as propostas da década de 1870, houve mudanças importantes no encaminhamento da solução do problema, nos instrumentos utilizados e nos seus efeitos mais gerais, que ultrapassaram o quadro imobilizador da mão-de-obra, unitário e em nível nacional, do esquema imperial-escravista.²

O problema do endividamento dos imigrantes foi resolvido pelo subsídio estatal da imigração e os riscos dos trabalhadores foram diminuídos por outras formas de pagamento, que gradualmente se transformaram no sistema do colonato, que, na época da Abolição, já era o único adotado no Oeste paulista. Mas havia problemas concernentes às relações de trabalho nas fazendas, pois, da parte dos fazendeiros, era necessário transformar a abordagem coerciva das relações de trabalho escravistas num sistema baseado em incentivos aos trabalhadores à produção. No sistema de parceria, os fazendeiros procuraram exercer seu poder sobre os imigrantes usando a violência física e controlando a sua vida privada. Essa forma de relacionamento entre fazendeiros e imigrantes gerou resistências e revoltas, criou incidentes diplomáticos e constituiu sério empecilho à imigração em massa (HOLLOWAY, id.: 112-22).

No sistema do colonato, a imobilização da força de trabalho por meios extra-econômicos tornava-se inviável. Algumas formas de expolição continuam, mas a coação e a fixação dos imigrantes pelo endividamento foram substituídas por formas politicamente mais viáveis e economicamente mais rentáveis de subjugar a força de trabalho. A coação direta foi substituída pela saturação de trabalhadores na cafeicultura, método mais prático, segundo o secretário da agricultura de São Paulo no Congresso Agrícola de 1896 (KOWARICK, id.: 85).

Os fazendeiros mantiveram o controle sobre o processo de trabalho, usando a cooptação e a violência para prevenir e reprimir a ação coletiva ou atos individuais de resistência dos colonos. Eles mantinham grupos de capangas para evitar manifestações de revolta, expulsando sumariamente seus líderes. Mas a adoção de medidas

2. Sobre a Lei de Locação de Serviços, ver LAMOUNIER, 1988; sobre Pernambuco, EISENBERG, 1977; sobre a imigração; e STOLCKE e HALL; ver também KOWARICK, 1994: 70 *et passim*.

mais drásticas contra a liberdade de movimento dos colonos passou a ser vista com reservas pelas autoridades, por seus efeitos negativos nos países europeus, o que afetava a política de incentivo à imigração. A coação aberta tinha, porém, efeitos negativos entre os próprios colonos, o que podia resultar em dificuldades ulteriores para o recrutamento de mão-de-obra (HOLLOWAY, *id.*: 160).

Os fazendeiros procuravam restringir a liberdade de locomoção dos colonos através de cláusulas contratuais ou de regulamentos nas fazendas, impondo multas e restrições à circulação dos colonos antes do final do contrato anual. Eles procuravam ampliar seus ganhos por meio de fraudes na execução dos contratos, o que era facilitado pelo controle local dos meios de violência e por restrições do acesso dos colonos à justiça. Recorriam também a multas em dinheiro para o menor descumprimento das cláusulas contratuais ou do regulamento interno das fazendas. No entanto, o alcance desses expedientes era limitado, pois, se os colonos obedeciam à punição, abandonavam a fazenda tão logo expirasse o contrato. A tentativa de imobilizar colonos pelo endividamento também revelava-se bastante contraproducente, pois dívidas vultuosas tornavam-se motivo de fugas, antes que uma forma de reter os trabalhadores. Assim, ao contrário de outras partes da América Latina, não se desenvolveu no Oeste paulista um sistema institucionalizado, organizado regionalmente, que procurasse tirar vantagem, com base legal, do endividamento (*id.*, *ibid.*).

O sistema de colonato foi o modo específico da transição para o trabalho livre na agricultura de exportação de São Paulo. O problema central do controle da mobilidade da mão-de-obra foi contornado pela política de imigração em massa de estrangeiros, subsidiada pelo Estado. Com o sistema do colonato foram criadas novas relações sociais e foi transformado o esquema geral de controle social: o modo de funcionamento local do poder político, seus instrumentos e seus objetivos. Essas mudanças se manifestaram na prática judicial, como nos problemas relativos aos contratos de trabalho, à extensão e efetividade dos direitos civis dos colonos, etc.

Neste novo esquema sociopolítico continuaram a ser utilizados instrumentos a-legais de controle social sobre a população livre. A atuação da força policial continuou restrita às cidades, o que significou a não adoção de coação estatal sobre a força de trabalho rural, mas

também a ausência de proteção estatal aos imigrantes contra a ação arbitrária do empregador. Nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, mantém-se o controle policial da mobilidade física da população livre pobre, mas o forte aumento do número de detidos indica um acirramento dessa estratégia de controle nas novas condições.

3. MUDANÇAS E CONTINUIDADES NO CONTROLE SOCIAL NAS CIDADES

Nas décadas finais do século XIX, as cidades brasileiras passam por um processo de urbanização acelerada, com seu crescimento populacional estimulado pelas migrações internas e externas. Intensifica-se a atividade policial voltada à vigilância, ao controle do comportamento dos indivíduos suspeitos nas ruas. A detenção pessoal continuava a ser o instrumento privilegiado da atividade policial, o que indica uma continuidade na política de controle social praticada até então. O incremento dessa atividade é intensificado pela heterogeneidade do comportamento da população, com pessoas de diversas origens partilhando o mesmo espaço urbano, e pelas novas formas de ação coletiva dos indivíduos pobres.

As cidades brasileiras recebem um importante incremento populacional entre a década de 1870 e as três primeiras décadas do século XX. No período compreendido entre os censos de 1872 e 1890, este processo foi mais acentuado no Rio de Janeiro e em São Paulo, cuja população quase duplicou. O Rio de Janeiro passaria de 522.651 habitantes em 1890 para 811.443 em 1906 e 1.157.873 em 1920. A capital de São Paulo cresceu ainda mais rapidamente, passando de 64.934 em 1890 para 239.820 em 1900 e 579.093 em 1920 (HAHNER, 1986: 7).

O Rio de Janeiro era uma cidade de migrantes. Em 1872, 60% dos seus habitantes eram naturais da própria cidade, enquanto 30% eram estrangeiros e os 10% restantes, originários de outras regiões do país. Em 1890, perto de 55% da população total da cidade era composta de migrantes internos (25%) ou estrangeiros (30%). Em 1920, o total de migrantes era ainda 48% da população da cidade (HAHNER, id.: 92, tabela 15; ADAMO, id. 208; FAUSTO, 1976 e 1984).

O número de detidos pela polícia do Rio de Janeiro apresenta um contínuo aumento desde a década de 1850. Em 1850, passaram 1.676 pessoas pela cadeia central de polícia no RJ. Em 1858, este número tinha duplicado para 3.240. Neste ano, o sistema de polícia foi reorganizado e expandido e, em 1860, o número de detenções subiu a 7.772, mais que o dobro de detidos dois anos antes. Esse nível manteve-se no início dos anos 1870, quando houve um novo crescimento, subindo em 1876 a 12.762 detidos. Em 1850, passavam mais ou menos quatro pessoas por dia na cadeia central da polícia do Rio de Janeiro, enquanto em 1876 passavam 35 pessoas (HOLLOWAY, 1993).

Nos anos 1880, diminuem as detenções na cadeia central do Rio de Janeiro, o que é explicado pelo aumento das detenções na Casa de Detenção. Neste ano, 7.107 pessoas foram detidas na cadeia central da polícia e 3.701 foram conduzidas à Casa de Detenção, que recebeu um total de 7.518 presos. Em 1881, 5.115 pessoas entraram na cadeia central, e 2.278 foram transferidas para a Casa de Detenção, que registrou 8.223 entradas, mais do que o triplo dos que vieram transferidos da cadeia central (HOLLOWAY, id.: 249-50, e Apêndice 5).

Quanto ao Poder Judiciário, nas décadas finais do Império o aumento do número de magistrados foi superior ao crescimento populacional. Eles passaram a estar mais presentes nas localidades e foram instalados novos tribunais superiores pelas províncias do Império. Aumentaram-se os salários e as custas e foram criadas regras para a aposentadoria. Essas mudanças estruturaram gradualmente a carreira dos magistrados e a tornaram diferenciada em relação aos demais postos no Estado (KOERNER, 1998; NEQUETE, id., I: 92-101).

4. O AUMENTO DO NÚMERO DE PEDIDOS DE *HABEAS-CORPUS* COMO DEMANDA DE GARANTIA JUDICIAL DOS DIREITOS CIVIS DOS INDIVÍDUOS POBRES

A atividade judicial apresenta algumas diferenças em relação às mudanças na atividade policial. O número de réus julgados tribunal do júri na Corte passou de 71 em 1850 para 170 em 1875 e 139 em 1889. Assim, entre 1850 e 1889 esse número dobrou, ou, se consideramos o ano de 1875, foi multiplicado por 2,4. Já o número

de réus acusados de crimes contra a pessoa e contra a propriedade que, grosso modo, deveriam ser julgados pelo júri, passou de 84 em 1850 para 1.092, em 1875, aumentando, pois, doze vezes no período. Essa diferença indica o contraste entre a continuidade de uma prática de controle social a-legal dos indivíduos e o funcionamento do tribunal de júri, que estava muito aquém das necessidades criadas com a expansão da atividade policial e o aumento dos conflitos sociais urbanos.³

O acesso à justiça permanecia restrito neste momento de extensão da titularidade dos direitos civis aos indivíduos pobres, nacionais livres, libertos, ou *statu-liberi*, e estrangeiros. Os Relatórios do Ministério da Justiça e da chefia de polícia da Corte criticam repetidamente o tribunal do júri, propondo a transferência do julgamento dos casos mais simples aos juízes de paz, às autoridades policiais ou a tribunais correccionais, organizados como o júri, mas com menos jurados e procedimentos simplificados.⁴

Quanto à atividade da Relação da Corte, o aumento do número de *habeas-corpus* julgados após 1874 contrasta com a estabilidade do número de pedidos julgados antes de 1862 e com a menor variação dos demais tipos de julgamentos. Entre 1845 e 1862 o total de julgamentos anuais permanece estável, com uma média de 1.500 decisões – para de que dispomos de dados. O mesmo ocorre com o número de pedidos de *habeas-corpus*, cuja média anual é de cerca de 11 casos para os 11 anos cujos dados dispomos.⁵ Em 1874, a

3. Todos os dados apresentados constam dos Relatórios do Ministério da Justiça dos anos respectivos.

4. No Relatório do Ministério da Justiça de maio de 1877, o Conselheiro Gama Cerqueira defendia a adoção urgente dos tribunais correccionais, propostos pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil. Aos tribunais correccionais deveria ser atribuído o julgamento dos crimes afiançáveis, como uma forma de diminuir o trabalho do júri, e assim melhorar a administração da justiça criminal (RMJ, 1877, ver também os RMJ de 1880 e 1884).

5. Não é possível comparar o número total de julgamentos da Relação da Corte para todo o período porque foram criadas novas Relações em 1873, e assim, a Relação da Corte teve seu distrito reduzido. Em relação ao *habeas-corpus*, é possível estender a comparação antes de 1873 se temos em vista que, para os anos de que dispomos de dados, a quase totalidade dos pedidos julgados pela Relação da Corte era originária da Corte ou do Estado do Rio de Janeiro (em

Relação julgou 1.431 processos e, em 1888, 1.625, excluídos os pedidos de *habeas-corpus* e os recursos eleitorais. A atividade do tribunal apresenta uma variação de 14% e uma média anual de 1472 julgamentos no período. Os dados relativos a outros procedimentos criminais – as rubricas “recursos criminais” e “apelações criminais” contrastam de modo interessante com a variação do número de pedidos de *habeas-corpus*. O “recurso criminal” é o ato pelo qual, no curso do processo criminal, uma das partes do processo pede à autoridade judicial superior a revisão da decisão da autoridade inferior. A apelação criminal é um recurso da decisão da autoridade inferior sobre o mérito da causa. Os recursos e as apelações criminais tratam de atos do processo criminal, enquanto o *habeas-corpus* tem um domínio mais amplo, pois refere-se a outros tipos de prisões – civis, comerciais e administrativas⁶ –, a prisões em que não existe o processo criminal e, enfim, aos casos de ameaça de prisão.

Com base nos dados sobre recursos, apelações e *habeas-corpus*, podemos comparar a atividade da Relação nos processos criminais e aqueles relativos a esse e outros tipos de prisão. O número de recursos criminais julgados pela Relação da Corte, entre 1874 e 1887,⁷ permanece estável, com uma média de 138 decisões por ano. O número de apelações criminais apresenta uma queda, entre 1874 e 1875, de 371 a 140 decisões, para manter a média de 141 decisões anuais, com uma variação de 18%, entre 1875 e 1888.⁸ A pequena variação do número de recursos e apelações criminais no período é coerente com a estabilidade do número de processos julgados pelo tribunal do júri, pois as apelações e recursos criminais são procedimentos que fazem parte do processo criminal e só têm lugar com este. Quanto ao *habeas-corpus*, há um sensível aumento do número

1849, 1850, 1857, 1861 e 1862, todos; em 1851, 8 pedidos em 12 eram originários daquelas regiões; em 1853, 11 em 13; em 1859, 5 em 6).

6. O *habeas-corpus* para prisões determinadas por autoridades administrativas foi expressamente adotado pela Lei de 1871.

7. Desconsideramos o ano de 1888, pois deve haver erro tipográfico nesta rubrica.

8. A queda do número de apelações criminais julgadas entre 1874 e 1875 explica-se pela mudança do âmbito territorial de jurisdição da Relação da Corte, decorrente da criação das novas Relações. Os processos pendentes de apelação, originários daquelas regiões, foram transferidos para julgamento nas respectivas Relações.

de julgamentos. Entre 1874 e 1888, a média anual (para os anos de cujos dados dispomos) é de 43 decisões por ano, contra a média de 11 decisões do período anterior a 1862 – um aumento de três vezes e meia do número de decisões entre os mesmos períodos.

Em São Paulo, os dados obtidos apresentam lacunas ainda maiores, mas indicam o aumento do número de detidos nas cadeias da capital, que, no entanto, não acompanha, na mesma proporção, o aumento populacional da cidade. Tomando-se a população recenseada em 1872, essa proporção é de 416, enquanto no quinquênio 1892-1895 é de 339,92 por ano, segundo os cálculos de Bóris FAUSTO (1984: 32, Tab. 1). O número de processos julgados pelo tribunal do júri da capital não apresenta um aumento correspondente, passando de 23 julgamentos em 1855 para 27 em 1858 e 29 em 1888; contrastando, porém, com os 74 julgamentos no ano de 1893, no início da República. O número de *habeas-corpus* julgados anualmente pela Relação passa de 5 em 1874 para 44 em 1888. Os demais processos julgados, excetuados os *habeas-corpus* e os recursos eleitorais, passam de 394 a 565 nos mesmos anos, um aumento de 40%.⁹ O número de recursos e de apelações criminais julgados pela Relação, originários de toda a província, aumenta, no mesmo período, em mais de uma vez e meia, o que contrasta com o número estável de julgamentos do tribunal do júri da capital.¹⁰

Se tomamos o ano de 1874 como referência para o número de decisões de *habeas-corpus* na Relação de São Paulo, vemos três patamares: o primeiro estendendo-se até o ano de 1877, com uma média de 6 pedidos anuais; o segundo, entre 1878 e 1885, com uma média de 17,6 pedidos; e o terceiro, a partir deste ano até 1888, com média de 40,6. Do mesmo modo, na Relação da Corte há um contraste entre a média anual de 36,6 pedidos julgados entre 1874 a 1879 e

9. O mesmo aumento, agora do número de ordem concedidas, aparece nos dados esparsos que obtivemos sobre os *habeas-corpus* concedidos pelos juízes de direito da Província. Segundo os Relatórios do Presidente da Província de São Paulo, foram concedidos pelos juízes de direito 13 ordens de *habeas-corpus* em 1881, 16 em 1883, 26 em 1884, e 40 em 1886. No entanto, estes dados não são comparáveis, porque os relatórios não apresentam dados de todas as comarcas da província (RPP-SP, 1881, 1883 e 1884; Rel. da Comissão de Estatística de 1886).

10. A diferença pode indicar que as lacunas de nossos dados nos conduzem a erros relativos ao número de julgamentos no Tribunal do Júri da capital, ou diferenças decorrentes do número de recursos originários do interior da província.

a média de 60 pedidos entre 1885 e 1888. Na Relação de Ouro Preto, cujo distrito tinha uma alta concentração de escravos, o aumento do número de pedidos *habeas-corpus* também ocorre a partir de 1886.

O aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* julgados por essas Relações nos anos anteriores à Abolição resulta, provavelmente, do movimento abolicionista. Não nos parece, no entanto, que o aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* seja consequência exclusiva dessa campanha, pois o número de decisões de *habeas-corpus* na Relação da Corte aumenta já a partir de 1875, em comparação com o patamar de 11 decisões anuais para o período anterior a 1862. Isto é, a maior utilização do *habeas-corpus* perante a Relação da Corte é anterior ao movimento abolicionista, que se inicia, segundo Joaquim Nabuco, em 1879. Além disso, o número de pedidos aumenta em quase todas as Relações, exceto na de Porto Alegre, mesmo nas regiões onde em 1888 o número de escravos era reduzido, como em Belém, ou em que a escravidão fora abolida, como em Fortaleza.

TABELA 1

Variação do número de decisões de *habeas-corpus* e de outros julgamentos nas Relações do Império nos períodos 1874-79, 1874-84, 1874-84 e 1874-88

Índice de variação: 1874 = 1,00

Decisões Relações	<i>habeas-corpus</i>			Outras**		
	1874-79	1874-84	1874-88	1874-79	1874-84	1874-88
RJ	2,57	-	4,57	1,08	0,88	1,14
BA	1,69	1,81	2,58	0,99	1,24	1,03
PE	4,56	2,66	2,03	0,82	0,78	0,66
MA	2,50	6,50	21,00	0,73	0,51	0,59
SP	2,40	2,20	8,80	0,82	1,22	1,43
MG*	0,13	0,13	2,65	1,39	1,85	1,72
RS	1,64	-	0,18	1,26	-	1,62
CE	4,71	1,47	1,76	0,78	0,66	0,68

Fonte: RMJ

* Variação em relação ao ano de 1875

** Outras: total de julgamentos menos decisões de *habeas-corpus* e recursos eleitorais

TABELA 2

Variação do número de decisões das Relações do Império, *habeas-corpus*, recursos criminais, apelações criminais, total e outras (1874-1888)

	RJ	BA	PE	MA	SP	MG*	RS	CE
<i>Habeas-corpus</i>	4,57	2,58	2,03	21,00	8,80	2,65	0,18	1,76
Recursos	0,01	0,73	0,85	0,30	2,04	1,62	1,86	0,31
Apelações	0,44	1,23	0,86	0,49	2,77	1,38	1,92	0,74
Total	1,41	1,95	0,88	1,54	3,21	3,72	5,49	2,57
Outras**	1,14	1,03	0,66	0,59	1,43	1,72	1,62	0,68

Índice de variação: 1874 = 1,00

* Variação em relação ao ano de 1875

** Outras: total de julgamentos menos decisões de *habeas-corpus* e recursos eleitorais

TABELA 3

Motivos de concessão de ordens de soltura por *habeas-corpus* concedidas pelos juizes de direito, Relações e STJ, do Império (1869-72)

Motivos	Número				%			
	1869	1870	1871	1872	1869	1870	1871	1872
Nulidade	9	9	17	8	4,21	5,81	5,90	3,88
falta de justa causa	133	87	161	131	62,15	56,13	55,90	63,59
excesso do prazo legal da prisão	44	46	67	48	20,56	29,68	23,26	23,30
Incompetência da Autoridade	12	4	23	11	5,61	2,58	7,99	5,34
Cessaçao da causa da prisão	16	9	20	8	7,48	5,81	6,94	3,88
Total de ordens de soltura	214	155	288	206	100,0	100,0	100,0	100,0

Fontes: RMJ dos anos respectivos;

TABELA 4

Motivos de concessão de ordens de soltura por *habeas-corpus* concedidas pelos juízes de direito e Relação de São Paulo (1881,1883, 1884, 1886)

Motivos	Juízes de direito				Juízes de direito e Relação			
	Número		%		Número		%	
	1881	1883	1881	1883	1884	1886	1884	1886
Nulidade	1	2	7,69	12,50	0	23	0	25
Falta de justa causa	9	10	69,23	62,50	20	51	66,67	55,44
Excesso do prazo legal da prisão	2	3	15,38	18,75	9	11	30,00	11,95
Incompetência da Autoridade	0	1	0	6,25	0	3	0	3,26
Cessação da causa da prisão	0	0	0	0	0	0	0	0
Ameaça de prisão	1	0	7,69	0	1	4	3,33	4,35
Total de ordens de soltura	13	16	100,0	100,0	30	92	100,0	100,0

Fontes: RPP-SP e Relatório do chefe de polícia anexo ao RPP-SP.

O aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* contrasta não só com a estabilidade ou a redução do conjunto das decisões dessas Relações, mas também com a variação do número de decisões em recursos e apelações criminais, o que indica a dissociação entre o aumento do número de *habeas-corpus* e a variação da atividade judicial em processos criminais.

Os dados parciais apresentados na Tabela 4 indicam que, nos anos da década de 1880 para os quais dispomos de dados, os principais motivos da concessão da ordem de soltura por *habeas-corpus* pelos magistrados de São Paulo eram aqueles mais direta-

mente relacionados com a atividade policial, ou seja, a falta de justa causa e o excesso do prazo legal da prisão. Tal como nas ordens de soltura por *habeas-corpus* concedidas pelos magistrados e tribunais do Império nos anos iniciais da década de 1870 (Tabela 3), esses motivos representavam mais de três quartos das ordens de soltura por *habeas-corpus* concedidas por magistrados paulistas.¹¹

A partir da década de 1870, aumenta o número de *habeas-corpus* de pedidos às Relações do Império, o que não se deve apenas ao crescimento da atividade judicial nos processos criminais, nem é consequência exclusiva do movimento abolicionista. Esse aumento antecipa a expansão acentuada do número de *habeas-corpus* nas diversas instâncias judiciais da Primeira República. Como explicá-la?

Vimos que, desde o período da formação do Estado brasileiro independente – que se confunde com a organização da própria polícia na Corte –, a parcela mais importante da atividade policial era voltada ao controle do comportamento dos indivíduos por meio da detenção de suspeitos, de acusados de vadiagem, de desordens, ou outros comportamentos considerados atentatórios à ordem pública. Essa atividade se expande durante o século XIX, mas a tendência parece acentuar-se a partir da década de 1870, em virtude das mudanças sociais em curso, que refletem no aumento de libertos e imigrantes em circulação no país e, em especial, na Corte.

A continuidade desse tipo de atividade policial indica a permanência ao longo do tempo de uma política de controle da população pobre, livre e liberta através da detenção a-legal dos indivíduos suspeitos realizada pelo aparato policial. Já o aumento do número de pedidos de *habeas-corpus* aponta o crescimento, mesmo que em patamares bastante inferiores, da demanda da garantia judicial do direito à liberdade individual por parte dos atingidos pela ação policial, ou seja, da tentativa de acesso à cidadania por essa via.

Nas cidades maiores essa via era possível, já que havia maior autonomia dos indivíduos livres e pobres em relação às redes de

11. Vemos também que, em 1886, há um grande número de ordens de soltura por *habeas-corpus* concedidas por nulidade, motivo mais diretamente relacionado à legalidade dos atos do processo criminal, mas não podemos tirar nenhuma conclusão a partir deste dado isolado.

clientela, características da sociedade tradicional brasileira. Os indivíduos que participavam deste processo de urbanização acelerada, em particular no Rio de Janeiro e em São Paulo, eram migrantes, nacionais ou estrangeiros, não associados àquelas redes. A partir de 1871, a titularidade dos direitos civis de estrangeiros e libertos (e *statu liberi*, ou seja, escravos alforriados sob condição suspensiva) passou a ser formalmente reconhecida pela legislação imperial, em virtude da política de transição gradual para o trabalho livre e da política de imigração. As mudanças institucionais no Judiciário, o aumento da competição entre os profissionais de direito e a difusão de doutrinas liberais e positivistas entre eles tornavam-nos mais ativos na defesa dos direitos civis de todos os indivíduos, ou mais favoráveis a ela.¹²

A demanda judicial dos direitos de cidadania não se resumia ao mecanismo judicial, mas antes estava inserida no conjunto de lutas mais amplas pela maior participação política e social das camadas pobres. Como argumentou Sandra L. GRAHAM (1980), a revolta do vintém iniciou um ciclo de manifestações políticas populares no Rio de Janeiro,¹³ que se estende até a Revolta da Vacina. Acontecem inúmeros movimentos e manifestações populares, como o abolicionista, as revoltas populares, o republicanism radical e, mais tarde, o jacobinismo, movimentos e organizações populares e o movimento operário. Esses, ao se manifestarem coletivamente nas ruas, onde enfrentavam a repressão e a perseguição policiais, imprimiam um novo estilo de ação política, colocando novas questões às elites. Eles expressavam uma demanda de participação política das camadas populares urbanas que se opunham à restrição do sufrágio eleitoral determinada pela Lei

12. Sobre as mudanças no pensamento jurídico, ver abaixo. Sobre o liberalismo na Academia de Direito de São Paulo, ver ADORNO, 1988; sobre as condições do mercado de trabalho dos bacharéis, ver BARMAN e BARMAN, 1976.

13. Na Revolta do Vintém formou-se o Comitê de Paz, um grupo de apoio aos feridos e detidos da revolta, José do Patrocínio, Lopes Trovão, Joaquim Pedro da Costa e Ferro Cardoso. Foi oferecida assistência jurídica a eles. Os advogados mostraram publicamente que os seus direitos não haviam sido respeitados. O chefe de polícia reconheceu tacitamente isso, quando recebeu os seus pedidos de *habeas corpus*, os quais no entanto foram negados (GRAHAM, S, id.: 44).

Saraiva, de 1881. Ultrapassavam a esfera da política praticada até então exclusivamente pelas elites, com seu estilo de ação centradas no favor, na deferência e na conciliação.¹⁴

Em suma, o aumento do número de pedidos de *habeas-corpus*, a partir da metade da década de 1870 resultava dos processos de mudança social, em virtude dos quais aumentou a atividade policial de controle pela detenção a-legal dos indivíduos pobres, associada às mudanças no estatuto jurídico dos indivíduos pobres e no funcionamento do Poder Judiciário. À medida que a sociedade brasileira deixava gradualmente de ser escravista, aumentava a atividade de controle social, que se buscava adaptar às novas condições. Do mesmo modo, crescia a importância do *habeas-corpus* enquanto instrumento de garantia judicial do direito à liberdade dos indivíduos tornados formalmente cidadãos.

5. A PRÁTICA JUDICIAL DO *HABEAS-CORPUS* E A CRISE FINAL DA ESCRAVIDÃO

A partir da década de 1880, as rebeliões de escravos e o movimento abolicionista precipitaram a crise final da escravidão, levando à sua abolição legal em 1888.¹⁵ Os estudantes de direito, advogados e outros bacharéis participaram de inúmeras formas deste processo.

A legislação de transição continha dispositivos que aprofundavam as contradições internas entre o conceito jurídico dominante do escravo-coisa e as que reconheciam no escravo alguma condição de sujeito de direito. Alguns desses dispositivos permitiam que os juízes intervissem nas relações entre senhores e escravos, tornando-as, pois, objeto de mediação judicial. Do ponto de vista da estratégia de transição gradual ao trabalho livre, o objetivo dessa “via judicial” de mediação dos conflitos entre senhores e escravos era menos

14. Ver também HAHNER, 1986, FAUSTO, 1976, MARAM, 1979).

15. Para esta seção, cf. KOERNER, 1998. Sobre a abolição da escravidão no Brasil, ver MORAES, 1986; CONRAD, 1975; COSTA, E. V., 1989; SANTOS, R., 1980; MACHADO, M. H., 1994.

efetivo do que “moral” – tratava-se de fortalecer a submissão dos escravos pela esperança de formar um pecúlio e poder comprar a sua liberdade. No processo que levou à abolição, esses mecanismos foram utilizados para obter decisões favoráveis à libertação dos escravos, auxiliando na crise final daquele regime.

Havia várias formas de decidir a favor da liberdade, como a baixa do valor do escravo no arbitramento, a concessão de alforria forçada com o depósito de parte do pecúlio e a concessão da carta de liberdade a escravos libertados por apenas um dos condôminos. Em outras decisões, negava-se a aplicação de açoites nas condenações dos escravos, investigavam-se denúncias de maus tratos de escravos pelos senhores e protegiam-se abolicionistas contra perseguições de senhores ou da polícia.¹⁶

Doutrinariamente, os conceitos jurídicos que justificavam a propriedade de escravos eram criticados por argumentos fundados no liberalismo, no positivismo, no evolucionismo e nas doutrinas da escola histórica (Savigny, Ihering). Esta escola apresentava novas interpretações do direito romano e fornecia novos argumentos para o debate jurídico sobre a situação do escravo.

As decisões em favor da liberdade individual utilizavam uma interpretação jusnaturalista-liberal da lei, com a qual os dispositivos legais eram abordados a partir do princípio do direito natural absoluto à liberdade individual. As situações legalmente previstas para a coação da liberdade individual deveriam ser utilizadas pelas autoridades e pelos particulares apenas nas hipóteses previstas, interpretadas em sentido restrito. A função precípua do Judiciário seria garantir a liberdade natural contra atos arbitrários que ultrapassassem ilegalmente esses limites. A liberdade natural tornava-se, pois, o princípio de interpretação da lei e de sistematização dos dispositivos jurídicos.

Neste espaço contraditório e ambíguo que se abria aos direitos de escravos e libertos, o *habeas-corpus* foi um dos meios utilizados para a garantia judicial da liberdade individual. A legislação anterior a 1871 reservava o direito de pedir *habeas-corpus* aos cidadãos,

16. MORAES, id., cap. VIII; FONSECA, 1988; SANTOS, R., id.

que podiam também apresentar o pedido em favor de terceiros, como estrangeiros e escravos. A Reforma Judiciária de 1871 reconheceu o direito dos estrangeiros de pedir o *habeas-corpus*, mas não fez o mesmo em favor dos escravos. Já a Lei do Ventre Livre determinou que os libertos somente poderiam ser reescravizados depois de condenação por sentença judicial, cabendo o *habeas-corpus* para garantir a manutenção da sua liberdade, contra a atuação arbitrária dos senhores e da polícia.

Oliveira Machado afirmava que a questão da possibilidade de o escravo obter *habeas-corpus* deveria ser resolvida a partir do direito do proprietário. Se o constrangimento fosse feito pelo senhor, era legal, pois era lícito recorrer à prisão correcional, assim como todo castigo moderado. Fora desse caso, prevalecia o princípio da liberdade natural do escravo. O escravo poderia demandar *habeas-corpus* somente contra a justiça ou contra terceiro que constrangesse a sua liberdade individual. Nessas situações, o *habeas-corpus* era admissível porque, se o escravo não dispunha de sua liberdade civil ou política, dispunha de sua liberdade natural: “Se o escravo é preso em cárcere privado por um terceiro, se é preso como fugido sem o ser, se por uma imputação caluniosa, se cessam os motivos de sua prisão, se seu processo não se conclui no prazo da lei, ele, por si ou assistido de um curador, pode impetrar um *habeas-corpus*, e alcançar a cessação dela.” (MACHADO, 1878 § 7.º).

Esta solução, algo salomônica, não resolvia todas as questões que surgiam na relação entre o *habeas-corpus* e a escravidão. Em nossa pesquisa, nos deparamos com várias dessas questões. Relativas aos escravos: para escravos não matriculados; aplicação da Lei de 1831; para escravos presos na cadeia de polícia, com a presunção de serem fugidos ou à ordem do senhor; para escravos presos em virtude de processo criminal. Em relação aos libertos, temos: o problema da validade do título legal de liberdade contra a tentativa de reescravização; os procedimentos adequados para a reescravização dos libertos sob condição de prestação de serviços; os procedimentos para a reescravização de libertos que gozavam da posse da liberdade.

Habeas-corpus para escravos presos na cadeia pública, com a presunção de serem fugidos ou à ordem do senhor. Nesses casos,

a questão que se coloca não é a da libertação do escravo, mas a dos limites do deslocamento dos escravos em face do poder policial e senhorial. As decisões reafirmam a presunção de fugido para o escravo encontrado em distrito diverso do domicílio do senhor e também o poder senhorial de punir seus escravos. *Habeas-corpus*: “Por ele não pode ser solto o escravo detido em custódia, por presunção de fugido, embora sem ordem do senhor, quando encontrado, em lugares diversos do domicílio deste. Deve-se proceder às diligências para verificar se se dá o caso de abandono pelos senhores, conforme o Regulamento de 13 de novembro de 1872”.¹⁷ *Habeas-corpus* “denega-se a escravo que acha-se preso na cadeia, à requisição do senhor”. Paciente: Júlia, escrava de David Moretzshon. Ela alega estar presa à ordem do chefe de polícia, como escrava fugida; e que a prisão é ilegal sem ter justa causa. Os desembargadores da Relação de Ouro Preto decidiram unanimemente denegar a ordem pedida por não ser o caso de prisão ilegal, visto que ela se encontra presa com consentimento e por requisição do seu senhor. A prisão pública do escravo é permitida pela lei – Cód. Criminal art. 14 § 6.º, e constitui correção moderada aplicada pelo senhor, para punir ou impedir a fuga do escravo; A ação de arbitramento do seu valor que está pendente no tribunal não implica o depósito judicial do escravo e o tribunal já tem denegado *habeas-corpus* em casos idênticos.¹⁸

A Relação do Recife decidiu que não podia ser solto por *habeas-corpus* o escravo que promovesse a ação de sua liberdade em foro diferente do domicílio do seu senhor. “Por ele não pode ser solto o escravo, que em foro diverso do domicílio de seu senhor promove os meios de ser libertado – pois reputa-se fugido, e como tal deve ser detido em custódia e entregue ao senhor”.¹⁹ Também decidiu que o escravo preso depositado para tratar de sua liberdade não sofre constrangimento ilegal, por presunção de fugido. O Cons. Paula Pessoa criticou a decisão, por não considerar “racional a presunção

17. Ac. da Relação de Ouro Preto, de 9/7/1874. Direito, v. 7.º: 740-1 *apud* MAFRA, 1877; PESSOA, 1899: 279.

18. Dec. de 8/9/1883 – *habeas-corpus* negado unanimemente, *O Direito*, v. 33: 37-9.

19. Acórdão da Relação do Recife de 11/4/1876, *apud O Direito* v. 10: 362-3.

de uma fuga, no caso figurado, a menos que não haja um fato bem fundado, e sob a fé, com provas do depositário”.²⁰

“Há constrangimento ilegal em ordenar-se a remoção do escravo, para o foro que o tribunal julgou competente para nele se ventilar a causa de arbitramento de liberdade, iniciada pelo mesmo escravo, no lugar em que achava-se, e no qual havia requerido e obtido depósito de pecúlio e de sua pessoa.” O *habeas-corpus* foi impetrado por Manoel Jorge Rodrigues, juiz de direito avulso em favor de José, escravo do dr. Luiz de Souza Monteiro de Barros. O escravo entrou com uma ação de arbitramento do valor para a libertação e seu proprietário requereu a remoção do processo para o juízo competente, de Barra Mansa. Este pediu então por precatória também a transferência do escravo. A decisão afirmava não haver regra que obrigasse o comparecimento pessoal do autor ao juízo onde exercitasse a sua ação. A ordem foi concedida pela Relação da Corte, com votos vencidos de F. Mariani e Norberto dos Santos. O constrangimento é ilegal e inútil. (*O Direito*, v. 27: 193)

Habeas-corpus para escravos presos em virtude de processo criminal. Os três pedidos apresentados a seguir foram negados. As garantias do processo legal não eram aplicadas aos escravos acusados criminalmente e, argumentava-se, ser necessária circunspecção quanto à concessão da ordem a esses indivíduos, que não apresentavam as mesmas garantias de residência e de posição social que os seus senhores ou outros indivíduos livres com domicílio e ocupação certa. Os escravos acusados criminalmente, como aqueles detidos nos presídios, eram os que se encontravam nas piores condições, por situar-se no grau mais baixo da escala da sociedade escravista. Dado seu estatuto, os instrumentos destinados a garantir o respeito às formas legais do processo criminal seriam usados de maneira muito limitada e ineficaz. Ao mesmo tempo, a “circunspecção” presente nas decisões de *habeas-corpus* para escravos submetidos a acusação criminal mostra a consciência do risco representado pelo “inimigo doméstico” para a integridade dos senhores e do seu mundo. Os crimes de escravos eram freqüentes e havia o temor difuso – e a permanente precaução – dos senhores

20. *Apud O Direito* vol. 10: 79; PESSOA, id.: 279, n. 1681

e das autoridades contra possíveis crimes, revoltas e fugas em massa de escravos. O escravo submetido à acusação criminal não era mais o inimigo potencial, aquele indivíduo presente mas excluído das normas comuns da sociedade civil. Ele era o efetivo inimigo público e doméstico, para o qual dificilmente seriam eficazes as regras e garantias dessa sociedade (MACHADO, M. H., 1987 e 1994).

Embora decisões judiciais reconhecessem o direito dos escravos ao *habeas-corpus* em outras situações, permaneceu controvertida sua utilização para os escravos acusados criminalmente. Ainda em 1887, era negado o direito ao pedido ao paciente José, escravo, sob o fundamento de falta de titularidade dos escravos ao *habeas-corpus*. “A favor de escravo não tem lugar o recurso de *habeas-corpus* por não ser cidadão, e ter restritos os direitos criminais e civis. Não se pode dizer – preso sem processo – quem tem contra si inquérito e denúncia provavelmente dada.” Dec. do juiz de direito José Canuto de Figueiredo da Comarca de Leopoldina, de 24/2/1887 (*O Direito*, v. 42, 1887: 520).

Em *habeas-corpus* julgado em 18/9/1877, a Relação da Corte negou a soltura a Eleutério, escravo de Vicente Adão Ferraz, de Niterói, que se achava preso há mais de seis meses, pronunciado pelo crime de tentativa de homicídio do juiz municipal de Maricá. Dada a suspeita de co-autoria, o chefe de polícia resolveu não encaminhar o processo a júri, enquanto não se descobrissem os co-autores. O desembargador Bandeira Duarte considerou que não se tratava de *habeas-corpus*, garantia concedida aos cidadãos. “Ora, o escravo não é cidadão, e, pois, não pode gozar dela.” Os estrangeiros a gozavam, em causa própria; o paciente estava representado por um terceiro que não era o seu senhor. Os demais desembargadores entendiam que o *habeas-corpus* era admissível, o que já havia sido resolvido com a concessão da ordem de comparecimento. No mérito, negaram a soltura pois, pela pronúncia, o constrangimento não era ilegal.

No caso seguinte, trata-se da diversa aplicação do *habeas-corpus* a um escravo e a sua senhora, ambos indiciados por homicídio, em que foi concedida a soltura para esta, mas não para aquele. Mas houve vários votos vencidos, favoráveis à concessão da ordem ao escravo, pelo excesso de prazo da formação da culpa. A Relação do Recife

concedeu, em 11/12/1883, ordem de soltura com base no *habeas-corpus* pedido em favor de Herculina Adelaide de Siqueira por excesso de prazo na conclusão de inquérito e na formação da culpa. Ela estava recolhida havia quase um mês, indiciada no assassinato da preta Esperança, sem que tivesse sido instaurado o inquérito, nem iniciada a formação da culpa. A prisão sem culpa formada por mais tempo do que permitia a lei era crime pelo Código Criminal. A Lei de 6/12/1612 § 4.^o já determinava a soltura do réu preso sem culpa formada há mais de oito dias, se esta não fosse concluída neste prazo. Freitas Henriques e Pires Ferreira votaram vencidos também pela responsabilidade do delegado, do promotor público e do juiz de direito (*O Direito*, v. 33: 389).

Ao escravo Felisbino, acusado de cúmplice de sua senhora, a ordem foi negada pela mesma Relação. O escravo estava recolhido na casa de detenção desde 30 de outubro, indiciado no mesmo assassinato, perpetrado na véspera. O pedido de *habeas-corpus* argumentava que a prisão era ilegal, porque fora decretada sem justa causa e tinha ultrapassado o tempo para a instauração do processo de formação da culpa. A Relação considerava que o *habeas-corpus* podia ser negado ao escravo preso preventivamente, mesmo nem que o inquérito nem a formação da culpa tivessem sido efetivados no prazo legal. No acórdão, argumentava-se que, neste caso, não prevaleciam, em vista do fato delituoso, e de suas circunstâncias e diligências judiciais, os motivos da decisão que concedera a soltura à sua senhora.

O desembargador Pires Ferreira votou pela soltura e pela responsabilidade do delegado e do juiz de direito. Freitas Henriques negou o pedido, porque a prisão foi feita legalmente, embora existisse o excesso do prazo da prisão. Ele votava contra a concessão da ordem, “porque não militam a favor do escravo as mesmas razões que militaram em favor de sua senhora...: em prol do impetrante não se dão as mesmas condições para a sua soltura, que deram-se para a de sua senhora, em vista da sua qualidade de escravo, devendo-se executar o art. 175 do Código do Processo com muito mais prudência e critério em referência às pessoas livres, do que relativamente aos escravos”. Estes não ofereciam as garantias e estabilidade no lugar da culpa das pessoas livres, que não são

vagabundas, como era o caso da senhora do impetrante, que morava na cidade havia muitos anos. “As leis devem ser iguais para todos, sem dúvida, quer protejam, quer castiguem, conforme o § 13 do art. 179 da Constituição; mas para todos que perante elas tenham igual personalidade jurídica e estejam em condições idênticas, e não para todos que, em virtude das próprias leis, não são iguais entre si, nem a seu favor militam direitos idênticos, como não dá-se entre as pessoas livres e o escravo, não tendo até pelo nosso direito civil, nem pelo criminal, direitos iguais aos das pessoas livres.... Enquanto infelizmente, existir entre nós a escravidão, o escravo pelo seu estado, como criatura, só tem o direito de conservação da sua vida e da integridade de seu corpo, pelo nosso direito criminal; porquanto, felizmente, os senhores não têm sobre os escravos o direito de *vitae et necis*, como tinham os romanos... Pelo lado da legislação civil, somente goza o escravo dos poucos direitos que criou-lhe a áurea Lei de 29 de setembro de 1871, sendo que ainda hoje o escravo não tem personalidade jurídica, igual às pessoas livres perante os juízes e tribunais... O art. 340 e ss. do Código do Processo Criminal só dá aos cidadãos o direito de *habeas-corpus*, e a Lei de 1871 o estendeu aos estrangeiros. Ainda quando assista aos curadores de escravos o direito de requererem ordem de *habeas-corpus* para seus curatelados, nos casos puramente criminais ... trata-[se] do justo discernimento dos juízes e tribunais.” (*O Direito*, v. 33: 389 ss.).

Habeas-corpus como garantia para os libertos, contra tentativas de reescravização. O *habeas-corpus* foi utilizado como meio de defender os libertos contra tentativas de reescravização feitas pelos senhores sem obedecer aos procedimentos da Lei do Ventre Livre. Se, até então, a reescravização de libertos era feita por simples requisição do senhor às autoridades policiais, com aquela lei os senhores deveriam impetrar uma ação de escravidão, que só teria o efeito de reduzir o liberto à escravidão depois da sentença definitiva. As decisões que transcrevemos a seguir vão neste sentido.

Habeas-corpus envolvendo a análise da validade do título legal de liberdade contestado pelo senhor. Neste caso, colocavam-se os problemas dos requisitos do título de liberdade, os efeitos de sua contestação pelo ex-senhor e os procedimentos que este deveria adotar. Anfilóbio B. Freire de Carvalho, juiz de direito de Areias

concedeu *habeas-corpus* preventivo para impedir a reescravização de Angelino Manoel José Nogueira, liberto que estava sujeito à ameaça de apreensão judicial como escravo. Ele exibiu em juízo carta de liberdade revestida de todas as solenidades legais externas, inclusive o lançamento nas notas, e título de qualificação eleitoral do lugar de sua residência. Nas suas informações, o juiz municipal afirmou que recebeu precatória do município de S. João do Príncipe, do RJ, onde o comendador Joaquim de Souza Breves havia requerido a prisão do paciente, alegando que era seu escravo fugido. Interrogado, o paciente provou sua liberdade, mostrando que vivia desde 1876 no município e nunca fora escravo do comendador. O escravo fora libertado pelo seu antigo senhor, mas deixara de cumprir integralmente os serviços que devia, porque Breves invadiu a fazenda deste, em virtude de dívidas, reduzindo-o ao estado de penúria. Enfim, já estava prescrita a ação de escravidão. O juiz de direito argumentava que não lhe cabia apreciar a validade da carta de liberdade e que fazia justiça e praticava ato de humanidade relaxando o indivíduo. “A liberdade uma vez concedida é irrevogável, até que o título que dá direito a ela seja contestado e anulado pelo meio judicial competente”.²¹

A Relação da Corte concedeu, em 28/11/1877, *habeas-corpus* para Virgínia, a fim de garantir a manutenção de posse da sua liberdade. “Mandam que a paciente continue mantida na sua liberdade na forma do mandado que assim decretou em virtude da sentença que julgou procedente a respectiva justificação [que lhe concedeu a liberdade], estado de que não podia ser tirada para ser recolhida a depósito sem ser pelos meios legais; revogada a mesma sentença, e o mandado passado em observância a ela.” A Relação de São Paulo no acórdão n. 91, de 10/9/1875, concedeu *habeas-corpus* a libertos cujo título de liberdade não preenchia os requisitos legais. “A escritura de liberdade, concedida por mulher casada, prevalece, ainda que, sem assinatura do marido, enquanto pelos meios legais não é anulada. O escravo assim liberto, a ser preso, está no caso de obter soltura por *habeas-corpus*” (*apud* PESSOA, *id.*: 286-8, n. 1719 e p. 279, n. 1681).

21. Dec. de 27/11/1880, confirmado pela Relação de SP em 20/12/1880 (*O Direito*, v. 29: 431-5).

A Relação do Recife concedeu *habeas-corpus* a Felícia, Thomé e Marianna, menor, pedido pelo advogado Vicente Ferrer de Barros Wanderley Araújo. “O *habeas-corpus* é meio legal de fazer cessar a prisão decretada indevidamente contra escravos, que apresentam carta de liberdade, posto que se presume outorgada indevidamente, o que só pode ser resolvido por ação ordinária”. Os escravos receberam a liberdade da viúva meeira e de seus filhos, exceto um. O herdeiro dissidente, a despeito da liberdade de que já gozavam os impetrantes, fundada em título legal, requereu e obteve que o juiz de órfãos mandasse depositar os impetrantes na casa de detenção. Os pacientes argumentavam que esta ordem apresentava duas ilegalidades: a casa de detenção não era lugar de depósitos, pois lei alguma deu-lhe tal destino; e não era o caso de depósito, pois se tratava de pessoas livres, que não estavam sujeitas a tal medida. Outro fundamento, era a incompetência absoluta do juiz de órfãos para decretar a prisão-depósito dos impetrantes. O Acórdão concedia a soltura, “por constituir constrangimento corporal a detenção prolongada e indefinida que tem sofrido os mesmos, sob fundamento de garantia a direitos de terceiros, quando outros são os trâmites legais para a anulação da alforria, que lhes foi concedida e assim não havendo justa causa que fomenta a permanência da prisão, imediatamente que fique sem efeito...”²² A decisão afirmava que o *habeas-corpus* era empregado em casos semelhantes, como no Ac. de 10/9/1875 da Relação de São Paulo, que manteve a liberdade de libertos por escritura passada por mulher casada, que prevalecia enquanto não fosse anulada pelos meios regulares. Citava ainda decisão da Relação da Corte, de 16/4/1850, confirmada pelo STJ em 18/6/1860, que considerava válida a concessão de liberdade sem o cumprimento de formalidades em testamento.

Porém, a Relação da Corte negou ordem de *habeas-corpus* aos pacientes Laurindo, Agostinho e Damásio, que estavam presos desde o dia 5 de janeiro de 1887, quando a prisão não poderia ter excedido 30 dias. A ordem era negada, porque estava pendente de decisão

22. Voto vencedor de Toscano Barreto, vencedores: Quintino de Miranda, Buarque Lima, Pires Ferreira; vencidos: Queiroz Barros, Oliveira Maciel; Pires Gonçalves, vencido quanto a Thomé; Freitas Henriques.

da Relação a apelação do despacho que decretara a sua liberdade. “A conservação de libertos, na casa de detenção, por mais de 30 dias, não é caso para resolver-se por meio de *habeas-corpus*, desde que acha-se pendente de decisão da Relação a apelação do despacho que os mandou por em liberdade, e que foi recebida nos termos regulares.”²³

Habeas-corpus para libertos sob cláusula de prestação de serviços que deixavam de cumpri-los. Neste caso, estavam envolvidas as questões do estatuto jurídico dos indivíduos libertados e dos procedimentos adequados para tornar efetiva a sua reescravização. A Relação de São Paulo decidiu no Ac. n. 10 de 8/10/1875 ser ilegal “a prisão por falta de implemento de contrato, contra aquele que se obrigou à prestação de serviços, para pagamento da quantia adiantada, para a sua liberdade, tendo sido esta conferida, sem condições”. A Relação de Belém decidiu em 14/8/1876 que o escravo libertado a título oneroso pelo filho da sua senhora é reputado liberto, enquanto o contrário não for julgado por via de ação competente, ainda que se prove não ter o filho poderes especiais para conceder essa liberdade, a qual deve ser levada à sua conta (*apud* PESSOA, id.: 279, n. 1681).

A Relação de São Paulo, em decisão de 12/4/1881, concedia a soltura ao “escravo liberto com a condição de prestar serviços, e contra o qual foi expedido mandado de prisão para coagi-lo a prestá-los, ...visto como, por meio da ação competente, deve-se previamente liquidar a obrigação da prestação de serviços”. Vencido o des. Marcos Antônio, para quem o paciente, liberto com cláusula de prestação de serviços tinha o mesmo estatuto que o liberto pelo fundo de emancipação e, portanto, era sujeito aos meios coercitivos que o obrigavam à prestação dos serviços (*O Direito*, v. 25: 294-7).

Habeas-corpus para garantir a posse da liberdade. Quando os libertos gozavam da posse pacífica da liberdade, colocava-se também o problema dos procedimentos para a sua reescravização. Nesta situação, prevaleciam os argumentos de presunção da liberdade, a qual somente pelos meios judiciais poderia ser retirada

23. *Habeas-corpus* n. 546, dec. de 4/10/1887, Carneiro de Campos, vencido (*O Direito*, v. 44, 1887: 604).

daqueles que a possuíam. Assim, o juiz de direito de Santo Amaro admitiu o *habeas-corpus* para pôr em liberdade o escravo, a quem se concedeu a manutenção da posse de liberdade. Se esta fora mantida, em vista do mandado, a ordem de prisão não poderia ser expedida sem a anulação, pelos meios regulares, a sentença de manutenção.²⁴ A Relação de Fortaleza decidiu ser “ilegal a prisão, de quem se presume ser livre por se achar no gozo da sua liberdade, e como tal devia ser mantido.” Não se poderia litigar sobre o domínio e posse de escravos, sem exhibir a matrícula (*apud* PESSOA, id.: 279, n. 1681).

O juiz de direito de Mossoró, Alcibíades Dracon de A. Lima concedeu *habeas-corpus* a Gregório Manoel da Silva, preso como escravo por terceiro. “Sofre constrangimento ilegal quem, no gozo da liberdade, é preso como escravo, à requisição de terceiro, que nem sequer exhibe a certidão de matrícula.” O paciente residia há tempos na cidade como livre e a prisão era ilegal porque era presunção de direito que as pessoas que gozam a liberdade são livres. O paciente fora preso como escravo, mas não constava dos autos a sua condição servil, o que “era aliás indispensável provar, visto que sendo a liberdade de direito natural, sempre se presume”. Ele não fora preso pela autoridade policial por requisição de seu senhor, mas a pedido de terceiro, que não tinha poder para fazê-lo. Enfim, não foi apresentada a matrícula competente.²⁵

O juiz de direito de Vila Bela, Manoel Joaquim Ferreira Esteves, concedeu em 15/3/1887, *habeas-corpus* em favor das libertas Joana Maria da Conceição e Antônia Maria das Dores, que se achavam na posse de suas liberdades havia quatro anos, sem contestação alguma. O juiz afirmava a necessidade de provar a escravidão e limitava a faculdade de prender libertos, sem provas, matriculá-los como escravos: “Não é pela prisão que se prova a escravidão; as pacientes não podiam ser presas, como foram, sob pretexto de escravas, e além disso de fuga, sem que primeiro se discutisse e

24. Sentença do Juiz de Direito de Sto. Amaro de 18/3/1875, confirmada pela Relação da Bahia, *apud O Direito*, v. 7: 745-6.

25. H.C. confirmado pela Relação de Fortaleza em 26/11/1886, decisão unanime (*O Direito* v. 42, 1887: 17).

provasse pelos meios legais as nulidades dos títulos que conferiram-lhes suas liberdades. As regras favoráveis à liberdade devem ser religiosamente acatadas. Pelo art. 8.º § 2.º. do decreto de 14/11/1885 é crime concorrer para a matrícula de pessoas livres ou que já estiverem libertas pela posse da liberdade. Bem ou mal conferidas as cartas de liberdade das pacientes (o que não cumpre aqui apreciar) o ato de suas prisões, a pretexto de escravas, e como contrapeso, de fuga, foi um ato violento e ilegal, porque ninguém, estando no gozo de sua liberdade, pode ser preso ou conservado em prisão com escravo, enquanto se não provar esta qualidade.” Ordem de *habeas-corpus* concedida (*O Direito*, v. 43, 1887: 434).

Nessas decisões, reconheceu-se o direito do liberto ao gozo da liberdade, mesmo que o seu título não preenchesse todos os requisitos de validade legal. A representação pelo ex-senhor contra o liberto não levaria à reescravização imediata e só em processo judicial poderia o ex-senhor recobrar o seu ex-escravo. A passagem do estatuto de escravo para o de liberto era julgada irreversível, a não ser nos casos em que houvesse decisão judicial definitiva em contrário. No processo de escravidão, caberia ao ex-senhor o ônus da prova, e o liberto contava com a presunção da liberdade em seu favor, na interpretação das leis e na apreciação dos fatos.

Em suma, nas decisões que apresentamos acima aparece a oposição entre decisões dos magistrados e a eficácia dos mecanismos senhoriais e policiais de controle de escravos e libertos. Vemos também argumentos e procedimentos técnicos com os quais o direito absoluto à liberdade natural deixava de ser mera titularidade sem objeto para encontrar algumas formas de exercício na prática judicial.

Nesses *habeas-corpus* em favor de escravos e de libertos mostra-se o aprofundamento das contradições e o esgotamento da prática judicial prudencial, baseada no paradigma jusnaturalista-conservador. Nos julgamentos desses pedidos coloca-se de modo incontornável a contradição entre os princípios da autoridade e da liberdade, cuja conciliação era proposta pela doutrina conservadora e efetivada pela prática judicial prudencial. Tem-se, por um lado, o princípio da autoridade, com os objetivos de segurança e garantia das instituições

políticas à propriedade escravista, e, por outro lado, o princípio do direito natural absoluto à liberdade individual, contrariado na situação extrema representada pela escravidão.

A prática judicial não interpreta os dispositivos legais apenas a partir da garantia ao direito de propriedade do senhor, ou da conciliação entre os princípios opostos da liberdade e da autoridade. A prática judicial volta-se a uma interpretação mais estritamente técnico-sistemática das leis, tomando como ponto de partida o princípio do direito absoluto dos indivíduos à liberdade e a conseqüente proteção judicial, quando sujeitos à escravidão ou ameaçados de reescravização. Os atos contrários a esse direito – praticados pelas autoridades públicas, pelos proprietários dos escravos, ou por terceiros – passavam a ser verificados segundo critérios estritos de legalidade, no sentido que a coação à liberdade individual era uma faculdade atribuída pelas instituições em situações e em casos determinados, que poderiam ocorrer apenas quando fossem cumpridos os requisitos estabelecidos pela lei.

No processo de crise final da escravidão, manifesta-se um importante momento da prática judicial brasileira, que constitui um precedente da campanha de Rui Barbosa na República, em favor de uma prática judicial baseada no constitucionalismo liberal norte-americano.

6. A CRÍTICA POSITIVISTA AO JUSNATURALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMA DO PENSAMENTO JURÍDICO

A história das idéias situa em 1868 a chegada do positivismo no Brasil, tomando a afirmação de Silvio Romero sobre o “bando de idéias novas” que aqui aportou naquele ano (*apud* MACHADO NETO, 1969: 45). Um movimento imperceptível vinha havia algum tempo minando o pensamento oficial do Império, até que uma série de fatores políticos, econômicos e culturais desencadeou um processo no qual o mundo oficial passou a sofrer ataques de todos os lados. Essa afirmação indica a emergência no discurso teórico de uma mudança de atitudes que, desde o início da década de 1850,

começara a ocorrer em setores de classe média urbana e junto a alguns empresários do país.

A divulgação dessas “novas idéias” no Brasil é mais do que um tema da história das idéias, e não é apenas um capítulo da cópia de teorias estrangeiras por intelectuais brasileiros. Mesmo que a assimilação tenha sido apenas parcial e fragmentária, que a conciliação de modelos incompatíveis tenha resultado em obras contraditórias, superficiais ou mal-acabadas, trabalhos dentro do paradigma positivista²⁶ serviam aos partidários da modernização no Brasil para justificar e sustentar a formulação de seus projetos de mudança econômica e política.

A divulgação do positivismo no Brasil tem sido apresentada como uma reação ao bacharelismo, à formação eminentemente teórica e liberal dos juristas, que dominavam a cena política imperial. É menos comum apontar a presença, entre os próprios juristas, nas Faculdades de Direito, de trabalhos que, a partir do paradigma positivista, criticaram as doutrinas jurídicas fundadas no jusnaturalismo.²⁷ Em virtude dos problemas que o positivismo de Comte apresentava aos juristas, eles adotaram outras versões, não identificadas diretamente a este pensador.²⁸

26. No conjunto, os trabalhos de tipo evolucionista, positivista e outros tipos de naturalismo biológico pertencem a um mesmo paradigma, pois possuem em comum referenciais teóricos, a perspectiva, problemas e instrumentos, em função dos quais eles criam suas aproximações e oposições (tomamos livremente a noção de paradigma do conhecido trabalho de Thomas Kuhn). A mudança de paradigma no Brasil do século XIX não pode ser considerada um processo imaneente, pois inexistia pesquisa científica institucionalizada. Porém, os debates intelectuais no país modificaram-se, segundo a recepção do exterior.

27. Sobre o positivismo na Academia de Direito de São Paulo, ver LINS, 1964: 138 *et passim*. Lília Schwarcz analisa as diferenças teóricas e políticas das Academias de Direito de São Paulo e do Recife sobre a questão racial. Para nossa discussão, importam seus pontos teóricos comuns, também apontados pela autora (SCHWARCZ, 1993:183).

28. “O es Spencerismo, que apresenta a mais vasta teoria do progresso, que afirma a ‘lei da *diferenciação progressiva*, corresponderia perfeitamente aos desejos desses *novos-pobres...* [os bacharéis em direito] A noção do aperfeiçoamento indefinido do indivíduo, que a filosofia evolucionista encerra, condizia com os interesses dessa nova classe de bacharéis e doutores e libertava-os, ao mesmo tempo,

O paradigma positivista é divulgado entre os juristas brasileiros como a filiação a uma nova escola, que critica o jusnaturalismo. A descontinuidade teórica não é consequência de um desenvolvimento imanente aos espaços de saber brasileiros, aliás, de institucionalização precária nas Academias do Império. A adesão ao positivismo se manifesta antes de tudo como uma espécie de querela literária, e o espaço de manifestação dos defensores da nova perspectiva teórica são os clubes literários, o jornalismo e publicações acadêmicas (ADORNO, 1988).

Os positivistas ingressam lentamente nos quadros docentes das Academias de Direito do Império. No Recife, nos anos seguintes à nomeação de Tobias Barreto como professor, em 1882, seus seguidores candidatam-se aos concursos para docentes, sendo nomeados professores Adelino de Luna Freire Filho e José Isidoro Martins Júnior. Outros professores passaram a defender teorias positivistas, como João Vieira de Araújo, nomeado em 1877, que adotou as teses da escola criminológica italiana, ou evolucionistas, como José Higino Pereira, nomeado em 1876. Em São Paulo, eram professores Pedro Lessa e João Monteiro.

O momento mais conhecido da introdução do paradigma positivista nas Faculdades de Direito do Império é o da chamada "Escola do Recife". Como chefe de escola, Tobias Barreto divulga com verve e prolixidade, os trabalhos do positivismo comteano, dos evolucionistas e da jurisprudência dos interesses, sucessivamente. Clóvis BEVILÁQUA (1977: 363) chama-o ensaísta, pois não lhe apraziam as análises demoradas. "Agitando idéias, demolindo construções antiquadas, percorrendo vários domínios da filosofia e do Direito, pode, afinal, prestar melhor serviço à evolução do pensamento brasileiro, do que se cultivasse com afinco, um só departamento científico." Ele procede ao deslocamento teórico dos principais problemas debatidos por conservadores e liberais no interior do paradigma jusnaturalista, e adota uma posição de

das crenças teológicas sem os obrigar a aderir à religião da Humanidade. A elite burguesa brasileira encontraria no evolucionismo uma síntese filosófica que justificava a sua atitude política, social e até religiosa, pois que, como diz Engels, o próprio agnosticismo era uma maneira de aceitar ocultamente o materialismo e renegá-lo publicamente..." (COSTA, J.C., 1956: 301).

exterioridade em relação a esses problemas, pois não procura resolvê-los, mas os tematiza como pretexto para propor nova perspectiva e outra problemática.

Vejamos as questões dos fundamentos do direito de punir, a sua crítica aos fundamentos teóricos do jusnaturalismo e os travejamentos de sua proposta de uma ciência do direito conforme à “era de Darwin”.

Crítica ao problema dos fundamentos do direito de punir. Tobias Barreto desenvolveu os seus estudos em particular no direito criminal, criticando a escola clássica, sem adotar as teses da escola positiva italiana. Nos *Prolegômenos* (1926a), ele afastava o problema do fundamento do direito estatal de punir, pois considerava esta questão abstrata e insolúvel, cuja resolução não alteraria em nada a prática da punição. O próprio Código Criminal mostrara a inutilidade desta, pois não incorporava nenhuma das teorias absolutas do direito de punir. A teoria socialista, para a qual o crime era o resultado da má organização social, e a naturalista, segundo a qual o crime seria uma consequência necessária de fatores biológicos, eram parciais e, portanto, incompletas. Ambas apontavam fatores incontestáveis do crime, mas o problema era estabelecer o verdadeiro alcance da ação desses fatores, o que não poderia ser resolvido de forma teórica. A vontade, a natureza e a sociedade não esgotavam a série de fatores possíveis e, além disso, havia termos médios, gradações na sua ação. Para ele, a determinação de quais atos constituíam crime era uma questão de política social, ou política criminal, dado que os casos eram determinados pelo legislador de cada sociedade particular. Porém, apesar de sua extensão mutável, o conceito de crime era sempre idêntico. “Por toda parte ele representa-nos, de um lado, isto é, do lado do delinqüente, uma agressão contra as condições vitais da sociedade e do lado desta, a sua convicção, expressa, em forma de direito, de que ela não pode defender-se do delinqüente, senão por meio da pena.” (id.; *ibid.*: 24-8; 35) Assim, o crime era uma “irregularidade social”, definida pelo legislador para a defesa dos interesses vitais da sociedade; era elemento perturbador do Direito, contrário ao processo de adaptação da atividade humana aos fins sociais. Por esta razão, deveria ser combatido, por meios suasórios ou coercitivos (*apud* BEVILACQUA, *id.*: 370).

Crítica aos fundamentos do jusnaturalismo. Tobias Barreto introduziu no Brasil a filosofia do direito de Ihering, a jurisprudência dos interesses, que pretendia aplicar a teoria darwinista ao direito (LOZANO, 1994). A partir deste marco teórico, a idéia de direito natural era considerada uma abstração metafísica, criada arbitrariamente pelos teóricos como uma “centelha divina”, ou como idéia da razão, universal e necessária “Os chamados direitos naturais e originários como o direito à vida, à liberdade e poucos outros, nunca existiram fora da sociedade; foi esta quem os instituiu e consagrou...” (Introdução a *Menores e Loucos*, apud MACHADO NETO, 1969: 91). Para o espírito científico moderno, o direito, como todos os fenômenos, estava submetido ao desenvolvimento, ao processo de transformação perpétua. “A fixidez do direito, quer como idéia quer como sentimento, é uma verdade temporária e relativa, se não uma verdade *local*, ou uma ilusão de ótica psicológica, devida aos mesmos motivos, que nos levam a falar da fixidez das estrelas.” A fixidez do direito era uma ilusão, um efeito do ponto de vista, contra a qual a ciência proporcionava uma perspectiva mais adequada (BARRETO, 1926b: 3-4).

O Direito era um produto cultural da evolução da humanidade, uma espécie de “política da força que se restringe e modifica... como um invento, um artefato, um produto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo...” O direito era a força modificada e, por isso, a forma mais regular, o modo melhor de coexistência humana. “Perante a consciência moderna, o direito é um *modus vivendi*; é a pacificação do antagonismo das forças sociais, da mesma forma que, perante o telescópio moderno, os sistemas planetários são tratados de paz entre as estrelas.” (apud BEVILACQUA, id.: 367).

Para que o direito fosse transformação da força, era necessário que esta defendesse um interesse em harmonia com o de toda sociedade. Assim, a proteção do direito individual, e a correspondente coação, era ao mesmo tempo a preservação de um interesse útil à sociedade. O interesse individual só era direito, nesta concepção, na medida em que era compatível com o interesse de toda a sociedade, o qual harmonizava os interesses individuais em choque, sendo traduzido na forma da lei.

A ciência do direito não era o resultado de procedimentos dedutivos, a partir dos princípios gerais postos pelo direito natural,

nem a sistematização do trabalho dos juristas práticos. A ciência do direito era um tipo de ciência social, baseada no modelo das ciências dos seres vivos. “A ciência do Direito é uma ciência dos seres vivos; ela entra, por conseguinte na categoria da *fisiografia* ou *filogenia* das funções vitais. O método, que lhe assenta, é, sobretudo, o método filogenético....” No princípio, a humanidade não conhece a idéia de direito, pois esta só se desenvolveu nas fases posteriores da evolução. A ciência do direito deve expor essa evolução, a partir da lei da herança e adaptação. Se a vida era uma “equação de condições”, o direito tinha como especificidade que suas condições dependiam da atividade voluntária e da coação estatal. A ciência do direito estudava estas formas condicionais específicas, das quais dependia, entre outras, a ordem social ou o estado normal da vida pública. A ciência do direito adquiria assim um caráter histórico e evolutivo, e os dois únicos pontos de vista da sua pesquisa seriam o da filogenia, ou estudo da evolução do direito na humanidade em geral, e o da ontogenia, a evolução do direito em uma sociedade particular. Dessa perspectiva, poderiam desenvolver-se as diferentes subdivisões do estudo do direito, como o direito interno e externo, público e privado, etc. (id. 35-6; BEVILACQUA, id.: 369).

Se o direito era relativo à evolução da sociedade, e se cada uma das sociedades se desenvolvia segundo a sua própria história, não era possível a transposição das instituições de uma sociedade para outra. Se a legislação traduzia os interesses da sociedade, ela era relativa ao estágio evolutivo desta. Se o processo evolutivo era contínuo, também a legislação o era, e assim os dispositivos legais particulares tinham de ser adaptados à harmonia do conjunto, devendo ser excluídas as interpretações da lei incompatíveis com a organização social que pudessem ter conseqüências perturbadoras, ou “absurdas”, para a organização social existente. Desse modo, não só não havia direito natural, como apontou Bevilacqua, mas também ocorria a transformação do direito individual de princípio em função social, tornando-se o seu exercício relativo ao interesse de toda a sociedade em uma determinada fase de sua evolução histórica.

À primeira vista, o significado dos trabalhos de Tobias Barreto e de outros críticos do jusnaturalismo poderia parecer tão estéril quanto o catecismo comteano, apenas variações da caricata impor-

tação de idéias estrangeiras no Brasil. Mas a divulgação do positivismo marcava a emergência no domínio teórico de uma mudança de atitude desses novos setores quanto à modernização do país. Nas décadas finais do Império, o alcance do novo paradigma ampliava-se, na medida em que seus defensores ingressavam nos quadros docentes das Academias de Direito.

As versões do paradigma positivista apontam para uma nova maneira de pensar a relação entre o poder político e os direitos individuais no Brasil. O Estado é liberal, no sentido em que se rejeita sua intervenção na economia e na sociedade, e em que se concebe como seu papel principal servir de garantia aos direitos individuais. Porém, o fundamento dos direitos individuais não é mais de tipo jusnaturalista: já não se trata de direitos naturais absolutos dos indivíduos, mas de função social, e sua relação com a sociedade e com o poder político passa a ser de complementaridade e subordinação. A proteção dos direitos dos indivíduos é condição para o progresso e o desenvolvimento da sociedade. Em sentido inverso, os interesses individuais só se tornam direitos na medida em que sejam compatíveis com os fins de toda sociedade, pois, uma vez que a finalidade do direito é a coordenação das atividades sociais para a harmonia e a evolução da sociedade, não existe nem pode existir direito individual contrário àqueles fins.

Dentro do paradigma positivista, o pensamento jurídico republicano buscará uma interpretação moderna e "harmônica" para o processo da modernização sem mudança social. O paradigma positivista oferece ao pensamento jurídico um objetivo social comum de novo tipo, que substitui o tradicional argumento dos conservadores pela conciliação dos dois princípios absolutos da ordem política, a liberdade e a autoridade. O pensamento jurídico e a prática judicial republicanos desenvolverão o conceito jurídico do objetivo social comum, de modo que possa servir como princípio de interpretação e de integração dos dispositivos legais, como critério de demarcação, como limite para a determinação do conteúdo do direito.

Nos debates doutrinários e nas decisões judiciais relativas às garantias constitucionais, os juristas brasileiros elaboram o objetivo social comum como a integração hierarquizada e ordenada dos indivíduos ao conjunto da sociedade em evolução. A partir daí, juízes

republicanos aceitarão poderes arbitrários para as autoridades policiais e limitarão os direitos individuais, afirmando que não pode haver exercício da liberdade individual contra a ordem social, mesmo sem a proibição legal do ato; que o Executivo – e seus representantes inferiores, como as autoridades policiais – pode regulamentar, mesmo sem autorização legislativa, as atividades consideradas perigosas ou danosas à ordem social; que o Executivo pode expulsar estrangeiros sem medida legislativa, em virtude do princípio da defesa do organismo social; que, para os acusados de anarquismo, não se aplicam as restrições legais à expulsão de estrangeiros, porque eles nunca adquirem os direitos garantidos constitucionalmente aos estrangeiros residentes no país (ROURE, 1979, II).

Nas décadas de 1870 e 1880, Tobias Barreto, como muitos outros, juristas ou não, adotava com entusiasmo e agressividade o novo paradigma, que lhe permitia pensar o direito de modo positivo, científico e moderno. Este paradigma colocava um outro tipo de teoria, uma concepção do indivíduo, na qual deveria prevalecer uma relação harmônica entre indivíduo e a sociedade em evolução. Porém, nas condições em que se deram os processos de mudança social e política no Brasil, algumas correntes desse paradigma, como o jacobinismo e a criminologia positivista, serviram de contraponto à expansão do liberalismo na prática judicial, fornecendo argumentos e técnicas para os problemas jurídicos daquela sociedade em mudança.

7. CONCLUSÃO

Durante o Segundo Reinado, o *habeas-corpus* foi praticado de acordo com a interpretação da tradição jurídica conservadora, para a qual o *habeas-corpus* não era garantia constitucional, mas recurso criminal. A Reforma Judiciária de 1871 ampliou os casos legais que permitiam o *habeas-corpus* para os estrangeiros.²⁹ A partir do início da década de 1870, dispositivos legais modificaram o estatuto jurídico

29. A Reforma admitiu o *habeas-corpus* para as prisões administrativa e o recrutamento, com o que deixaram de existir autoridades privilegiadas, cujas detenções estariam excluídas do exame judicial. Neste sentido, ampliou-se a competência das autoridades judiciais em relação às outras autoridades estatais.

dos escravos e libertos. A abolição da escravidão, em 1888, completa o processo, deixando de existir diferenças de estatuto jurídico dos indivíduos perante a legislação civil e criminal do Império.

Essas mudanças legais implicaram a generalização e a uniformização do estatuto jurídico dos indivíduos para os quais era possível demandar *habeas-corpus* e parecem apontar no sentido da simplificação dos problemas jurídicos nele levantados, pois não se colocariam mais os do exame de exceções relativas a privilégios da autoridade coatora e do estatuto jurídico dos pacientes. Restaria à autoridade judiciária a verificação das causas e condições da detenção, em função dos critérios do art. 353 do Código de Processo. Se a detenção não respeitasse esses critérios, a ordem de soltura seria concedida pelo juiz.

Porém, as coisas não se passariam de forma tão simples, pois a ampliação do *habeas-corpus* e a simplificação do estatuto jurídico dos indivíduos ocorreram junto a outras transformações sociais e políticas. Em seu conjunto, vemos nesse processo a complexidade e a ambivalência da prática judicial em relação às garantias civis, às práticas a-legais de controle social e aos movimentos populares, bem como seus efeitos sobre a prática judicial prudencial e conservadora do Império.

Com o crescimento populacional das principais cidades do país, intensificou-se o controle social baseado na detenção a-legal de indivíduos pobres e suspeitos. Ampliou-se a atividade policial nas cidades maiores, sem ter havido um aumento correspondente da atividade da justiça criminal. Ao mesmo tempo, os movimentos populares urbanos, expressando demandas de maior participação política e social, entre outras formas de ação, procuraram ampliar o uso de instrumentos legais para garantir seus direitos de cidadania (no caso, a liberdade individual, pelos atingidos pela atividade repressiva estatal). Esses processos se manifestaram no aumento do número de *habeas-corpus* nos anos finais do Império. Para a prática judicial, essa ampliação, em oposição à política de controle social pela detenção a-legal dos indivíduos pobres na sociedade pós-escravista indicava tendências problemáticas, tanto de política judiciária e criminal como no próprio conceito já estabelecido do *habeas-corpus*.

As contradições da legislação relativa aos escravos e libertos, assim como os instrumentos jurídicos criados pela transição, eram explorados no sentido de obter a liberdade para os escravos e garantias legais para a libertos. Com isso, a atividade judicial acelerava a crise final da sociedade escravista, e – como vimos nos *habeas-corpus* em favor de escravos e de libertos – revelava-se o esgotamento da prática judicial prudencial e conservadora. Essa prática era ultrapassada pelo liberalismo, pelos novos conceitos jurídicos e procedimentos de interpretação da lei e pelo positivismo jurídico, que criticava os fundamentos teóricos do jusnaturalismo e propunha deslocamentos que implicavam uma nova maneira de pensar o direito, os indivíduos e a sociedade.

O alcance das tendências problemáticas criadas por esse conjunto de mudanças era limitado pelo esquema da ordem política imperial. Os magistrados tinham limitada autonomia de julgamento em relação aos órgãos da soberania, o Imperador e o Parlamento, sendo-lhes vedada a intervenção em questões que envolvessem o interesse público, o julgamento da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Parlamento, cabendo-lhes obedecer os atos dos outros poderes. Com a regra da antigüidade para as promoções no Judiciário, a renovação de quadros nos cargos superiores se fazia apenas lentamente. Como o *habeas-corpus* permanecia um recurso, para a doutrina jurídica e para a prática judicial dominantes, as possibilidades de mudanças eram laterais e só gradualmente passaria a ser utilizado segundo novos conceitos.

Com a República, ocorrem rupturas mais ou menos profundas em diversos níveis das instituições jurídicas e políticas. Renovam-se os quadros políticos, do Poder Judiciário e das faculdades de direito, que são ocupados por representantes do positivismo jurídico. A Constituição de 1891 acolhe o *habeas-corpus* como garantia e a redação de seu dispositivo (art. 72 § 22). Com isso, criam-se controvérsias sobre seu conceito e seu campo de aplicação e este passa a ser problema central da prática judicial republicana. O *habeas-corpus* tornara-se uma garantia constitucional ou se mantivera um recurso criminal? Quais eram os direitos que estavam protegidos pelo instituto? Qual o efeito dessas mudanças para o uso do *habeas-corpus* em face das continuidades das práticas a-legais de controle social?

O HABEAS-CORPUS NA PRÁTICA JUDICIAL REPUBLICANA: MUDANÇAS E CONTINUIDADES NO DOMÍNIO PENAL

1. INTRODUÇÃO

Apresentamos, inicialmente, uma interpretação da Proclamação da República e algumas das mudanças e continuidades nas instituições e práticas de controle social (2.). A enunciação do *habeas-corpus* como garantia constitucional (3.) suscitou divergências no STF, a respeito do seu estatuto jurídico (4.).

Na transição à República, permaneceu em vigor a legislação processual penal do Império, inclusive as normas do *habeas-corpus* (5.). Na legislação Imperial, o *habeas-corpus* era norma processual, à qual poderiam ser opostas outras, de lei ordinária. Porém, ao ser acolhido como garantia na Constituição republicana, o *habeas-corpus* tornava-se superior a essas normas e, com isso, redefiniam-se suas relações. Estudamos o modo como foi entendida a sua aplicação no domínio penal (6. e 7.). A prática judicial passou a aplicar o instituto a situações que eram formalmente excluídas pela legislação recebida do regime anterior. Além disso, com a separação de poderes, o Poder Judiciário passou a delimitar mais claramente as atribuições propriamente judiciais no processo penal daquelas relativas à administração e à polícia. O *habeas-corpus* tornou-se um instrumento de verificação judicial do respeito, no processo, aos direitos individuais enunciados na Constituição. Com ele, eram

sanadas nulidades substanciais e, em menor extensão, examinados casos de réus condenados, tendo, assim, um domínio mais amplo do que o seu antecedente imperial no controle da legalidade das prisões e das formas do processo, ocorrendo, pois, importantes mudanças na sua prática.

Embora significativas, essas mudanças não são lineares, nos diversos tribunais ou no tempo. Em São Paulo, dominou a concepção restrita do *habeas-corpus*, sendo os pedidos negados sistematicamente, em nome das exclusões determinadas pela Lei de 1871. É no STF que aparecem as mudanças mais importantes, já nos anos iniciais da República, havendo, no entanto, uma constante oscilação nas decisões do Tribunal, que enunciam sucessivamente a vigência e a revogação das normas daquela lei.¹

Porém, as mudanças na prática judicial não são acompanhadas de transformações nas práticas mais amplas de controle social. Como no Império, é comum a detenção, pela polícia, de indivíduos suspeitos nas ruas, mas apenas alguns casos resultam em efetivos inquéritos policiais e processos criminais. Diante disso, apresentavam-se diversos argumentos para fundamentar a negativa de conceder *habeas-corpus* e de promover o processo de responsabilidade contra essas autoridades coatoras.

Continuam, pois, os inúmeros *habeas-corpus* concedidos anualmente pelos tribunais por ilegalidade da prisão e os casos em que a resposta da autoridade policial ao pedido de informações do juiz ou tribunal era que o preso já havia sido solto. A autoridade judiciária simplesmente declarava o *habeas-corpus* prejudicado, sem verificar a responsabilidade da autoridade coatora, que continuava a ser sua obrigação legal, pois ainda vigorava o art. 18 § 3.º de Lei 2.033, de 1871). Assim, mesmo com a ampliação do campo de aplicação do *habeas-corpus* no domínio penal, permaneceu em grande parte ineficaz o controle judicial da legalidade da ação policial, das formas do processo, do exame da integridade física

1. Um estudo quantitativo dos processos de *habeas-corpus* no STF poderia indicar a tendência ao longo do tempo, apontando se aumentaram os casos de exame, por *habeas-corpus*, do respeito às formalidades do processo para réus pronunciados e condenados.

do paciente, do controle da execução da pena e das condições mais gerais das prisões

Nas seções seguintes, veremos que o maior controle da legalidade das detenções implicava em atritos entre autoridades judiciais e policiais. Na questão das prostitutas (9.), confrontam-se uma orientação favorável à extensão das garantias individuais a todos os cidadãos e a corrente positivista, que adota a doutrina da defesa social, na qual aquelas garantias são recusadas aos “infra-cidadãos”. Veremos, enfim, os argumentos positivistas utilizados para limitar o uso do *habeas-corpus* no controle judicial da legalidade das práticas de controle social (10.). O seu objetivo era o mesmo que o conservador-jusnaturalista, mas o discurso positivista invertia o campo de aplicação do *habeas-corpus* em comparação com o seu antecedente: para este, o *habeas-corpus* era um recurso processual, criado pela legislação ordinária, com uso exclusivo para prisões ilegais e limitado por outros recursos, que tinham o mesmo estatuto legal. Para uma das versões do discurso positivista, sob a Constituição republicana, o *habeas-corpus* era garantia constitucional, e seu campo de aplicação seria político. Por isso, seu uso no domínio penal seria limitado, não podendo aplicar-se sem restrições aos indivíduos prejudiciais à sociedade.

Na conclusão, fazemos um balanço das mudanças e continuidades apontadas.

2. DO IMPÉRIO À REPÚBLICA

2.1. A Proclamação da República como ruptura da ordem política imperial²

O advento da República resultou menos da força política organizada dos republicanos do que das tensões e conflitos criados sob a ordem política imperial. A República era mais “um fator de convergências não inteiramente racionalizadas” do que o objeto de um programa político defendido por grupos e partidos já constituídos

2. Para esta seção, cf. KOERNER, 1998.

plenamente (ANDRADE, 1981: 32-3). Reivindicações federalistas, questão religiosa, questão militar e as tensões criadas pela abolição da escravidão são fatores comumente apontados pelos observadores da época e pelos estudiosos como as causas da Proclamação.³ Estes fatores se conjugavam à rejeição ao terceiro reinado, que caberia a uma princesa ultra-religiosa e a um príncipe estrangeiro.

As tensões e conflitos políticos com que se depara a ordem política imperial podem ser sintetizadas na imagem de uma mudança de polaridade do Imperador na ordem política imperial, nas suas últimas décadas. A posição central e superior do Imperador,⁴ que, na ordem política imperial, fora um ponto de referência para o movimento centrípeto dos outros agentes, passou a ser, para estes, uma espécie de ponto comum de repulsão. Os agentes políticos começaram a marcar suas posições com as suas diferenças específicas a algum atributo da ordem política imperial. Estas forças não eram especificamente republicanas, uma vez que, em geral, opunham-se a aspectos limitados da ordem política e social. Também não se tratava exclusivamente de forças sociais progressistas ou que pudessem ser unificadas sob este aspecto, mas, sobretudo de forças que se desenvolviam em sentidos diferentes, marcando de forma mais acentuada a sua diferenciação em relação ao centro da ordem política. Eles expunham desta maneira os limites dessa ordem, visto que afirmavam posições que o sistema político desta não podia suportar.

3. A bibliografia sobre o advento da República é bastante ampla. Ver, além dos autores citados, CARONE, 1983; BELLO, 1983; LAPA, 1990.

4. "O Imperador ocupava uma posição de autoridade (a) de natureza pessoal, de legitimação pré-social, em cujo exercício supunha-se um elemento de discrição: o Poder Moderador; (b) única, visto que tanto os demais poderes do Estado como os governos provinciais eram emanações suas; (c) exterior ao sistema político, porquanto inacessível a todos os não-herdeiros; (d) uniformizadora, posto que inacessível ao entrechoque de interesses diversos; (e) abstratamente disciplinadora, na medida em que disciplinava em nome de si própria e não de algum princípio que a transcendesse, tais como a liberdade, o progresso, a igualdade; (f) aristocrática, porque o atributo essencial do governo era a honra pessoal. Ao assinalar a posição do Rei, o ordenamento Imperial fixava a posição dos súditos: estes, por definirem-se como tal face a autoridade, não se diferenciavam por grupos, classes ou regiões e podiam, sem romper as regras do jogo, dividir-se nacional e ritualisticamente, entre Liberais e Conservadores." (ANDRADE, id.: 34).

À medida que estes limites eram expostos, a federação e a República tomavam-se as referências comuns que permitiam a esses agentes encontrar alguma unificação. No entanto, esta “aspiração” pela federação e pela República não resultou na busca de uma ação coletiva entre os grupos para uma definição concreta dos atributos da nova ordem. A análise poderia ser aplicada aos fazendeiros decepcionados com a Abolição, aos republicanos, aos militares e aos padres envolvidos na “questão religiosa”.

A ordem política imperial encontrou também seus limites nos problemas com os quais foi confrontada: o federalismo e a abolição da escravidão. Estes problemas dividiram de alto a baixo os agentes do sistema político do Império, cujas organizações partidárias perdiam importância como referência política. Manifestavam-se então clivagens regionais, interesses setoriais e corporativos, etc.

Com a Proclamação da República, dissolveu-se o sistema de referências da ordem política imperial. Ao se romper a ordem política imperial, superou-se o esquema “político-conceitual” existente. O regime político passaria a ser o presidencialismo de tipo norte-americano, no qual se redefinia o papel do Poder Judiciário, que passava a ter as atribuições de examinar a legalidade dos atos do Executivo e a constitucionalidade das leis; com isso, os juizes não deviam mais obediência aos governantes e os limites entre as questões de direito público e de direito privado tinham de ser revistos.

2.2. Mudanças e continuidades nas Instituições e nas práticas de controle social

A República provocou uma reorganização institucional do Poder Judiciário, sendo muitos dos magistrados do Império afastados ou removidos e suprimindo-se também o critério de antiguidade para as promoções dos magistrados aos postos superiores. Durante a Constituinte, o deputado Tavares Bastos criticava, em 7/1/1891, a criação da justiça federal pelo Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales. O deputado considerava esse ato uma ilegalidade, pois a organização judiciária era atribuição do Congresso. Ele criticava também os baixos salários e as perseguições contra

os magistrados, que eram removidos do Norte para o Sul, sem respeito às entrâncias, contra sua vontade; que eram nomeados para cargos de confiança somente para que fossem afastados de suas comarcas. No Império, os juízes de direito tinham a certeza do respeito à sua carreira. “Hoje todas essas esperanças desapareceram, os juízes vêem suas aspirações circunscritas aos lugares dos estados onde exercem a sua judicatura. E no entanto, o Governo Provisório, logo depois da Revolução, declarou que respeitaria os direitos adquiridos!” Enfim, o Ministro da Justiça criara inúmeras comarcas, sobrecarregando os estados, para nomear novos juízes de direito, somando 101 juízes nomeados entre 15 de novembro de 1889 e 15 de março de 1890. A partir dessa data, nomearam-se muitos outros, e Tavares Bastos estimava, “sem medo de errar”, que “o número de juízes de direito passou de 560, que era, para mil e tantos” (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 1926, II: 224-9).

Os magistrados do antigo regime foram pouco absorvidos pelo Poder Judiciário republicano. Em 1891 e 1892, foram aposentados 29 desembargadores e 22 foram postos em disponibilidade. Assim, não mais que 40 dos 91 desembargadores do antigo regime continuaram exercendo suas funções e os 7 desembargadores aproveitados para o STF logo pediriam sua aposentadoria. Os juízes de direito do antigo regime também foram pouco aproveitados: dos cerca de 500 juízes de direito do Império, 239 estavam em disponibilidade em 1895, sendo que 11 tinham sido aposentados em 1891 e em 1892 (*RMJ* dos anos mencionados).⁵ A renovação da magistratura na organização da República foi ainda maior, se considerarmos os novos postos criados pelos estados e os lugares da justiça federal. O Supremo Tribunal Federal foi organizado segundo o modelo da Suprema Corte norte-americana, e os seus ministros passaram a ser nomeados dentre bacharéis em direito, elegíveis para o Senado Federal, com notável saber e reputação. Essa descontinuidade na forma de organização e na promoção dos juízes permitiu a rápida ocupação de altos postos do Judiciário por juristas positivistas, embora não exclusivamente.

5. Esses números estão subrepresentados, porque não obtivemos dados sobre aposentadorias nos anos de 1890, 1893 e 1894.

Nas Faculdades de Direito, ocorre uma renovação dos quadros docentes, pois, com a República, foram aposentados vários professores, o que possibilitou o rápido ingresso dos positivistas. Com a reforma do ensino de direito de 1891 (conhecida como Reforma Benjamin Constant), são extintas as cadeiras de direito eclesiástico, direito natural e filosofia do direito, substituídas pelas cadeiras de filosofia e história do direito, história do direito nacional, direito comparado, entre outras (BEVILACQUA; *ibid.*: 211-2).

O programa de ensino passa a contemplar os domínios de conhecimento e os problemas propostos pelo novo paradigma. São criadas novas Faculdades de Direito nos estados, com novos professores, muitos dos quais, positivistas. A Faculdade de Direito da Bahia foi fundada em 1891 por um grupo oriundo de Recife; na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, encontramos professores da Escola do Recife, ocorrendo o mesmo no Pará e no Ceará (VENÂNCIO FILHO, 1982: 185-7 e 207; MACHADO NETO, *id.*: 153).

Na República, a polícia começa a sofrer mudanças modernizadoras em São Paulo e no Rio de Janeiro. Ampliou-se os recursos destinados à segurança pública e, lentamente, seus quadros são renovados e profissionalizados, e estabelecem-se padrões racionalizados de organização e procedimentos (FERNANDES, 1977; BRETAS, 1997). Mantém-se, porém, práticas a-legais de controle do comportamento dos indivíduos nas vias públicas.

Em São Paulo, a ampla liberdade de ação da polícia no controle social dos indivíduos livres e pobres verifica-se pela diferença entre o número de detenções e o número de inquéritos abertos. Em 1893 foram presas 3.466 pessoas na capital e abertos apenas 329 inquéritos; em 1905, foram 11.036 prisões e 794 inquéritos; em 1907, 9.361 prisões e 1.141 inquéritos. Embora o número de inquéritos abertos não implique sua conclusão e seu encaminhamento à justiça, verifica-se por estes números que a maior parte da ação policial se dava sem nenhum controle, mesmo posterior, do Poder Judiciário. Mais de 80% das prisões efetuadas entre os anos de 1892 e 1916 eram por vadiagem, quebra das posturas municipais ou dos termos de segurança e bem viver, ou “para averiguações” de “suspeitos” (FAUSTO, 1984: 31-3).

A ação policial concentrava-se sobre aqueles considerados vadios, em especial as pessoas de ascendência africana. Com essa ação policial, procurava-se impor uma norma de comportamento à população pobre em geral: a residência em domicílio fixo, com organização familiar regular e com uma ocupação estável no mercado de trabalho. O julgamento das infrações a esta norma de comportamento – e assim a própria definição do significado desta norma – era feito exclusivamente pelos agentes da polícia. Estes tinham total autonomia para identificar suspeitos, detê-los e mantê-los na prisão, ou soltá-los, sem nenhuma intervenção judicial, nem mesmo para o controle da legalidade formal da ação policial.⁶

As prisões por vadiagem e cafetinagem serviam de pretextos para reprimir lideranças operárias. Após greves ou revoltas populares, o governo (tanto em São Paulo, como no Rio de Janeiro) aproveitava a oportunidade para “limpar” a cidade. Eram deportados, indiscriminadamente, brasileiros e estrangeiros que estavam presos ou que eram detidos em batidas policiais pelos bairros operários, para a Colônia Correcional de Bauru ou para o Norte do país.

Líderes operários estrangeiros eram expulsos do país sob acusação de anarquismo (considerado na época um “crime social” e não um crime político), vadiagem, cafetinagem, ou porque “segundo o critério exclusivo do Governo” eram considerados prejudiciais “aos interesses da segurança nacional ou da ordem pública” (PINHEIRO, 1991: 87-104). A partir de uma investigação feita exclusivamente pela polícia, o governo estadual solicitava a expulsão dos estrangeiros indesejáveis, sem respeitar a restrição dos

6. “A polícia, nas diligências que realizava, tinha por norma vasculhar os lugares públicos e as habitações onde geralmente era possível encontrar os contraventores, os vadios e os marginais. Os bares, as pensões e outros estabelecimentos eram freqüentados pela polícia, pois por ali circulavam os suspeitos e os ‘desordeiros’. O art. 203, do Código Penal, autorizava a polícia a invadir as tabernas e outros estabelecimentos similares, se assim fosse necessário, para prender ou descobrir o contraventor ou o criminoso procurado (...) A polícia não estava sujeita a qualquer punição, caso praticasse a violência no exercício de suas funções. A lei concedia aos policiais o direito de dar busca, arrombar portas que não fossem abertas mediante intimação e entrar à força no estabelecimento ou residência onde supostamente estivesse ocorrendo algum crime ou contravenção.” (ALVES, P., 1990: 83).

dois anos de residência era obedecida (MARAM, 1979: 58; ADAMO, 1983: 209 e 213).

No Rio de Janeiro de 1900 a 1910, as reclamações contra a polícia e as forças armadas eram de longe as mais numerosas das apresentadas na coluna “Queixas do Povo”, do *Jornal do Brasil*. Essas queixas representaram cerca de 20% do total naqueles anos, exceto em 1905, quando o maior número de reclamações relacionava-se aos problemas de saneamento. As queixas sobre prisões ilegais eram bastante frequentes, sentindo-se muitas vezes os cidadãos ameaçados pela polícia (SILVA, E., 1989: 106 *et passim*).

Também foram pouco modificados os procedimentos das instituições judiciária e policial, no sentido do respeito às formas do processo, como requisitos de acusação e provas, e aos prazos processuais,⁷ e as condições das prisões também permaneciam precárias.⁸ São comuns relatos de indivíduos detidos sem processo, ou para os quais teriam sido ultrapassados os prazos legais dos atos processuais. Evaristo de Moraes relata nas suas *Reminiscências* o resultado de uma visita de inspeção na Casa de Detenção da Corte em 1900. Havia mais de 400 presos sem motivo, dos quais muitos encontravam-se havia mais de um mês sem acusação formal (MORAES, 1989[1922]: 131 *et passim*).⁹

7. Para as continuidades na forma de organização do Poder Judiciário federal e do Estado de São Paulo na Primeira República, ver KOERNER, 1998. Sobre a organização policial carioca, ver BRETAS, 1997a e 1995, que acentua a reforma de 1907 como a passagem a uma organização mais eficaz da polícia. Segundo Adamo, eram incomuns pessoal qualificado e padrões éticos nos quadros da polícia do Rio de Janeiro. Os baixos salários e status tornaram difícil o recrutamento segundo padrões profissionais, com o que predominavam a indisciplina, a corrupção e a violência (ADAMO, id.: 194).

8. Sobre as condições das cadeias paulistas na Primeira República, ver SALLA, 1997; sobre a Casa de Detenção do Recife, ver HUGGINS, 1984: 79 *et passim*; sobre o Presídio de Fernando de Noronha, PESSOA, G., 1994. Nos *RMJ* de todos os anos há considerações sobre a necessidade de reformar as prisões que estavam em estado precário.

9. O *JC* de 8/8/1897, na seção Gazetilha, publicava reportagem intitulada “Falta de Justiça”: “Continuam as reclamações de indivíduos conservados na Detenção há longos meses à espera de julgamento e no entanto anunciam-se constantes visitas das autoridades a esse estabelecimento. Essas autoridades ouvem os detentos,

Manteve-se, então, a estratégia global de controle social efetuado pela ameaça ou efetiva detenção pelos agentes policiais dos indivíduos considerados suspeitos, de modo que a prática judicial republicana seria confrontada, por um lado, com as mudanças no estatuto jurídico do *habeas-corpus* e dos indivíduos pobres e, por outro lado, com as continuidades nas práticas a-legais de controle social.

3. O *HABEAS-CORPUS* NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA

O *habeas-corpus* não foi objeto especial de debates durante o processo de organização constitucional da República (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 1926; ROURE, 1979, II: 378 *et passim*). As principais discussões sobre a seção relativa aos direitos e garantias individuais giraram em torno das propostas dos positivistas, como a liberdade profissional, o ensino religioso e o registro civil.

reconhecem que são esquecidos, prometem providenciar, mas eles ali continuam e quando saem a pena que cabe ao delito de que muitos são acusados é inferior ao tempo em que estiveram privados de liberdade. É possível que ainda não se tenha encontrado meios de se fazer cessar tais abusos? Se é por desídia ou por qualquer outro motivo que se dá tão condenável demora não serão passíveis de pena aqueles que assim atentam contra a lei? Não haverá no Poder Judiciário, que deve ser a garantia dos direitos dos cidadãos, quem tenha o dever de olhar para estas faltas e o poder de chamar ao cumprimento das suas obrigações os que as esquecem? A liberdade do cidadão é sagrada, a sociedade tem o dever de respeitá-la e não pode deixá-la à mercê dos caprichos de quem quer que seja. Não há direito de negar a justiça a quem a pede, porque só praticando-a se reconhecerá quem é criminoso e não se conservará privado da liberdade quem é inocente. Mais de uma vez temos reclamado contra esse abuso e não cessaremos de fazê-lo até que vejamos restabelecido o império da lei, que é igual para todos. Que sofram as penas os culpados, mas que gozem da liberdade os julgados inocentes. A lei, revestindo o magistrado de todas as garantias, dele apenas exige o seu leal e severo cumprimento, e desde que assim proceda, tem imposto silêncio a qualquer reclamação. “ Em 11 de agosto, o jornal relatava a “inspeção” feita por seu pessoal e afirmava que os problemas não se deviam aos magistrados, mas às deficiências do júri; os jurados são refratários aos serviços e não há como compeli-los ao cumprimento de seus deveres. Os presos são pronunciados e ficam muito tempo esperando o julgamento. Os processos seguem ordem cronológica para julgamento, o que tem sido criticado (JC, 11/8/1897).

O *habeas-corpus* era instituído em termos amplos, desde o projeto da Comissão do Governo Provisório até o texto final da Constituição, recebendo o dispositivo apenas emendas de redação.¹⁰ No projeto da Comissão nomeada pelo Governo Provisório, o art. 96 determinava: “O *habeas-corpus* terá lugar todas as vezes que o indivíduo for violentado ou sentir-se coagido por ilegalidades, ou abusos do poder.” No projeto revisto pelo Governo Provisório e apresentado à Constituinte pelo decreto n. 510, de 22/6/1890, o art. 73 § 23 dispunha: “Dar-se-á o *habeas-corpus*, sempre que o indivíduo sofre violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, ou sentir-se vexado pela iminência evidente desse perigo” (*apud* RIBEIRO, 1917). Enfim, o texto definitivo do art. 72 § 22 da Constituição era o seguinte: “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.” O *habeas-corpus*, adquiriu, pois, o estatuto de garantia constitucional e a redação genérica deste parágrafo permitia uma interpretação que ampliava o seu campo de aplicação às lesões de todos os direitos individuais definidos no art. 72 e não mais apenas à prisão ilegal ou à sua ameaça.

4. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O *HABEAS-CORPUS* NO STF

O conflito doutrinário sobre o *habeas-corpus* no STF foi desencadeado por Rui Barbosa, como parte de sua atuação, em diferentes momentos e de diferentes formas, para introduzir instituições políticas liberais no país. Ele foi o primeiro a explorar, em todas as suas conseqüências, as possibilidades de interpretação permitidas pela redação genérica do artigo constitucional do *habeas-corpus* (art. 72 § 22 da Constituição de 1891). Foi ele quem, como advogado, impetrou os primeiros *habeas-corpus* contra detenções

10. Pontes de Miranda aponta o Programa do Partido Liberal de 1869 como a “fonte subjetiva, remota” do enunciado largo, vago e geral dado à garantia do *habeas-corpus*. O inciso 8 da parte III daquele programa propugnava: “Compete o *habeas-corpus* no caso de qualquer constrangimento ilegal, iminente ou efetivo, exercido por qualquer autoridade administrativa ou judiciária” (MIRANDA, 1951: 100).

feitas durante o estado de sítio por Floriano Peixoto e em outras situações de crise.¹¹ Como parlamentar e publicista, ele defendeu suas posições no Congresso e na imprensa, criticando decisões do STF, pressões exercidas pelo Executivo e, mais tarde, opondo-se a projetos de lei que visaram a limitar os poderes do STF e o instituto do *habeas-corpus*.

4.1. O constitucionalismo liberal de Rui Barbosa

Para Rui Barbosa, os indivíduos eram pensados como sujeitos de direito, a partir de sua condição de seres livres. A liberdade individual deveria ser o princípio de análise dos dispositivos legais e a responsabilidade individual, o critério de julgamento das suas ações. Assim, a ordem política era vista como o estabelecimento de relações estáveis entre indivíduos autônomos, que permaneceriam independentes uns dos outros, e aos quais tudo seria permitido, desde que não proibido expressamente pelas leis, as quais, por sua vez, deveriam se resumir ao necessário para atingir a finalidade da ordem política.

A finalidade da ordem política seria a organização e a defesa da liberdade individual e a legalidade o meio por excelência para garanti-la. Para ele, a liberdade individual não era relativa apenas à busca dos interesses privados, mas tratava-se de uma coisa pública, como algo de domínio comum dos indivíduos na sociedade. A legalidade seria o modo adequado de garantir a liberdade, pois fora da lei se abriria espaço para toda espécie de arbítrios, seja aqueles provenientes dos particulares nas suas relações privadas, seja a opressão decorrente do poder político.

Na sua concepção, estabelece-se uma distinção rigorosa entre o direito e a política, enquanto duas esferas opostas, regidas por lógicas diferentes. A esfera da política tenderia fatalmente à opressão

11. Das suas petições de *habeas-corpus*, destacam-se as seguintes: em favor dos 13 generais, detidos por Floriano, em favor do almirante Eduardo Wandenkolk e outros detidos no vapor *Júpiter*, em favor do senador João Cordeiro e outros na tentativa de assassinado de Prudente de Moraes, em favor do Cônego Leôncio Galvão e do dr. Aurélio Vianna, na Bahia, em 1912, e em defesa dos seus direitos de senador, em 1914 (BARBOSA, 1958c).

e ao abuso, se seu jogo não encontrasse limites estritos na legalidade. E o direito, enquanto exercício da legalidade, seria uma prática necessariamente externa à política e destinado precipuamente à defesa dos direitos individuais. Da política, então, o direito somente receberia uma influência negativa. A distinção entre as esferas do direito e da política levava também a uma relação hierárquica, isto é, os imperativos da política deveriam ser submetidos ao direito, enquanto condição de manutenção da liberdade constitucional.

A Constituição Federal era, nesta ordem de idéias, o instrumento privilegiado que o povo fundador dera a si mesmo para construir uma ordem política que garantisse sua liberdade. Este papel deveria ser exercido pelo Poder Judiciário, e o Supremo Tribunal Federal, enquanto seu órgão superior, seria o supremo intérprete da Constituição.

Ele argumentava que os magistrados não tinham apenas o poder de declarar sem validade os decretos do Executivo, atos individuais de aplicação da lei, pois isso caracterizava todos os governos constitucionais, monárquicos ou republicanos. O que distinguia o sistema constitucional norte-americano, adotado pela Constituição republicana brasileira, era a declaração de inconstitucionalidade das próprias leis gerais votadas pelo Congresso (BARBOSA, 1958a [1893]: 93-4). Essa competência do STF resultava do predomínio da vontade originária do povo, cuja expressão era a própria Constituição, enquanto as leis votadas pelo Congresso expressavam apenas sua vontade derivada.

O exame da conformidade das leis e dos atos do governo com a Constituição não era apenas uma prerrogativa do STF, mas dever de todo magistrado, no sentido que este deveria, na sua atividade normal de interpretação das leis, verificar essa compatibilidade (BARBOSA, 1958a [1893]:69, 81 e 91).¹² Os juízes deveriam

12. "Em qualquer país de Constituição escrita há dois graus na ordem de legislação: as leis constitucionais e as leis ordinárias. Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição federal, as leis federais, as constituições dos estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e

harmonizar logicamente seus dispositivos e, visto que todas as outras leis do país eram inferiores à Constituição, deveriam declarar a inconstitucionalidade das leis, sempre que constatassem sua incompatibilidade com a Constituição Federal, quando da resolução dos casos judiciais particulares. Assim, a partir da tradição jurídica liberal norte-americana, Rui Barbosa atribuía ao Poder Judiciário o papel de órgão ativo da Constituição.

O estatuto jurídico e o papel do instituto do *habeas-corpus* na República resultam desta ordem de idéias. Para Rui Barbosa, os direitos civis não diziam respeito apenas aos indivíduos, mas à própria ordem pública, que, fora da legalidade, transformava-se em tirania.¹³ O *habeas-corpus* era um instrumento da ordem pública, destinado não só a defender a liberdade individual contra prisões ilegais, mas em geral a defender a liberdade constitucional dos cidadãos contra os atentados ilegais das autoridades públicas.

Nos diversos *habeas-corpus* que impetrou em favor de detidos no estado de sítio, Rui Barbosa afirmava a sua discordância em relação aos atos dos acusados, reconhecia as suas distâncias políticas e mesmo a inimizade pessoal em relação a alguns deles. Ele justificava sua iniciativa de demandar *habeas-corpus* em seu favor

as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade. Uma vez manifesta a colisão, está *ipso facto* resolvida. O papel do tribunal é apenas declaratório: não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede à superioridade da mais forte. ... § O tribunal é apenas o instrumento da lei preponderante. Os maiores jurisconsultos e os maiores publicistas designam no Poder Judiciário o árbitro supremo, o intérprete final da Constituição..." (BARBOSA, 1958a[1893]: 74).

13. Id., *ibid.*: 94-5. Rui Barbosa "...avait une perception claire que la négation de la liberté, en tant que caractéristique de l'oppression, plus q'un offense à un droit individuel, était une offense à la société. Cela veut dire que chez RB [Rui Barbosa], la liberté est une question politique, en tant que chose publique. Ainsi, sans parler explicitement des droits de l'homme, en politisant la question de la liberté, il cherchait à destabiliser le regime dictatorial. L'habeas corpus n'était alors pas un simple remède juridique, en defense d'un droit individuel, mais une mesure politique-juridique, en défense de la démocratie et des droits de l'homme, dont le principal était la liberté. La fonction politique de la loi, dans ce sens, est explicite: la loi serait la synthese capable de neutraliser l'oppression qui ne respecte pas la liberté" (ROCHA, 1988: 368).

pela defesa do direito impessoal dos cidadãos, por seu dever de cidadão, advogado e partícipe da elaboração da Constituição.

“O recurso de que me valho pelos pacientes não representa conveniências particulares. Os meus constituintes não são os presos da Laje, ou os desterrados de Cucuí. Detrás deles, acima deles, outra clientela mais alta me acompanha a este tribunal. A verdadeira impetrante deste *habeas-corpus* é a nação. ...Das vítimas dos decretos de 10 e 12 de abril não trago procuratura. O meu mandato nasce da minha consciência impessoal de cidadão. Estamos num desses casos, em que o indivíduo é o órgão da lei. ...O cidadão que se ergue, propugnando contra o poder delirante, a liberdade extorquida, não representa uma vocação do seu egoísmo: exerce verdadeira magistratura...” (BARBOSA, 1956 [1892]: 94-5).

Na petição em favor dos acusados da tentativa de assassinato de Prudente de Moraes, ele reafirmava esta posição:

“A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem, ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar... Solicitando... este *habeas-corpus*, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impersonalidade deste remédio judicial.” (BARBOSA, 1958b [1898]:82).

Assim, o *habeas-corpus* era para ele um instrumento da ordem pública, com o qual o Judiciário poderia impedir que a autoridade política atuasse ilegalmente no que diz respeito à liberdade dos cidadãos. O *habeas-corpus* era a primeira de todas as garantias para o cidadão. Era um instituto excepcional, no sentido que seria o instrumento por excelência de defesa da liberdade individual. Ao mesmo tempo, deveria servir como modelo para os demais instrumentos processuais e para a atuação dos juízes nos outros processos judiciais. Esta posição do *habeas-corpus* implicava uma série de consequências quanto ao estatuto jurídico, os critérios de admissibilidade da demanda, o campo de aplicação, as provas admitidas, bem como os critérios, fundamentos e objetivos da concessão da ordem.

Rui Barbosa apresenta estes elementos de modo a abrir as mais amplas possibilidades de utilização do *habeas-corpus* pelos indivíduos, e, ao mesmo tempo, deixar à autoridade os critérios mais estritos de defesa. Ele argumentava que, além das prisões e detenções ilegais, se deveria ampliar o campo de aplicação do *habeas-corpus* a outros direitos individuais. Essa extensão justificava-se, inicialmente, porque o princípio fundamental das Constituições livres era que em todas as situações em que houvesse um direito individual lesado, deveria existir um instrumento judiciário para eliminar esta injustiça. “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.” (BARBOSA, 1956 [1892]: 42) A liberdade individual era o princípio a partir do qual os indivíduos eram considerados partícipes da ordem política; os outros direitos individuais declarados na Constituição seriam relativos a este princípio e, então, se fossem atingidos por violência ou coação, o *habeas-corpus* poderia ser utilizado para defendê-los.

Outro argumento era pragmático: se a característica das instituições livres era a existência de garantias simples e eficazes contra atentados aos direitos individuais e se não existiam no Brasil os *writs* que garantiam os cidadãos nos Estados Unidos e Inglaterra, seria necessário ampliar o âmbito de aplicação do *habeas-corpus*, como garantia para todos os direitos individuais.

Um terceiro argumento em favor da ampla aplicabilidade do *habeas-corpus* decorria do seu reconhecimento na Constituição, com que o instituto adquirira o estatuto de garantia constitucional, consagração que não tinha durante o Império, quando era uma instituição da legislação ordinária.

Enfim, pelo próprio enunciado genérico do art. 72, § 22, a Constituição Federal teria rompido “abertamente” com a concepção estreita do *habeas-corpus* do regime anterior. “Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional de *habeas-corpus*.”

Para que fosse o caso legítimo de *habeas-corpus*, bastaria existir a coação ou a violência e a ilegalidade ou o abuso de poder. “Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro lado a ilegalidade ou o abuso de poder; se a coação ou violência resulta da ilegalidade ou abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte de abuso de poder, seja qual ele for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do *habeas-corpus*.”¹⁴ O *habeas-corpus* na República se estendia “a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso do poder ou de uma ilegalidade”. A violência ou a coação poderiam ser exercidas tanto contra o exercício de direitos de caráter privado, como de direitos políticos. Em todas essas situações seria o caso do *habeas-corpus*, por se tratar de atentados à liberdade constitucional. “Se é, pois, de uma disposição a favor da liberdade que se trata na disposição da Carta brasileira, onde se consagra o *habeas-corpus*, este texto se há de tomar amplamente como garantia dada a todas as liberdades, inclusive as liberdades de ordem pública, as liberdades políticas, uma das quais é a de ocupar os cargos a cujo exercício nos mostramos habilitados à justiça com a exibição de um título legal.” (BARBOSA, 1915: 7-8).

Como consequência desta doutrina, o *habeas-corpus* tornava-se não só um instrumento de defesa dos direitos individuais e políticos, mas também de controle judicial da legalidade dos atos do poder público. E assim todo ato do poder que excedesse os limites do seu exercício, lesando direitos individuais por meio de violência ou coação, estaria virtualmente sujeito à revisão judicial imediata por meio do *habeas-corpus*.

14. Ele definia a coação como a “pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício do direito, qualquer que este seja. Desde que no exercício de um direito meu, qualquer que ele for, intervém uma coação externa sob cuja pressão eu me sinto embaraçado ou tolhido para usar desse direito, na plena liberdade de seu exercício, estou debaixo daquilo que, em direito, se considera coação.” Violência seria “o uso da força material ou oficial, debaixo de qualquer das duas formas, em grau eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício de um direito... Toda a vez que a ação do que se chama força, ou seja a das armas, ou seja a da violência, ou seja a de um decreto do poder, me contraria, me ameaça ou me domina no exercício do meu direito, estou sujeito à força no sentido que em direito pode receber esse nome”(BARBOSA, 1915: 7).

Quanto às condições de admissibilidade do pedido, ele propugnava que o Poder Judiciário deveria admitir os mais amplos critérios de admissão dos pedidos e também dos meios de prova admitidos para a sua fundamentação. Assim, para a apresentação de um pedido de *habeas-corpus* preventivo contra uma ameaça ao direito individual, conforme o caso não seria mesmo necessário apresentar como prova atos efetivos da autoridade, bastando para motivá-la a expectativa razoável da lesão ao direito ou ainda a sua fundamentação em fatos notórios. No caso de *habeas-corpus* pedidos para a garantia de direitos políticos, às vésperas das eleições, por exemplo, a urgência posta pela sucessão dos acontecimentos, aos quais se adicionavam as dificuldades de reunir as provas em um prazo extremamente curto, justificariam a concessão da ordem, sem a apresentação de provas normalmente indispensáveis.

Os critérios mais amplos de admissão do pedido e dos meios de prova da demanda em favor dos indivíduos contrastam com aqueles exigidos da autoridade pública.¹⁵ A esta caberia provar estritamente a legalidade de seus atos e o cumprimento deste requisito deveria ser o critério para a concessão da ordem de *habeas-corpus* pelo juiz. Os meios de prova a serem utilizados pela autoridade coatora também deveriam ser bastante estritos, ou seja, esta tinha de apresentar ao juiz todos os documentos e as informações demandadas, de forma clara e sem atrasos, porque a ocultação de informações seria considerada suficiente para a concessão da ordem, por desrespeito às formalidades exigidas no processo judicial.

Os requisitos para o cumprimento pela autoridade coatora dos meios de prova para justificar o seu ato eram bastante estritos, se consideramos as posições de Rui Barbosa a respeito da interpretação

15. Aqui também há inspiração nas instituições norte-americanas. Nos Estados Unidos, as autoridades obedeciam a normas estritas nas informações de *habeas-corpus*. O “*Judiciary Act*” de 1789, tornara obrigatória a prestação de informações sob juramento pela autoridade perante o juiz que havia concedido a ordem. O motivo da detenção devia ser alegado de modo positivo e certo, de modo a não deixar nada às suposições. Se o motivo da detenção fosse manifestado ‘com descuido’, de forma que a corte não pudesse julgar se eram ‘razoáveis ou não os fundamentos da prisão’, a corte concedia a ordem de soltura.” (COELHO, 1900: 208).

das leis. Vimos que, na interpretação da lei, o juiz deveria buscar a harmonização lógica do dispositivo legal com os demais, verificando especialmente sua adequação à Constituição. Isto era tanto mais relevante nas condições pelas quais se deu a passagem à República no Brasil, pois a recepção pelo novo regime dos dispositivos legais do Império somente se daria na medida em que estes se harmonizassem com as normas superiores das novas instituições. A legalidade do ato não seria considerada pelo juiz como a mera adequação do ato da autoridade ao dispositivo legal invocado por ela, mas também a adequação deste último aos dispositivos da Constituição republicana.

Em suma, todo ato da autoridade pública que lesasse algum direito individual por meio de violência ou coação estaria sujeito à revisão judicial imediata pelo *habeas-corpus*, para que se verificasse se haviam sido excedidos os limites legais de sua autoridade, por ilegalidade ou abuso de poder. No procedimento do *habeas-corpus* poderia ainda ser levantada a inconstitucionalidade de disposições legais particulares contraditórias com os dispositivos fixados na Constituição republicana. Dada a sua concepção de interpretação da lei, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais inferiores poderia ser ampliada para todos aqueles não suscetíveis de harmonização com a lógica liberal das instituições republicanas. Os estritos critérios de prova deixados para a autoridade pública contrastavam com a ampla admissibilidade da demanda para os particulares. Assim, para Rui Barbosa, os riscos de arbitrariedade das decisões judiciais decorreriam principalmente da esfera discricionária deixada à autoridade pública, e não da possibilidade de concessão de ordens de *habeas-corpus* em virtude de pedidos injustificados dos particulares.

Ao defender que a República brasileira fosse fundada como sociedade política a partir do ponto ideal representado pela ligação, através da lei, de todos os indivíduos, enquanto sujeitos de direitos, titulares de direitos absolutos, Rui Barbosa propunha uma mudança de perspectiva para o Judiciário a prática judicial que atingia o cerne dos laços de dominação constitutivos da sociedade brasileira. Ele atribuía aos juízes o papel de desfazer, a partir deste ponto ideal da lei liberal, as múltiplas ligações clientelistas e paternalistas da

sociedade brasileira. Tratava-se de fazer do Poder Judiciário um polo superior às relações sociais, reconhecido por estas, para realizar sua pacificação a partir do termo comum da lei. O Poder Judiciário seria como uma força distribuída pelo país, que funcionaria como instrumento de mudança, atuando na forma das relações políticas e sociais.

A posição doutrinária liberal foi adotada também por advogados,¹⁶ juízes e doutrinadores. Dentre os últimos, citamos Marcelino Gama Coelho, Galdino Siqueira e Sampaio Dória. Para COELHO, o *habeas-corpus* era procedimento instituído para verificar o direito à liberdade, não obstante um ato do paciente reputado criminoso “O *habeas-corpus* é em regra, a garantia dos direitos do cidadão, consagrados invioláveis pela Constituição, excetuados os direitos de propriedade, e posse, diante da violência ou ameaça dela” (id., 1900: 44). Para Galdino SIQUEIRA, o parágrafo da Constituição sobre o *habeas-corpus* o transformou de remédio processual em direito individual, e por isso não existia continuidade entre um e outro. Além disso, a Constituição não empregou o termo “prisão” nem utilizou as palavras “constrangimento corporal” com “o intuito de ampliar a ação protetora do *habeas-corpus* além da liberdade corporal, de sorte a abranger, não os direitos reais... mas toda espécie de liberdade individual, isto é, a liberdade espiritual (liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de ensino) e a liberdade civil (liberdade profissional, liberdade de reunião, liberdade de trânsito, liberdade de acesso aos cargos, liberdade de contratar e de associação)”. Ele argumenta ainda que não seria razoável ter o legislador protegido a liberdade física ou corpórea sem a ter estendido à “liberdade psíquica, a livre manifestação da vontade, muito mais importante e elevada” (id.; 1910: 255-6). Sampaio DÓRIA (1925), em dissertação para concurso de livre docente na Faculdade de Direito de São Paulo, dedica-se a defender a interpretação de Rui Barbosa, e a criticar as interpretações restritivas do *habeas-corpus* na República.

16. Evaristo de Moraes era socialista, mas adotou posições semelhantes às de Rui Barbosa em relação às garantias às liberdades civis. A sua aproximação política ocorreu na campanha presidencial de 1919 (ver MORAES, 1989 [1922]: 32-3).

4.2. A posição conservadora

Para os conservadores, a passagem à República teria sido uma dissolução do antigo pacto político, formando-se um novo pacto político. Portanto, os efeitos da transformação republicana não seriam o de uma Revolução, mas se limitariam ao domínio do direito público. Esta posição foi defendida publicamente pelos antigos magistrados imperiais durante o processo de organização constitucional da República¹⁷ e, como veremos a seguir, serviu de baliza para a tentativa de recompor os elementos da tradição para a nova ordem política.

Os conservadores consideravam que certas questões, por sua própria natureza, eram excluídas da apreciação judicial, pela impossibilidade técnica de separação dos aspectos propriamente políticos, relacionados às faculdades discricionárias dos governantes, a quem cabia decidir os objetivos, circunstâncias e oportunidade deste tipo de ação. Uma vez que as circunstâncias políticas fossem justificadas, e o sítio decretado, os meios normais de ação estabelecidos pela ordem legal estariam suspensos para os responsáveis políticos.

Eles consideravam ainda a atividade de interpretação da lei a partir da maneira pela qual concebiam o papel do Poder Judiciário na ordem política. Na sua campanha na imprensa contra a decisão do STF no *habeas-corpus* n. 300, Rui Barbosa criticava o laconismo do acórdão. Ele mostrava a insuficiência dos fundamentos da decisão, que não tinha abordado todos os temas levantados na sua petição (especialmente o problema das imunidade parlamentares durante e depois do estado de sítio), apontava as referências doutrinárias truncadas ou contraditórias e enfim a invocação pura e simples do texto legal, sem apoio em nenhum argumento doutrinário. Para Rui Barbosa, a decisão não era fundamentada, porque o acórdão “deveria deduzir e concluir, argumentar e convencer, e não simplesmente invocar, sem raciocínio em seu favor

17. Por exemplo João José de Andrade Pinto defendia a posição dos magistrados no artigo “A Constituição da República do Brasil. Idéias Gerais” (*O Direito*, n. 52, 1890: 321-360).

os mesmos artigos da lei". Ele argumentava que em sua petição interpretara em sentido contrário ao acórdão os mesmos artigos da lei em que este sustentou a sua decisão. "Não pode reputar-se fundamentada uma sentença, cujos considerandos são apenas a enumeração incorporada e nua das teses, contra as quais precisamente se intentou o meio judicial".¹⁸ "O tribunal poderia ter-nos desvendado mistério das origens jurídicas da sua decisão, articulando simplesmente, ao lado de cada uma das alegações, em que a fundou, o seu respectivo *porque*" (BARBOSA, 1956 [1892]: 138-9).

Em resposta a estas críticas, o ministro Joaquim da Costa Barradas, relator do *habeas-corpus*, defendia nossos costumes jurídicos, "que não nos envergonham", muito diferentes dos "estilos e ...práticas dos tribunais anglo-americanos", os quais tinham a "forma de discurso", de conversa. No Brasil, prevalecia a tradição francesa, em que "a linguagem judiciária ...reveste uma forma silogística, que recorda pela precisão os processos da escolástica". "Entre nós, desde os mais remotos tempos da monarquia portuguesa, se introduziu o costume de sentenças breves, concisas, não percorrendo em todo o seu âmbito senão as questões controvertidas e assinalando os princípios ou as razões de decidir sob uma forma dogmática, como deve ser a decisão judicial, para não se confundir com as alegações dos advogados, vício de que se ressentem os julgados dos tribunais ingleses, alcunhados de enfáticos..." (BARRADAS, 1892: 546-7) O estilo das sentenças deveria ser "sóbrio e enérgico", para não se confundir com as alegações dos advogados, nem com livros de doutrina (id.; *ibid.*: 546-8).

Quanto ao *habeas-corpus*, para a posição conservadora não teria havido ruptura desse instituto com a Constituição republicana. O

18. A obrigação da fundamentação do acórdão era tanto maior quanto a decisão era contrária à liberdade. "Se os veneráveis magistrados decidissem pela liberdade, talvez se lhes pudesse compreender a parcimônia na justificação do seu voto. Ninguém os suspeitaria de fanatizados pela desordem, ou acumpliciados com a anarquia. Mas, quando, num conflito moral em que o poder joga à balança o seu gládio, se tem que resolver entre a violência armada e o cativo desvalido, a judicatura, a quem a lei confiou a tutela do direito violado, não pode ter o de sancionar, com uma sentença muda, a preponderância da força, que dispõe de tudo, contra a fraqueza, que luta pela posse de si mesma." (id., 1892: 139).

parágrafo constitucional referente ao *habeas-corpus* fora apenas a consagração dos textos legais já existentes no regime anterior. Os termos genéricos do artigo constitucional não autorizavam uma interpretação que procurasse estender o seu campo de aplicação para além das finalidades inerente ao instituto, definidas pelas disposições legais inferiores. Ora, no Código do Processo Criminal, na Lei n. 2033 de 1871, no decreto n. 848 e no regimento interno do STF, o *habeas-corpus* aparecia somente como um instituto destinado a proteger contra a prisão ilegal, ou a sua ameaça, e assim não haveria fundamento para a ampliação do campo de aplicação do instituto. Consequentemente, não havia razão para considerar que teria havido mudanças no domínio dos procedimentos de provas e nos critérios de admissibilidade dos pedidos de *habeas-corpus*.

Do mesmo modo, os juízes deveriam aceitar como válidas em princípio as declarações das autoridades quanto aos motivos da detenção e à fundamentação legal de seus atos. No *habeas-corpus* n. 300, o acórdão negava a ordem para os detidos antes do momento da decretação do estado de sítio com o fundamento de que “os requerentes não provaram a hora em que as prisões foram executadas, nem o momento em que entrou em execução o decreto que suspendeu as garantias constitucionais...” (Ac. do STF, de 27/4/1892, *apud* BARBOSA, 1956 [1892]: 357).

Tal como sua antecedente imperial, a posição conservadora via como necessárias restrições à admissibilidade do pedido e aos procedimentos de prova dos pacientes, ao mesmo tempo que mantinha presunções favoráveis à legalidade dos atos das autoridades. A lógica desta posição era então inversa à da posição liberal, pois o risco de arbitrário das decisões judiciais provinha do uso inadequado ou excessivo dos instrumentos jurídicos pelos particulares, ao passo que a presunção da validade dos atos das autoridades tinha por si a segurança jurídica, essencial à estabilidade da ordem política.

4.3. A posição jacobina/positivista

Também para os jacobinos/positivistas, o *habeas-corpus* mantivera suas características com a mudança de regime. Eles defendiam uma concepção restrita do âmbito de aplicação, dos procedimentos

de prova e dos critérios de admissibilidade dos pedidos de *habeas-corpus* e uma concepção ampla dos meios de justificação dos seus atos pelas autoridades e o exame da legalidade dos mesmos pela autoridade judicial.

Lúcio de Mendonça defendeu esta doutrina em 1896, como Procurador-Geral, num parecer pela negação do *habeas-corpus* pedido pelos monarquistas de São Paulo, que havia sido vencedor no STF.¹⁹ Para ele, o dispositivo constitucional referente ao *habeas-corpus* não deveria ser entendido literalmente, mas de acordo com a definição extraída da denominação do instituto. O *habeas-corpus* era um instituto antiquíssimo do *common law* e seu nome derivava das primeiras palavras da ordem que um tribunal dirigida à autoridade que tinha em seu poder um homem livre. Dessa origem, ele extraía a definição do *habeas-corpus*, "...o meio extraordinário de assegurar a liberdade de locomoção aos que ilegalmente estão dela privados, ou ameaçados de o serem" (MENDONÇA, 1903 [1896]).

Ele argumentava que as limitações do *habeas-corpus* resultavam dessa definição. Sendo um meio extraordinário, não caberia quando houvesse meios ordinários que reparassem a lesão de direitos. Dentre os casos em que o *habeas-corpus* não se aplicar estavam o do réu militar, ou sujeito ao regime militar, preso em virtude de lei militar, e "o preso em virtude da faculdade de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, enquanto durar o estado de sítio" (art. 65 § 3.º do regimento interno do STF). Essas exceções resultavam não da natureza e do fim do *habeas-corpus*, mas da "peculiaridade do regime militar e do estado de sítio" (id.; *ibid.*: 54-6). Assim, os termos do art. 72 § 22 da Constituição Federal não deveriam ser interpretados em sentido amplo, pois "se nem toda prisão ilegal se relaxa por *habeas-corpus*, não se concede *habeas-corpus* senão de prisão ilegal, ou ameaça desse constrangimento, e não de toda e qualquer violência à liberdade individual, como falsamente

19. *Habeas-corpus* n. 936, dec. de 23/1/1897, publicado em *O Direito*, v.72, 1897: 72-82.. Neste parecer, ele afirmava que as garantias da República não abrangiam os monarquistas, pois estes as utilizariam para conspirar contra ela. No ano seguinte, ele* retomou e ampliou este parecer, publicando-o na forma de artigo, incluído mais tarde em livro, numa coletânea de seus trabalhos jurídicos (MENDONÇA, 1903; RODRIGUES, L, 1965: 90-98).

depreendem alguns da generalidade dos termos do art. 72 § 22 da Constituição....” (Id., *ibid.*: 57, grifos do autor).

Para ele, o *habeas-corpus* não era uma “panacéia” contra todas as lesões à liberdade individual, pois este não era seu objetivo em seus países de origem. No caso do Centro Monarquista julgado pelo STF, ele defendera essa posição, baseado na obra do norte-americano Rolin HURD (1876), para quem o *habeas-corpus* destinava-se a proteger a liberdade pessoal, definida como o poder de franca locomoção. “O que o *habeas-corpus* tem de proteger, é a liberdade pessoal ofendida, ou ameaçada, por prisão, por detenção ilegal” (MENDONÇA, *id.*: 58-9). Essa definição não era peculiar aos norte-americanos, porque já na “clássica obra” de Blackstone a liberdade era definida como o “poder de locomoção, de mudar de situação, de remover-se a pessoa para qualquer lugar para onde o seu próprio desejo a encaminhe; sem prisão nem restrição que não seja por devida força de lei” (Blackstone, livro 1.^o, cap. 1.^o). Também Rossi definia a liberdade individual como faculdade locomotiva, afirmando, em definição que foi retomada mais tarde por P. Lessa, que “a faculdade de locomoção é o *meio* de todos os outros desenvolvimentos da liberdade do indivíduo” (itálico nosso).

Lúcio de Mendonça argumentava ainda que, no Império, os juristas brasileiros sempre tinham adotado o campo de aplicação restrito do *habeas-corpus*, como, por exemplo, o voto de Lafayette R. Pereira, no Conselho de Estado, em 1883. A idéia era consagrada no direito positivo brasileiro, e o art. 65 do Regimento Interno do STF, ao regulamentar o processo do *habeas-corpus*, só falava em “prisão e detenção, carcereiro ou detentor”, porque “cogitava somente desta medida para prisões ilegais”. Outro argumento era por absurdo, pois se a tese contrária fosse aceita e o *habeas-corpus* fosse aplicável a todos os direitos individuais, protegeria também o direito de propriedade, o que seria manifestamente um contra-senso. As mesmas conseqüências levavam à não aplicação do *habeas-corpus* a outros direitos individuais, como o direito de reunião, pois, se coubesse, o *habeas-corpus* poderia ser usado contra a proibição decretada pela polícia, ou o direito de petição (*id. ibid.*: 58-61). Ele finalizava seu artigo abordando o problema dos recursos em *habeas-corpus*. Para ele, a decisão denegatória de *habeas-corpus*

não constituía coisa julgada, não podendo pois haver recurso desta decisão, porque o pedido poderia ser renovado tantas vezes quantas fosse indeferido. Não mais existia o recurso da decisão que concedia o *habeas-corpus*, pois a disposição do art. 69 § 7.º da Lei de 3 de dezembro de 1841 tinha caducado, “porque em regra foi abolido o procedimento *ex officio*” pela legislação republicana. A sua conclusão era que somente poderia haver coisa julgada em *habeas-corpus* no caso de plena concessão dele (id.; *ibid.*: 64).

Lúcio de Mendonça excluía do domínio do *habeas-corpus* os mesmos tipos de questões que a tradição jusnaturalista e conservadora: não cabia para réus pronunciados e condenados;²⁰ os atos da autoridade eram presumidos válidos; o ônus da prova cabia aos cidadãos que alegassem que seus direitos foram lesados ilegalmente; a prisão seria legal, mesmo se o prazo de formação da culpa fosse excedido.²¹

20. “É confirmada a sentença que condenou o requerente à pena legal, por haver, excedendo os limites das funções do seu cargo de juiz de direito da comarca do Rio Grande, ordenado a soltura por *habeas-corpus* e mandado por termo ao processo de um réu pronunciado por crime de defloramento de uma menor miserável, já estando a pronúncia confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça [do Estado]. Este tribunal condenou o réu a nove meses de suspensão de emprego por haver excedido os limites das funções próprias dele. O STF considera que com tal procedimento o requerente violou o art. 69 § 7.º da Lei de 1841, que atribui apenas ao juiz superior ao que decretou a prisão a competência para conceder o *habeas-corpus*. O réu também infringiu o art. 18 § 2.º da Lei 2033 de 1871, que inibe a concessão de *habeas-corpus* a réu pronunciado por autoridade competente. A interpretação ampla do art. 72 § 22 da Constituição federal, feita pelo requerente, é injurídica. O requerente desobedeceu ainda a outros dispositivos legais.” (STF, Revisão criminal n. 341, requerida pelo Dr. Alcides de Mendonça Lima, juiz de Direito da Comarca de Rio Grande, RS, dec. de 5/11/1898, rel. Min. Lúcio de Mendonça, *apud* MENDONÇA, id.: 263 *et passim*).

21. “Não é ilegal a prisão ordenada por autoridade policial fora de flagrante delito, desde que haja sido regularizada por superveniente mandado da autoridade competente.” Considerando que “a prisão [do paciente], ilegal a princípio, por haver sido efetuada por autoridade policial fora da flagrância do delito... entretanto se legalizou por superveniência de mandato de autoridade competente, que informa estar quase concluída a formação da culpa...” Em voto vencido, Macedo Soares concedia a ordem para informações, sobre o estado do processo e as razões da demora, por estar o paciente preso há 41 dias com processo concluído, sem pronúncia (STF, *Habeas-Corpus* n. 825, Impetrante, Antônio Villela, dec. de 5/9/1895, rel.

Os jacobinos retomavam argumentos da tradição conservadora para alertar para os riscos, para a harmonia das novas instituições, da ampliação desmesurada da intervenção judicial em questões políticas e administrativas. O Judiciário deveria interpretar os seus poderes de maneira restrita, não excedendo na interpretação da lei para revisar dispositivos legais cuja aplicação cabia aos outros poderes. Pois, caso contrário, o Judiciário estaria agindo contra decisões dos outros poderes, tornando-se um órgão revisor de seus atos, ferindo o "...Pacto Fundamental, cuja íntegra proíbe que o Poder Judiciário, delegado vitaliciamente a magistrados não eleitos pelo povo, se arvore em Governo dos Governos, da União e dos estados e, pois, em árbitro soberano da execução das deliberações administrativas, propostas às exigências de interesse público..."²² À objeção de que a restrição do *habeas-corpus* deixaria um grande âmbito de direitos sem meios rápidos e eficazes para garanti-los, respondiam que essa não era atribuição do Poder Judiciário. Enquanto não fossem criados pelas autoridades competentes, havia meios ordinários de se pedir reparação civil dos danos, como a ação de responsabilidade dos funcionários públicos (Lei 221 de 1894).

Assim, Lúcio de Mendonça, como os defensores das posições jacobina e conservadora, adotou uma concepção restrita do instituto do *habeas-corpus* na República. O *habeas-corpus* tinha características próprias, como a celeridade e a simplicidade processual, mas seu objetivo limitava-se a proteger a liberdade individual contra prisões ilegais. O *habeas-corpus* era um instituto extraordinário e somente poderia ser usado nas situações para as quais fora estabelecido e quando não houvesse um remédio ordinário aplicável à situação. Era extraordinário, e portanto não poderia ser tomado

Lúcio de Mendonça, *apud* MENDONÇA, id.: 175). "Não constitui constrangimento ilegal a prisão civil do paciente...; nem tal se torna pela demora na formação da culpa, atentas as circunstâncias dos autos." Na sentença, explicitava-se que essas circunstâncias referiam-se a "fatos múltiplos e de prova complexa", e pelas informações o processo já estava em poder do Sub-procurador, para promover a ação (STF, *Habeas-corpus* n. 903, impetrante Genesco T. Bandeira de Mello, dec. de 12/9/1896, rel. Lúcio de Mendonça, *apud* MENDONÇA, id.: 180).

22. STF, *Habeas-corpus* n. 936, negado aos monarquistas de São Paulo, dec. de 23/1/1897, rel. Min. Lúcio de Mendonça, publicado em *O Direito* (72): 72-82, 1897:

como modelo para a prática judicial, nem para os demais instrumentos processuais, ao contrário do que sustentava Rui Barbosa.

A interpretação restritiva do *habeas-corpus* teve vários seguidores na República. No STF, João Barbalho e Pindaíba de Mattos foram seus defensores constantes. Na doutrina, José Tavares Bastos adotava textualmente a definição do *habeas-corpus* enunciada por Lúcio de Mendonça (BASTOS, id.: 89-90).

Vemos que, em relação aos aspectos técnicos do *habeas-corpus*, os jacobinos não diferiam dos conservadores. Porém, seus objetivos políticos e a sua perspectiva teórica eram bastante diferentes. A posição doutrinária dos jacobinos é importante, sobretudo, pela maneira como interpretavam a relação entre o governo, a sociedade e os indivíduos. Para eles, havia uma comunidade fundamental de interesses da nação, princípio que servia como critério para a participação dos indivíduos na sociedade, para sua hierarquização e para o exercício legítimos dos seus direitos individuais. As transformações do poder político acompanhavam o processo de evolução da sociedade brasileira. A passagem do Império para a República colocava-se então apenas como uma etapa, necessária, cuja data era “quase previsível”, na escala contínua de evolução das sociedades. Eles defendiam um presidencialismo fortalecido e interpretavam de modo peculiar o princípio constitucional da separação dos poderes do Estado, que eram considerados como órgãos diferenciados, voltados à realização de objetivos distintos, mas necessários ao corpo social. A divisão dos poderes significava a autonomia de cada um deles no seu domínio particular de funcionamento, mas também a sua convergência necessária, em vista da harmonia e da evolução do conjunto.

A divisão funcional dos poderes do Estado republicano indica o espaço no qual a tradição jurídica conservadora poderá se renovar, modificando o seu paradigma teórico, a sua doutrina da forma de governo, ao mesmo tempo que incorpora os elementos da prática judicial existente. Essa divisão funcional delimita um domínio próprio e restrito da atividade judicial, a aplicação da lei em conflitos entre particulares.²³

23. O pensamento jurídico conservador/positivista ainda enfrentaria diversos problemas teóricos, políticos e na prática judicial, como determinar o estatuto da

Outros elementos da posição jacobina não foram retidos pelo pensamento jurídico e pela prática judicial posterior, pois eram particulares às suas posições políticas no início da República. Este é o caso, por exemplo, da identificação do governo republicano com a transformação revolucionária da sociedade e a defesa de reformas econômicas, políticas e sociais. Os jacobinos defendiam um poder político centralizado, nacionalista e reformista, enquanto na República prevaleceu o federalismo, com o governo voltado sobretudo a garantir as condições de produção para a agricultura de exportação. Se na ordem republicana o Presidente da República tinha um papel preponderante sobre o Congresso e sobre o Judiciário federal, isto se fazia segundo um outro esquema, no qual os chefes estaduais tinham um papel fundamental. A supremacia do Presidente da República, para os jacobinos, estava ligada à sua identificação com a vontade da nação. No esquema oligárquico, a supremacia resultava de uma aliança, de uma federação de chefes, em que um deles era investido de chefe supremo, mas de forma temporária, negociada e limitada pela vontade dos demais.

5. O *HABEAS-CORPUS* NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CRIMINAL REPUBLICANA

Houve grande continuidade da legislação processual do *habeas-corpus* na passagem do Império à República. A Constituição Federal admitiu a federalização da legislação processual, mas os estados adotaram as regras processuais do Código de Processo Criminal de 1832, e as Leis de Reforma de 1841 e 1871. Assim, manteve-se o recurso *ex-officio* à Relação das ordens de *habeas-corpus* concedidas pelos juízes de direito.²⁴ Em São Paulo, ocorreu o mesmo, pois até a Revolução de 1930 não foi promulgado um Código de Processo Penal.²⁵

atividade judicial, seus limites e relações com as outras atividades de Estado, a partir das novas condições da República: o estatuto soberano do Judiciário, seus poderes constitucionais, a maneira como seria exercido no jogo político.

24. A legislação dos estados em *habeas-corpus* encontra-se reunida em ALBUQUERQUE, 1917.

25. A prática judicial no estado também admitiu esse recurso. (RM-SP, v. 2, 1895: 353, 354, 374).

No Distrito Federal, havia o recurso necessário para o Conselho Supremo da Corte de Apelação das ordens concedidas pelos juízes locais.

Quanto às autoridades competentes para a concessão do *habeas-corpus*, manteve-se em vigor o artigo da Lei de 1841, que determinava a concessão da ordem apenas pelo juiz superior ao que decretou a prisão (*apud* BASTOS, id.: 111). Muitos estados mantiveram cargos de juízes semelhantes aos juízes municipais do Império, ocupados por bacharéis em direito, mas não vitalícios, com jurisdição limitada à preparação dos processos, até à pronúncia inclusive. Como na Lei de 1841, esses juízes continuaram sem a atribuição de conhecer pedidos de *habeas-corpus*, que era reservada aos juízes de direito e autoridades judiciais superiores (NUNES, 1922; NEQUETE, 1973).

Quanto à justiça federal, o decreto do Governo Provisório n. 848, de 11/10/1890, que serviu de base à sua organização, não previu o recurso *ex-officio* do despacho que concedia ordem de soltura (art. 9, n. IV e 49).²⁶ No caso de denegação da ordem, havia o recurso voluntário tanto das decisões dos juízes seccionais, como das ordens denegadas pelos juízes ou tribunais dos estados ao STF (CF/1891 art. 61 § 1.º). Mas a Lei n. 221 de 1894, que estabeleceu o processo no STF, criou apenas o recurso ao STF da denegação da ordem de *habeas-corpus*, por juízes e tribunais inferiores (art. 49). O recurso da concessão da ordem de *habeas-corpus* foi criado pela Lei n. 1747, de 17/10/1907. Embora a constitucionalidade deste dispositivo tenha sido questionada no STF, ele acabou sendo admitido.

26. O preâmbulo desse decreto afirmava o objetivo da proteção à liberdade individual pelas instituições políticas republicanas. "O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu às disposições relativas ao *habeas-corpus*. As fórmulas mais singelas, mais prontas, e de maior eficácia foram adotadas; e, como uma sólida garantia em favor daquele que sofre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o supremo tribunal federal em todos os casos de denegação da ordem de *habeas-corpus*. Tanto quanto é possível, e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assíduas de todas as preocupações do governo. O ponto de partida para um sólido regime de liberdade está na garantia dos direitos individuais" (*apud* BARBALHO, 1924 [1894]: 443; STF dec. de 28/7/1897, *apud* BASTOS, 1911: 293).

Os juízes seccionais podiam conhecer pedidos de *habeas-corpus*, ainda que a prisão tivesse sido feita por autoridade estadual, nos casos em que se tratasse de crimes da jurisdição federal ou de ato praticado contra funcionário da União. Porém, se se tratasse de prisões decretadas por autoridades estaduais em crimes de sua competência, estas estariam excluídas da competência dos juízes seccionais.²⁷ Por outro lado, no caso de prisões decretada por juiz ou tribunal federal, a justiça estadual não poderia em nenhum caso conhecer pedidos *habeas-corpus* em favor desses réus. No Distrito Federal, foi adotada a regra anterior a 1871, que impedia aos juízes de direito conceder *habeas-corpus* contra ordem de prisão do chefe de polícia local.²⁸

6. A PRÁTICA DO HABEAS-CORPUS NO DOMÍNIO PENAL

6.1. Prisão sem justa causa

O STF concedeu *habeas-corpus* no sentido de limitar o exercício de poderes policiais, como a prática de detenção para averiguações, ou decretação de prisão preventiva em inquérito, sem o mandado respectivo da autoridade judiciária. “É ilegal a prisão do paciente, preso policialmente, sem o ter sido em flagrante delito e não havendo sido excedido [expedido?] mandado de prisão preventiva pela autoridade competente para a formação da culpa”.²⁹

27. STF, dec. de 20/3/1897; *apud* id., *ibid.*: 112.

28. CADF, dec. de 1.º/8/1907, *apud* BASTOS, *id.*: 517.

29. STF, dec. de 27/10/1897, *apud* BASTOS, *id.*, 295. STF, *h.c.* n. 206 – Recurso interposto da decisão da Relação do Estado de Minas Gerais, denegando a ordem pedida. Provimento. Há constrangimento ilegal na notificação feita pela autoridade policial, embora sob a forma de pedido, para que o paciente não se retire do lugar em que se acha sem comunicar à polícia onde poderá ser encontrado. Pac. Bel. Carlos Domício de Assis Toledo. Dec. de 6/2/1892. Vencedores: Andrade Pinto, Pereira Fco., Pisa e Almeida, Macedo Soares, Mendonça Uchoa, Souza Mendes, Barros Pimentel, Barradas. Vencido: Queiroz Barros *O Direito*, v. 58, 1892: 92). Em São Paulo também foram concedidos *habeas-corpus* por ilegalidade de prisão para averiguações. *RT* 7: 120; 9: 260; concedidos por prisão ilegal: *RT* v. 10: 160; 14: 209, 242; 15: 189; *SPJ*, V. 12: 209; 442). No Estado, o *habeas-*

O STF é mais exigente quanto ao respeito das formas legais do processo, concedendo *habeas-corpus* a paciente preso sem ser em flagrante delito ou sem mandado de autoridade competente, quando ocorria a infração do art. 72 § 13 da Constituição. O Tribunal exigiu o cumprimento de requisitos para a prisão em flagrante, determinando que o auto fosse lavrado por autoridade competente no prazo da lei, e admitindo para o flagrante apenas as hipóteses do paciente ser encontrado praticando o crime ou seguido do clamor público. Fora do flagrante delito, a prisão antes da culpa formada só poderia ocorrer por mandado escrito do Juiz competente do processo ou à sua requisição.³⁰

Em outras decisões, porém, houve a negação do *habeas-corpus*, como no caso de prisão ilegal em que havia indícios veementes de criminalidade. O Tribunal do Estado do RJ negou a ordem, e o STF confirmou unanimemente a decisão em 22/5/1905, de *habeas-corpus* demandado a favor de um detido para averiguações, pos-

corpus foi concedido a indivíduo chamado à presença da autoridade policial e retido no respectivo gabinete para ser interrogado, "logo que os trabalhos da Delegacia o permitissem" (MANSO, 1923).

30. STF, dec. de 5 e 26/10/1912, *apud* AZEVEDO, id.: 361- 3, n. 1204, 1205, 1205-A a C. "À exceção do flagrante delito, a prisão antes da culpa formada só pode ter lugar nos crimes inafiançáveis por mandado escrito do Juiz competente para a formação da culpa ou à sua requisição, declaração de duas testemunhas que deponham de ciência própria, ou prova documental de que resultem veementes indícios contra o culpado, ou declaração deste, confessando o crime." (dec. de 19/12/1914; e também dec. de 6/4/1895; 21/5/1919; 1.º/5/1922 *apud* AZEVEDO, id.: 362: n. 1208). "Se não há flagrante delito ou mandado de procedência judiciária, a prisão é ilegal e concede-se o *habeas-corpus*." (STF. Dec. de 18-7/1916; também 27/10/1897; 2-10-1915; 26-6/1917, *apud* id., *ibid.*: 363, n. 1210) O STF concedeu em 28/7/1900 *habeas-corpus* a paciente cuja prisão preventiva não fora precedida da prova exigida pela lei, e porque, não obstante achar-se ele preso pela polícia desde 19 de junho não fora iniciada a formação da culpa, excedido o prazo legal (BASTOS, id.: 346). "Concede-se o *habeas-corpus* ao indivíduo preso preventivamente por simples suspeita de crime"(STF. dec. de 2/1/1909; AZEVEDO, id.: 389: n. 1346). *habeas-corpus* concedidos em São Paulo por prisão ilegal: (*SPJ* 1:69, 71, 74, 75, 76, 1523, 162 e 444; 3: 298; v. 6: 40, 41, 43, 119-21, 125, 230, 233, 313, 237-44, 248, 317; No v. 7: 24-5; 77, 79-81, 234-38, 263, 342; V. 8: 175, 250-2; 258-9; 372-5; V. 12: 61, 63, 209, 347, 355-6, 358-9; V. 13: 27, 30-2; 62, 64, 165, 168, 265, 267, 271-2, 277).

teriormente preso preventivamente, em virtude da existência de *indícios veementes* da criminalidade (*apud* BASTOS, id.:140).

Mais comum foi a situação da legalização da prisão pelos atos posteriores do processo. “Não é ilegal a prisão ordenada por autoridade policial fora do flagrante delito, desde que haja sido regularizada por superveniente mandado de autoridade competente.”³¹ Argumentava-se em favor da adoção no Brasil dessa prática, corrente nos tribunais ingleses e norte-americanos. Como nos Estados Unidos, no Brasil o *habeas-corpus* verifica a legalidade da prisão no momento do julgamento e não do requerimento inicial ou da prisão. Segundo a decisão, essa era a jurisprudência do STF em vários *habeas-corpus* em favor dos pacientes, cuja prisão preventiva fora decretada no curso do inquérito policial.³² Porém, ao contrário daquele país, o *habeas-corpus* brasileiro não proporcionava a mesma amplitude de meios de prova e de debate contraditório, que permitia aos tribunais daquele país um controle mais efetivo das práticas policiais. No Brasil, as restrições ao processo do *habeas-corpus* restringiam-se ao controle da legalidade formal dos documentos, com a limitada possibilidade de contestação das informações prestadas pela autoridade. Assim, o “pragmatismo” do Tribunal no sentido de aceitar a legalização das prisões teria como consequência permitir a continuidade da prática a-legal de detenção dos indivíduos pela polícia.

Tavares Bastos recomendava que o Ministério Público averiguasse, nas suas inspeções bimestrais das prisões, se havia pessoas detidas ilegalmente, indagando a cada detento se tinha a devida *nota da culpa* e examinando o “Livro de entrada e saída de presos”.

31. STF, dec. de 5/9/1895, *apud* BASTOS, id.: 251. “O paciente foi preso sem ser em flagrante, mas por simples indiciamento em crime de introdução dolosa de moeda falsa na circulação.” Sua prisão “todavia legalizou-se desde que o juiz sumariante fez passar mandado de prisão preventiva, ficando o preso à ordem e disposição do juízo federal...” (STF, dec. de 29/9/1900, BASTOS, id.: 348). Também em São Paulo, a prisão ilegal se regulariza com a decretação da prisão preventiva (RT: v. 59: 50).

32. STF, dec. 18/4/1903, *apud* AZEVEDO, id.: 383, n. 1321.

6.2. Excesso de prazo para a formação da culpa

Como no Império, o excesso de prazo na formação da culpa aparece como um importante caso de pedido de *habeas-corpus* no domínio penal, embora não tenhamos dados quantitativos para confirmar essa informação.

José T. Bastos considerava que o prazo de 13 dias para a queixa ou denúncia e conclusão do sumário não era fatal. Ele retomava a enumeração de Oliveira Machado a respeito dos eventos que poderiam justificar a demora na formação da culpa (BASTOS, id.: 121). Ele comentava o Decreto n. 2423, de 1859, cujo art. 1.^o determinava aos juízes que concluíssem a formação da culpa fora do prazo que declarassem os motivos justificativos da demora, que seriam apreciados pelo juiz superior; se este os considerasse improcedentes, promoveria a sua responsabilidade legal (art. 2.^o). Bastos considerava ainda que tais dispositivos deveriam sempre vigorar, pois eram “disposições salutares inspiradas em um verdadeiro sentimento de respeito pela liberdade”, embora estivessem se tornando obsoletas, por falta de uso. Ele aconselhava que sempre fosse feita a declaração dos motivos justificativos da demora, que deveria ser exigida sempre pelo juiz superior, para dar cumprimento severo ao art. 2.^o daquele decreto (id., ibid.: 36, n. 72).³³

Para ele, era política a causa principal do elevado número de processos em que se verificava o excesso do prazo na formação da culpa, e que justificavam a concessão de *habeas-corpus* a réus de “crimes hediondos”. Em muitos casos, juízes municipais retar-

33. “Não havendo lei alguma que tenha revogado tal Decreto [de 1859], e portanto estando ele em pleno vigor, deve ser censurada a autoridade que, pela pronúncia, não fizer a exposição dos motivos que retardaram a marcha rápida do sumário. Infelizmente, seja dito, tal Decreto tem sido observado não só pelos juízes, como pelos próprios tribunais, não passando de – *letra morta* – daí se originando negligência revoltante em muitas autoridades formadoras do processo, dando em resultado a concessão de múltiplos pedidos de *habeas-corpus* e concessão pela demora na formação da culpa. Os juízes superiores ao formador do processo e culpa, bem como os tribunais, jamais deveriam deixar que tal negligência tivesse lugar, instaurando o processo de responsabilidade para aquelas autoridades não diligentes.” (id.; ibid.: 122-3).

davam a formação da culpa propositadamente, para que os réus, seus amigos políticos, companheiros de deboches, fossem soltos pelo *habeas-corpus*, devido à demora na formação da culpa". Uma vez soltos, podiam intimidar as testemunhas de acusação, ou fugir do município onde estavam sendo processados, deixando correr o processo à revelia. Esses fatos tornavam mais necessária a exposição de motivos da demora na formação da culpa, por ocasião da pronúncia e o cuidado de verificar a alegação feita pela autoridade superior.³⁴ Ele aconselhava "todo o escrúpulo" dos juízes e tribunais, no exame de pedidos de *habeas-corpus* por excesso de prazo na formação da culpa. A autoridade que recebia o pedido teria de "averiguar atenta e cuidadosamente de onde partira a negligência, se do funcionário juiz, se do serventuário da justiça ou se houve existência de justos motivos para se ter assim retardado a marcha rápida do processo".

Outro fator apontado pelo autor para a demora na formação da culpa era a desídia do Ministério Público, que muitas vezes deixava de promovê-la devidamente. Porém, se o promotor encontrasse nas prisões detidos cujo prazo de formação da culpa tivesse sido excedido, deveria aplicar todos os meios junto aos juízes para a conclusão do sumário. Só deveria pedir o *habeas-corpus* se fosse confrontado com a má vontade dos juízes processantes ou se a prisão fosse ilegal (id., *ibid.*: 125-6).

O STF julgou que a demora na formação na culpa, por acúmulo de serviço, era "irregularidade que o juiz pode justificar, e que só induziria a sua responsabilidade, se provado o dolo ou a culpa, não podendo, entretanto, legitimar uma ordem de soltura ao réu acusado de homicídio e preso em flagrante, contra os interesses da repressão social".³⁵ Em outra decisão, a demora na formação da culpa devida

34. Ele afirmava que em outros casos o escrivão em conchavo com o advogado concorriam para a concessão do *habeas-corpus*, pela demora na formação, "muitas vezes homicida hediondo, retardando a marcha do processo. Nos grandes centros vemos escrivão e procurador do acusado, quase sempre saírem triunfantes dessa trama indecorosa contra os interesses da justiça; obtém o que desejam: - a demora na formação da culpa e, sob este pretexto, impetram-se o *habeas-corpus* aos tribunais." (id.; *ibid.*: 122-3).

35. STF, dec. de 2/12/1916, *apud* AZEVEDO, id.: 431, n. 1507.

à inquirição de testemunhas não era considerada “dificuldade insuperável” para a conclusão do sumário, pois o juiz tinha “meios coercitivos capazes de obrigá-las (as testemunhas) à inquirição” (*apud* BASTOS, *id.* 137).

O STF concedeu muitos *habeas-corpus* em virtude de excesso de prazo na formação da culpa. “É ilegal o prolongamento da prisão dos pacientes, desde que não se mostre ser devida a dificuldade insuperável a grande demora no processo, não sendo admissível para justificá-la a afluência de outros serviços”.³⁶ Em decisão de 3/11/1900, o STF concedeu *habeas-corpus* porque a demora na conclusão do inquérito, um mês, não era justificável (*apud id.*, *ibid.*: 337 e 370).³⁷

Porém, em dec. de 9/11/1898, o STF denegou ordem de *habeas-corpus* a paciente preso preventivamente por crime de tentativa de homicídio, porque a demora na formação da culpa era justificada, já que provinha da “dificuldade de serem encontradas duas das testemunhas arroladas e da afluência de serviço em juízo” (BASTOS, *id.*: 317).³⁸

Em decisão de 14/11/1899 o STF reconhecia a demora na formação da culpa e recomendava “ao juiz do processo que envide os esforços para que seja ultimada o mais breve possível” (*id.*, *ibid.*:

36. STF, dec. de 18/1/1896, *apud* BASTOS, *id.*: 264; dec. de 4/3/1896, *apud id.*, *ibid.*: 265.

37. STF, *h.c.* n. 217 – Pac. Thomaz Rodrigues Pereira, Dec. de 13/2/1892. “Proposta a preliminar de se não conhecer da petição, por se tratar de prisão ordenada por autoridade local, e resolvido que dela se conheça, pronuncia-se o Tribunal especialmente, e por todos os votos vencidos ou vencedores na preliminar, sobre o merecimento da mesma petição. É ilegal a prisão quando, embora iniciada, não é concluída a formação da culpa no prazo legal. Vencedores: Uchoa, Souza Mendes, Barros Pimentel, Aquino e Castro, Pisa e Almeida, Pereira Franco. Vencidos na preliminar: Sabará, Macedo Soares, Andrade Pinto e Barradas (*O Direito*, v. 58, 1892: 93).

38. “Não é ilegal a prisão do indiciado em crime inafiançável, ordenada por autoridade competente, quando se justifica a demora havida na formação da culpa.” (STF, dec. de 6/11/1895, *apud id.*; *ibid.*: 251; dec. de 4/5/1895; e 23/5/1900, *apud id.*, *ibid.*: 344).

331). O Tribunal aceitava justificação de que as diligências deviam ser feitas por suplentes, em municípios longínquos.³⁹⁻⁴⁰

O STF também concedeu *habeas-corpus* por demora para a conclusão do inquérito, por ter sido excedido o prazo da denúncia.⁴¹ Porém, se a demora fosse no julgamento, “não era o caso de *habeas-corpus*”, porque as questões relativas à ordem em que devem ser submetidos os processos ao júri eram da exclusiva competência do respectivo presidente.⁴²

39. STF, *habeas-corpus* n. 2710, negado, dec. unânime (*O Direito*, v. 109: 535-6). Exigindo justificação pela demora, dec. de 7/12/1895; de 19/12/1895 (*apud* BASTOS, id.: 252-3; AZEVEDO, 1925: 360, n. 1201 *et passim*). “Prisão por mais de um ano sem culpa formada; prisão preventiva realizada fora do flagrante. O seu prazo era, *ex-vi* do art. 148 do Cód. do Proc., a prisão por mais de um ano, sem culpa formada, é manifestamente ilegal, uma vez que não se mostrar ser a demora devida a dificuldade insuperável ou afluência de outros serviços. Não pode perdurar, por mais de um ano, a prisão preventiva, realizada fora do flagrante delito, porque decorrido esse lapso de tempo depois da data do crime não tem ela lugar, dando lugar o *habeas-corpus*.” (STF, dec. de 1.º/12/1897) Não cabia o *habeas-corpus* por demora na formação da culpa, uma vez que se verificava estar o processo concluso para pronúncia (STF, dec. de 11/7/1890, *apud* BASTOS, id., 338-9). Em dec. de 20/1/1900, o STF determinou a responsabilidade do juiz formador da culpa por negligência de seu procedimento, visto não ser justificada a demora na formação da culpa (*apud*, id., *ibid.*: 341).

Para a denegação de *habeas-corpus* em São Paulo, por ser justificada a demora na formação da culpa, “pela afluência dos negócios públicos ou outra dificuldade insuperável” (*SPJ* v. 9: 41, 408; v. 12: 57; 14: 49-50; v. 14: 49; v. 20: 30; v. 27: 308, 430; v. 34: 502-3; *RT* v. 9: 261; v. 10: 160; v. 13: 228; v. 14: 27). *Habeas-corpus* denegado para réus acusados de crime inafiançáveis, pois, apesar da demora na formação da culpa, existiam “índícios veementes de autoria”: *SPJ* v. 10: 160, dec. de 25/5/1914; v. 13: 180, dec. de 8/4/1914). Para a concessão por demora na formação da culpa, ver: *RT* v. 10: 220; 13: 179; 17: 177; *SPJ*, v. 9: 261, dec. de 30/3/1914; 11: 220, dec. de 14/9/1914; v. 13: 179, dec. de 8/4/1915).

40. *Habeas-corpus* concedido pelo TJ de Pernambuco a paciente denunciado pelo crime de roubo preso em flagrante e há 9 meses na cadeia sem que tenha sido feito o sumário da culpa, embora esta falta tenha sido ocasionada por não serem encontradas as testemunhas ou por excesso de serviço dos oficiais de justiça. Dec. de 11/8/1893. Advertência ao juiz de direito e ao promotor pelo pouco zelo na condução do serviço da justiça (*O Direito*, Vol. 63, 1894).

41. STF, dec. de 1.º e 5/12/1915; *apud* AZEVEDO, id.: 363, n. 1208 *et passim*.

42. STF, dec. de 9/6 e 26/5/1915, *apud* AZEVEDO, id.: 426, n. 1488-F e 1488-C.

Assim, no caso de demora na formação culpa, houve grande continuidade entre a prática do *habeas-corpus* imperial e a republicana. O mesmo argumento era aceito e ocorriam casos de longa permanência na prisão sem culpa formada, e, portanto, sem processo. O STF não adotou uma posição clara acerca dessa questão, exigindo o respeito estrito dos prazos legais pelas autoridades inferiores, invalidando os seus atos irregulares e responsabilizando-as por esses atos. Embora concedesse a soltura nos casos mais graves de desrespeito dos prazos legais, o STF também adotava uma atitude pragmática, admitindo que a exigência de uma adequação estrita aos prazos legais sob pena de soltura de réus indiciados em “crimes hediondos” implicaria em riscos para as necessidades de repressão criminal. Com isso, continuou neutralizado, ou ao menos limitado, a função do *habeas-corpus* no Brasil, imperial ou republicano, de garantir aos cidadãos o rápido julgamento da acusação criminal, impedindo a sua permanência na prisão sem processo.

6.3. Nulidade do processo

Segundo José Tavares Bastos, as regras sobre a nulidade continuaram as mesmas. Assim, reconhecida a nulidade, não haveria a perempção da acusação pública ou privada, que subsistia integralmente. Provido o recurso por nulidade, o paciente seria solto. “Se for nula a peça capital do processo, nulas são as conseqüentes; se a nulidade recair em atos intercalares, subseqüentes aos atos preliminares servirá o mesmo processo para ser renovado do ponto em que houve o a falta ou vício em diante; sendo a nulidade por incompetência do juiz, prevalecerá o mesmo processo, procedendo-se às competentes retificações.” (BASTOS, id.: 120; MACHADO, id.: § 93)⁴³

Foram concedidos pelo STF *habeas-corpus* em virtude de diversos tipos de nulidades, como cerceamento de defesa, inépcia da denúncia, acusação por fato não tipificado como crime, etc.

43. Para São Paulo, em caso de nulidade processual não foi concedido *habeas-corpus* (RT: 12: 228).

“Nulidades insanáveis no processo, dão lugar à concessão de *habeas-corpus*, maximé quando atingem o direito de plena defesa, com todos os recursos e meios a ela essenciais, assegurada pelo § 16, art. 72 da Constituição aos acusados.” (*apud* AZEVEDO, id.: 398, n. 1427-B) “Concede-se *habeas-corpus* se o fato narrado na queixa ou denúncia não se enquadra em algum dispositivo legal”.⁴⁴ “A dúvida na classificação do crime dá lugar a *habeas-corpus*.”⁴⁵ Verificação do auto de prisão em flagrante delito: “Se o auto de prisão em flagrante evidentemente não exprime a verdade, é ilegal a prisão que nele se baseia, e deve-se conceder *habeas-corpus*”.⁴⁶ “A nulidade da denúncia pela ausência de fato criminoso acarreta a de todo o processo, inclusive a sua pronúncia, e dá lugar à concessão de *habeas-corpus*...”⁴⁷

Os casos de *habeas-corpus* concedidos por nulidade pelo STF são aparentemente mais numerosos que os resultantes da pesquisa nas decisões do Império. Essa diferença é tanto mais importante se consideramos os *habeas-corpus* concedidos por nulidade a réus pronunciados e condenados, como veremos abaixo. Assim, com a República, acentua-se o papel do *habeas-corpus* no processo criminal, no sentido de servir como instrumento de controle, do respeito às formas do processo pelas autoridades judiciárias superiores. Porém, a concessão da ordem de *habeas-corpus* por nulidade de processo passou a ser submetida ao requisito suplementar da evidência da nulidade argüida.

44. STF, dec. de 30/10/1922; e de 10/1/1914; e 11/10/1920, *apud* AZEVEDO, id.: 367, n. 1239.

45. STF, dec. de 18/9/1895, *apud* AZEVEDO, id.: 379, n. 1292.

46. STF, dec. de 17/12/1910, *apud* AZEVEDO, id.: 394, n. 1394; dec. de 21-1-1915.

47. STF, dec. de 20/8/1911, *apud* AZEVEDO, id.: 395, n. 1408; dec. de 8/6/1895; de 6/9/1911 e 8/9/1915, *apud* id., *ibid.*: 396, n. 1410. Crime de moeda falsa, sem base para a denúncia: dec. de 11/4/1914; sem exame pericial, dec. de 27/5/1914, (*apud* id., *ibid.*: 406-7, n. 1469 e 1476-B). “A substituição ilegal de juízes faz nula a sentença e dá lugar ao *habeas-corpus*” (*apud* id., *ibid.*: 432, n. 1510-B).

7. EXCLUSÕES

7.1. Para réus acusados em crimes policiais e em crimes afiançáveis e considerados vadios

Os réus de contravenções às Posturas das Câmaras Municipais e dos crimes policiais, incluídos no art. 12 § 7.º do Código do Processo, deviam ser processados em liberdade. O mesmo ocorreria para os réus que prestassem fiança idônea nos crimes afiançáveis.⁴⁸ Dessa regra geral, foram excluídos os vagabundos e sem domicílio (art. 37 da Lei de 1841; arts. 299 e 300, do Reg. n. 120). Na Primeira República, permaneceu a mesma exclusão, conforme o art. 26 da Lei n. 1785, de 28/11/1907: "A prisão preventiva é autorizada, de conformidade com as formas previstas na legislação vigente. § 1.º Nos crimes afiançáveis, quando pela instrução do processo se apurar que o indiciado a) É vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo..." (*apud* BASTOS, id.: 31, n. 63)

Em uma decisão, o STF concedeu *habeas-corpus* a réu processado por infração de vadiagem, permitindo-lhe prestar fiança. "A circunstância de estar alguém processado por infração de vadiagem não constitui motivo para recusa de fiança; o contrário seria o *prejulgamento* da imputação, admitindo-se, antecipadamente, como provado aquilo mesmo que, por meio de processo regular, com a acusação e direito de defesa, a Justiça repressiva procura averiguar com exatidão, para poder ajustar à lei o decreto judicial, decisivo da causa."⁴⁹

Porém, esta decisão é excepcional nas fontes consultadas, o que resulta, por um lado, da própria competência atribuída ao STF, e,

48. Os crimes afiançáveis eram definidos por exclusão, por um lado, dos crimes policiais, aqueles cuja pena não fosse maior do que a de seis meses ou desterro para fora da Comarca e, por outro lado, os crimes inafiançáveis, aqueles cujo máximo da pena fosse: 1.º morte natural; 2.º galés; 3.º seis anos de prisão com trabalho; 4.º oito anos de prisão simples; 5.º vinte anos de degredo (Cód. Processo, arts. 100 e 101). A delimitação por exclusão resultou controvérsias a respeito da distribuição dos crimes policiais e afiançáveis (PESSOA, V., id.: 35, n. 93).

49. STF, dec. de 7/12/1921, *apud* AZEVEDO, id. 366, n. 1231.

por outro lado, do papel seletivo exercido pelas revistas e pelos compiladores de decisões judiciais. Não se trata mais da exclusão “lógica” das prisões por vagabundagem do domínio do *habeas-corpus*, como ocorria na prática imperial, uma vez que esse deixou de ser um instituto de direito criminal, e passou às autoridades judiciárias das atribuições de julgamento dos crimes policiais, e das infrações aos termos de ocupação e bem viver. Em ofício de 22/2/1898, dirigido ao Ministro da Justiça, Amaro Cavalcânti, o Procurador Geral do Distrito Federal relata os motivos pelos quais havia um grande número de *habeas-corpus* no Conselho Supremo da Corte de Apelação do Distrito Federal, cujas sessões eram quase totalmente absorvidas pelo assunto. Segundo o Procurador Geral, “três quartos dos recursos [de *habeas-corpus*] são interpostos por vagabundos detidos por alguns dias pela polícia, entendendo os promotores [públicos] que se não devem opor à tradicional atribuição policial em tais circunstâncias... Ora, os referidos presos usam de seu direito requerendo *habeas-corpus*, que corretamente lhes são concedidos para apresentação do delinqüente e informação da respectiva autoridade. Esta comunica que antecipadamente foram os pacientes postos em liberdade .. [A Corte julgava prejudicados os recursos e sem] acórdão que determine a responsabilidade nada tem a fazer o Ministério Público; porquanto determina o estatuto que compete ao Tribunal que concede o *habeas-corpus* conhecer se houve abuso de autoridade ou violação flagrante da lei, e ordenar ou requisitar a responsabilidade.” (*apud O Direito*, vol. 1898).

Este ofício merece alguns comentários: em primeiro lugar, refere-se à divisão “tradicional” de atribuições entre autoridades judiciais e policiais, em que as primeiras deixavam larga margem de atividade autônoma às segundas, em continuidade com a prática de controle social do período imperial. Em segundo lugar, o Tribunal consentia com aquela prática policial de prender e soltar os suspeitos depois de alguns dias, simplesmente julgando prejudicados os pedidos, sem oficiar ao Ministério Público para que promovesse a responsabilidade da autoridade coatora. Enfim, o que é novidade é o estatuto de garantia constitucional do *habeas-corpus* e seu uso efetivo pelos indivíduos atingidos pelas práticas a-legais de controle social, a fim de provocar a intervenção judicial para controlar a legalidade daquelas práticas.

7.2. Para réus em prisão preventiva, indiciados em crimes inafiançáveis

A Lei de 1871 criara como restrição à prisão preventiva que esta fosse decretada até um ano depois da data do crime (art. 13 § 4.º). Esta restrição foi revogada pelo Decreto Legislativo n. 2110, de 30/9/1907, cujo art. 27 § 2.º estatuiu que, nos crimes inafiançáveis, a prisão preventiva poderia ser decretada em qualquer, desde que se verificassem indícios veementes de autoria ou cumplicidade (BASTOS, id.: 39).

Tal como nos casos de prisão sem justa causa e de excesso de prazo na formação da culpa, o STF concedeu *habeas-corpus* para indiciados em crimes inafiançáveis em prisão preventiva para os quais não tinham sido obedecidos os requisitos legais. O Tribunal examinava se a prisão fora ordenada por autoridade judicial e verificava o cumprimento dos requisitos legais da prisão, negando ou concedendo a ordem.⁵⁰ Com isso, o Tribunal ultrapassava as situações em que a legislação anterior determinava a presunção de legalidade. “A prisão preventiva é ilegal se ao mandado não precedeu a prova exigida pelo art. 13 § 2.º da Lei n. 2033, de 1871.”⁵¹ Um dos requisitos essenciais para a sua decretação “é que se prove a *necessidade* dessa medida. A gravidade do delito não autoriza por si só a decretação da presunção preventiva”.⁵²

7.3. Para réus pronunciados

O § 2.º do art. 18 da Lei n. 2033 de 1871, da Reforma Judiciária, continuava em vigor na República, permanecendo a exclusão legal do *habeas-corpus* para réus pronunciados por autoridade competente. O mesmo ocorreu para os réus condenados por sentença definitiva (*apud*

50. Para a negação da ordem “ao paciente preso preventivamente, em forma regular”, ver AZEVEDO, id.: 365, n. 1219.

51. STF, dec. de 8-12-1900; dec. de 19/5/1897 e 20/6/1914, *apud* AZEVEDO, id.: 360, n. 1202-A; dec. 6-10-1917, id.; *ibid.*: 363, n. 1214. Lei n. 2033, art. 13 § 2.º: “À exceção do flagrante delito, a prisão antes da culpa formada só pode ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado, ou à requisição de duas testemunhas, que jurem de ciência própria, ou prova documental de que resultem veementes indícios contra o culpado, ou declaração deste confessando o crime.”

52. STF. dec. de 20/6/1921; *apud* AZEVEDO, id.: 364, n. 1217.

BASTOS, id.: 106). No STF, o regimento interno adotou as regras do Império. O art. 113 do Regimento transcrevia a Lei n. 2.033 de 1871, que proibia a concessão de *habeas-corpus* a réus pronunciados.

A doutrina admitia *habeas-corpus* para réus pronunciados em outros casos além do de incompetência manifesta do juiz. Em 1892, Luiz B. Marques Pitaluga, juiz de direito de Goiás, defendia em artigo na revista *O Direito* a concessão de *habeas-corpus* depois da pronúncia, argumentando que o não respeito às formas do processo importava nulidade do processo. Para ele, a Constituição ampliara o uso do *habeas-corpus*, porque as expressões “ilegalidade e abuso de poder” do § 22 do art. 72 sintetizavam todas as hipóteses do art. 353 do Cód. de Processo. Ele julgava derogado o § 2.º do art. 18 da Lei de 1871, porque todo processo em que não tivessem sido guardadas as formas era ilegal. A violação da lei produzia sempre a proscrição e inutilidade do ato e o que era nulo nenhum efeito produzia (*apud O Direito*, 1892, v. 57: 12-3).

João Mendes de Almeida Jr. e José T. Bastos enumeravam as situações de concessão de *habeas-corpus* depois da pronúncia: se o fato que serviu de base à pronúncia não fosse qualificado crime, se o crime fosse daqueles que o réu se livrava solto ou afiançado; e enfim, se o fato de que o réu fosse acusado não constituísse crime (BASTOS, id.: 127; MENDES JR., 1901, v. 2 : 251).⁵³ Segundo eles, foram inúmeros os *habeas-corpus* concedidos a réus após a pronúncia e a condenação, como da decisão condenatória do chefe de polícia, em virtude da inconstitucionalidade de disposições que davam atribuições judiciárias à polícia; de sentença do juiz de direito contrária ao veredicto do júri; de suspeição do juiz; e de processo evidentemente nulo (MENDES JR., id.: 254; BASTOS, id.: 135-6).

Em São Paulo, manteve-se a exclusão do *habeas-corpus* para réus pronunciados pedidos com esse fundamento e eram negados.⁵⁴⁻⁵⁵

53. José T. Bastos cita como precedente no Império um Acórdão da Relação de Porto Alegre, em 17/3/1876, (BASTOS, id., 184).

54. *RM-SP*, v. 5, 1897, 46-7; *SPJ*, v. 1: 158; v. 7: 335 e 338; v. 9: 150, 260, 262, 264, 266; v. 14: 50, 323; v. 15: 271, 273, 378.

55. Também em outros estados era mantida a exclusão, como nessa decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, de 16/10/1894. “Não deve ser solto por

Também no STF foram negados inúmeros *habeas-corpus* para réus pronunciados, sob o fundamento da exclusão legal nesse caso (AZEVEDO, id.: 386, n. 1330).⁵⁶ Em geral, o despacho de pronúncia afastava o exame do pedido de *habeas-corpus*.⁵⁷

Mas houve situações em que a presunção de legalidade resultante desse despacho não era obstáculo para a concessão da ordem.⁵⁸ Em 1898, o STF concedeu ordem de *habeas-corpus* preventivo de constrangimento ilegal a pacientes pois, “embora pronunciados como

habeas-corpus o réu pronunciado, cuja prisão preventiva excede o máximo da pena a que pode ser condenado”. O acórdão nega a ordem pelo fundamento de que não se concede *habeas-corpus* a paciente pronunciado. Voto vencido de Francisco Luís: o paciente já sofreu mais de 16 meses de prisão preventiva, como preceitua o Código do Processo a formação da culpa não deve exceder de 8 dias salvo motivos justificativo, o julgamento dos processos de competência do júri não deve demorar mais de 3 meses depois da formação da culpa; a prisão preventiva deve ser computada na pena legal. e o máximo da pena do art. 303 em que se acha incurso o paciente não excede de 14 meses, e se deve ser solto por *habeas-corpus* o condenado que preenche o tempo da condenação antes da decisão da apelação, com maioria de razão deve ser solto no caso presente. A prisão é ilegal quando já tem cerrado o motivo que a justificava (Pac. Honório da Silva Romão, *apud O Direito*, v. 65, 1894: 573).

56. “Não há constrangimento ilegal quando existe despacho de pronúncia proferido por autoridade competente.” (STF, dec. de 10/7/1895; *apud BASTOS*, id.: 250) “Não é ilegal a prisão de réus pronunciados em crime inafiançável, desde que não se prova nem se alega incompetência do juiz que os processou e pronunciou, ou do júri que os julgou e absolveu, estando a sentença pendente de apelação, quaisquer que sejam as nulidades argüidas por inobservância de leis processuais.” (STF, dec. de 4/9/1895; dec. de 4/3/1896, *apud BASTOS*, id.: 250-1; 264; e dec. de 6/5/1899, 27/5/1899, 31/5/1899 e 1.º/1/1906 id.; *ibid.*: 323, 325 e 394).

57. “É ilegal o constrangimento a que está sujeito o paciente ameaçado em sua liberdade por efeito de sentença de pronúncia, depois de haver obtido *habeas-corpus*, por ser a mesma sentença írrita e nula. Se em regra a concessão do *habeas-corpus* não suspende a marcha do processo crime, contudo este princípio deixa de ser aplicável quando a concessão tem por fundamento a incompetência.” (STF, dec. de 27/5/1896, *apud BASTOS*, id.: 266).

58. “Não é obstáculo à concessão de *habeas-corpus*, *ex-vi* dos art. 61, n. 1 e 72 § 12 e 22 da Constituição da República a presunção da legalidade de prisão decorrente de pronúncia decretada por juiz competente” (STF, dec. de 30/4/1902, *apud BASTOS*, id.: 357). Os artigos citados tratam respectivamente da competência da justiça federal em decisões da justiça estadual em caso de *habeas-corpus*, da liberdade de expressão, e do *habeas-corpus*.

indiciados em crime de incêndio, mostra-se que, pela lei estadual da Bahia, que alterou a disposição do art. 18 § 2.º da Lei geral de 1871, é permitida a concessão de *habeas-corpus* a réus pronunciados, sempre que haja evidente nulidade do processo, hipótese que ora se verifica; devendo-se no desacordo das duas leis, aplicar a lei estadual, por ser de direito processual o ponto de que se trata”.⁵⁹

Em decisão de 30/4/1902, o STF questionou a constitucionalidade da presunção de legalidade estabelecida no art. 18 § 2.º da Lei 2.033, da ordem de prisão preventiva decorrente de pronúncia, a fim de obstar a concessão de *habeas-corpus*. O STF concedeu *habeas-corpus* para um indivíduo pronunciado, em juízo competente, dada a inexistência de crime. Para o tribunal, a presunção de legalidade da prisão após a pronúncia era incompatível com os termos amplos do artigo constitucional que instituiu a garantia do *habeas-corpus*. Além disso, pela Constituição republicana, a presunção de legalidade da prisão somente poderia ser aplicada à sentença condenatória definitiva, e não à pronúncia, na qual a prisão não é execução de sentença, mas antecipação da mesma. A decisão afirmava que a presunção da legalidade da prisão determinada pela Lei de 1871 era contrária à Constituição (art. 152 e art. 179 §§ 9.º e 10). Para o Tribunal, a “odiosa e injustificável presunção legal” estava em “plena dissonância” com vários preceitos da Constituição republicana, como o art. 61 n. 1⁶⁰ e art. 72 §§ 13 e 22,⁶¹ pelas seguintes razões:

“a) O constituinte institui recurso direto para o ST contra decisões proferidas pelos Tribunais comuns nas *matérias de sua competência*, de cujo quadro não é lícito excluir decretos de pronúncia; b) fixa a regra que a prisão preventiva não se possa executar senão depois da pronúncia, donde se vê quer seria absurda

59. STF, dec. de 18/5/1898; *apud* BASTOS, id.: 311.

60. Art. 61: “As decisões dos juízes ou tribunais dos estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a: 1) *habeas-corpus*; ...”.

61. O art. 72 era o da Declaração de Direitos, o § 22, o do *habeas-corpus*. O § 13 do mesmo artigo determinava: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

a criação de recurso especial, extravagante das fontes Suíça, Argentina e Norte Americana, tão somente para as exceções de prisão preventiva feita em flagrante ou decretada pelo Juiz antes de formar culpa, contra réus inafiançáveis [isto é, campo de aplicação restrito do *habeas-corpus* no domínio restrito, segundo a Lei de 1871].; c) prescreve ampla e incondicionalmente que se dará *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou *abuso de poder*, isto é, desvio e não falta de competência [segundo a Lei de 1871, o único caso em que cabia *habeas-corpus* após a pronúncia]. A presunção da Lei de 1871 só se harmoniza com a lei suprema quanto à prisão que não é simples antecipação (Cód.[Penal] art. 62), mas efetiva execução de pena imposta em sentença criminal definitiva (Const. art. 59, n. 3, e 81).” (*apud* AZEVEDO, id.: 360-1, n. 1202)

Segundo Azevedo, no início dos anos 1920, o STF concedia *habeas-corpus* para réus pronunciados nos casos de incompetência de juízo, de nulidade substancial, de prescrição, e quando o fato imputado ao paciente não fosse criminoso.⁶²

Quanto à incompetência do juiz processante, era fundamento legal previsto na Lei de 1871.⁶³ Na República, surgiram problemas em virtude da dualidade de organização judiciária e as dúvidas acerca da competência da justiça federal ou estadual foram levadas a julgamento em *habeas-corpus*. Embora tenham sido numerosos os casos de *habeas-corpus* nesta situação, não se colocava a questão substantiva da liberdade individual, mas problemas relativos à divisão formal das competências.

Quanto às nulidades substanciais eram enumeradas: “ São nulidades substanciais do processo: a) a pronúncia proferida em

62. Incompetência manifesta do juiz da pronúncia (dec. de 11/9/1918); quando o processo fosse evidentemente nulo (dec. de 11/9/1919; 19/7/1920; 27/12/1922), quando a ação penal estivesse prescrita (dec. de 19/7/1920; 28/5/1923) e quando o fato imputado ao paciente não fosse criminoso (dec. de 29/5/1922 e de 27/6/1917; 30/4/1919; 7 e 19/7/1920; *apud* AZEVEDO, id.: 443, n. 1593).

63. Por exemplo, o *habeas-corpus* concedido a réu pronunciado em crime de responsabilidade por incompetência do juiz processante (STF. dec. de 20/4/1898; BASTOS, id. 310; dec. de 24/5/1899; id.: 325).

sumário da culpa sem intimação do réu; b) a inadmissibilidade do debate oral, na ocasião do julgamento; c) e não se ter permitido ao réu recorrer do despacho de pronúncia. Verificadas essas nulidades, concede-se *habeas-corpus*, não obstante o paciente estar pronunciado.”⁶⁴

O STF concedeu em dec. de 9/2/1898 *habeas-corpus* a favor de réu pronunciado por juiz que fora antes promotor público na causa (BASTOS, id., 307). Em 1903, foi novamente concedido *habeas-corpus* a réu pronunciado por juiz suspeito⁶⁵ e a réu pronunciado, por alegação de prescrição do crime.⁶⁶

7.4. Para réus condenados

Em São Paulo, prevaleceu a interpretação de que a sentença condenatória excluía o pedido de *habeas-corpus*. Em 25/10/1895 foi negado o pedido a menores presos em virtude de sentença de autoridade competente. Para o Tribunal de Justiça, esse ato só era anulável por meios ordinários, segundo o fundamento no art. 18 § 2.º da Lei 2033, de 1871.⁶⁷ No Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi negado pedido em 12/6/1894 a Manoel Sebastião da Costa com o fundamento de que o *habeas-corpus* “não se concede ao sentenciado cujas penas se mostram cumpridas”. Para o Tribunal, ele não demonstrara plenamente que cumprira a pena, embora o voto vencido afirmasse que ele se encontrava preso há mais tempo do que a soma da condenação em grau máximo, as qualificações e multas possíveis (*O Direito*, 1894, V. 64: 542).

64. STF, dec. de 8-6-1907, *apud* AZEVEDO, id.: 388, n. 1340. “Depois de pronúncia decretada por autoridade competente só se concede *habeas-corpus* se o processo é evidentemente nulo.” (STF, dec. de 20/8/1910; há várias outras, *apud* AZEVEDO, id.: 392, n. 1387). “Concede-se *habeas-corpus* ao paciente preso em virtude de pronúncia que foi anulada, não tendo o sumário sido terminado no prazo legal” (STF, dec. de 21/3/1896; *apud* id. *ibid.*: 380). Havendo nulidade substanciais em processo crime, tem lugar o recurso extraordinário do *habeas-corpus* (STF, dec. de 8/6/1907, *apud* BASTOS, id.: 408).

65. STF, dec. de 29/8/1903, *apud* AZEVEDO, id.: 385, n. 1325.

66. STF, dec. de 2/10/1918, *apud* AZEVEDO, id.: 436, n. 1545.

67. TJSP, h.c. 527, *apud* RM-SP, v. 2, 1895: 100-2.

No STF também foram negados *habeas-corpus* para casos de réus condenados, sob o fundamento da exclusão legal determinada pelo art. 18 § 2.º da Lei 2.033, de 1871 (AZEVEDO, id.: 386, n. 1330). “Não há constrangimento ilegal na prisão determinada por sentença de autoridade competente, qualquer que seja a argüição de tal decisão, que só pelos meios ordinários poderá ser nulificada.”⁶⁸

Mas, de forma similar aos réus pronunciados, o *habeas-corpus* foi admitido para réus condenados. Foram concedidos *habeas-corpus* nos casos de incompetência manifesta do juiz; de condenação por fato não qualificado como crime pela lei; quando a ação penal, só podendo ser proposta por queixa da parte ofendida, o foi por denúncia ou *ex-officio*; enfim, quando o crime estava prescrito, ou cuja pena já fora cumprida durante a prisão preventiva.⁶⁹

Assim, o STF concedeu *habeas-corpus* para réu condenado que já cumprira a pena, computado o tempo da prisão preventiva. A pena de multa não poderia ser convertida em prisão a não ser pelos meios legais. “Computa-se integralmente em pena legal a prisão preventiva do indiciado. A questão do cômputo integral da prisão preventiva é questão que se pode dizer morta. É ilegal a prisão do paciente, quando levado em conta o tempo da prisão preventiva que sofreu, acha-se já cumprida a pena a que foi condenada.”⁷⁰ Há, porém, decisões que negaram a ordem, como no dec. de 12/4/1899, quando o STF negou *habeas-corpus* para réu condenado que alegava já ter cumprido a sua pena de prisão. Para o STF, era “caso de requerer soltura ao juiz de execuções, e não de *habeas-corpus*,

68. STF, dec. de 24/4/1909; e 18/10/1916, *apud* AZEVEDO, id.: 389; n. 1354.

69. Para João Mendes Jr., as possibilidades de concessão de *habeas-corpus* nestes casos, seriam devidas a nulidades por causa eficiente, por causa material, ou por causa formalidade essencial. Nunca por causa final, ou seja, a injustiça da sentença (*apud* BASTOS, id.: 127).

70. STF, dec. de 3/3/1897, *apud* BASTOS, id., 289. “Se a pena já está cumprida, concede-se *habeas-corpus* ao paciente que ainda se encontra preso.” (dec. 3-3-1897, *apud* AZEVEDO, id.: 380, n. 1302) “É ilegal a prisão do paciente quando, cumprida a pena, sendo computado o tempo da prisão preventiva, é nela ainda conservado, a pretexto de multa ainda não liquidada. A pena de prisão, como substitutiva da de multa, não pode ser executada por antecipação, mas só depois de feita em termos legais a respectiva conversão.” (dec. de 20/4/1897 e 19/12/1900, *apud* BASTOS, id., 288-9 e 351).

recurso extraordinário só admissível quando falecem os meios ordinários para garantia da liberdade individual”.⁷¹ Em 1903, o STF negava novamente *habeas-corpus* a réu condenado, que alegava já ter cumprido a pena. Para o Tribunal, cabia ao paciente requerer ao juiz das execuções, “para que haja por cumprida a pena e o respectivo mandado de soltura e só quando desatendido, cabe o pedido de *habeas-corpus*, recurso extraordinário admitido quando esgotados os recursos ordinários estabelecidos pelas leis do processo”.⁷²

Enfim, como nos outros casos de nulidade, o *habeas-corpus* era concedido quanto havia nulidades nos processo de réus condenados. A partir do fim dos anos 1910 passou-se a exigir, para o conhecimento do pedido, que a nulidade atendesse ao requisito da evidência manifesta.

O STF concedeu algumas ordens de *habeas-corpus* em virtude da não execução da pena segundo o que fora determinado na sentença condenatória.⁷³ Em dec. de 17/8/1898, concedeu-se *habeas-corpus* a menor, sentenciado a ser recolhido em estabelecimento industrial disciplinar e que, à falta deste, era mantido na Casa de Detenção. Para o Tribunal, a sentença deveria ser executada nas condições nela prescritas. “Devendo a sentença ser executada pelo modo nela prescrito, salvo as exceções legais, que no caso se não dão, a conservação do paciente na Casa de Detenção, equivalendo

71. *Apud* BASTOS, id.: 323; dec. de 20/5/1899, 5/12/1900, id., *ibid.*: 324 e 350; *h.c.* n. 2713, dec. 1.º/5/1909, *O Direito*, v. 109, 1909: 537.

72. STF, *h.c.* n. 2058, *apud O Direito*, v. 94, 1904: 297-301. Votos vencedores: Pindaída de Mattos, Pisa e Almeida, Manoel Murtinho, Ribeiro de Almeida, Américo Lobo, João Barbalho. Vencidos: Alberto Torres, Hermínio do Espírito Santo, André Cavalcanti, e Macedo Soares. Note-se que Lúcio de Mendonça votou vencido numa decisão que adotava a doutrina restritiva do *habeas-corpus*. “Cumprida a pena, o condenado deve requerer sua soltura ao juiz da execução, e não requerer *habeas-corpus*, que não é meio hábil para terminação do processo.” (STF. dec. de 1.º/5/1909, *apud AZEVEDO*, id.: 390).

73. Para réu condenado por autoridade policial que o condenou por ter quebrado o termo de ocupação. Essa autoridade era incompetente para proferir tal julgamento, cabendo-lhe o preparo do termo e à autoridade judiciária, o julgamento da infração. Porém, o paciente já tinha cumprido a pena e o *habeas-corpus* era julgado prejudicado (STF. dec. de 30/8/1899, *apud* BASTOS, id.: 329).

a uma substituição da pena, não cogitada pela lei, importa constrangimento ilegal. Porém, relaxado o paciente da prisão, não era solto, mas posto à disposição do juiz competente para ter o destino legal.”⁷⁴ “Ninguém poderá ser recolhido à prisão ou nela conservado a pretexto de multa, enquanto esta não estiver liquidada.”⁷⁵

O STF negou a ordem *habeas-corpus* pedidos por réus condenados, em virtude das más condições da prisão, pelo menos em duas ocasiões, afirmando não caber o exame das condições da prisão: “Não é concedido *habeas-corpus* ao condenado que na Casa de Correção sofrer abuso de poder ou excesso de rigor da parte do administrador.”⁷⁶ “O *habeas-corpus* não é o meio regular de evitar maus tratos nas prisões, nem se o justificar, com esse fundamento, para ordenar o cumprimento da pena em outro lugar”.⁷⁷ No Estado do Rio de Janeiro há uma sentença excepcional, em que a soltura foi concedida pelo juiz de direito de Macaé, B. Sampaio, em virtude de não-alimentação do réu na prisão. O Estado deixara de pagar ao fornecedor da cadeia e este “resolveu não mais fornecer alimento aos presos.” (*apud* BASTOS, id.: 141).

Em suma, nos *habeas-corpus* demandados por réus condenados, o STF passou a examinar de forma mais estrita o cumprimento das formalidades processuais. O *habeas-corpus* foi também concedido para réus que já haviam cumprido a pena e os casos em que o pedido nesta situação foi negado pode ser explicado pela exigência preliminar de que o réu esgotasse os recursos ordinários, e requeresse sua soltura ao juiz da execução, cabendo o *habeas-corpus* quando esta fosse negada por aquele juiz. Porém, a negação de *habeas-corpus* contra as condições da prisão indica que na Primeira República era neutralizada a função, atribuída pelos doutrinadores ingleses, do exame do corpo dos pacientes, efetuado pelas autori-

74. *Apud* BASTOS, id., 302; 315; AZEVEDO, id.: 382, n. 1315.

75. STF, dec. de 12/4/1902, *apud* AZEVEDO, id.: 382, n. 1318. Em São Paulo, porém, foi negado *habeas-corpus* a menor preso em cadeia comum, não foi considerada a prisão ilegal, porque não existia cadeia especial (RT v. 13: 77 e 149).

76. Dec. do STF, dec. de 16/1/1901, *O Direito*, 1901, v. 85; BASTOS, id.: 554).

77. STF, h.c.. n. 3284, dec. de 9/11/1912, rel. Enéas Galvão, *apud* RODRIGUES, 1991: 353-4. Em São Paulo também decidiu-se que o *habeas-corpus* não cabia para reclamar das condições da cadeia (RT, v. 20: 219; 25: 46).

dades judiciais como garantia da integridade física dos detidos e de instrumento de supervisão das condições das prisões.

7.5. *Habeas-corpus* e outros recursos criminais

José T. Bastos adotava a doutrina de Lúcio de Mendonça a respeito das limitações do *habeas-corpus* em face de outros recursos criminais. Mendonça enumerava casos de prisão ilegal em que o *habeas-corpus* não poderia caber, dentre os quais o preso já pronunciado ou condenado por juiz competente, qualquer que fosse a arguição contra a prisão, despacho ou sentença, cuja nulidade só poderia ser decretada mediante os recursos ordinários de pronúncia ou de apelação; ao preso já condenado em que houvesse alguma ilegalidade na execução da pena; ao preso condenado cujo crime foi anistiado pelo Congresso; ao preso condenado que já havia cumprido a pena e que deveria requerer a soltura ao juiz executor da pena e não o *habeas-corpus* (MENDONÇA, 1903: 54-6).

O STF, em acórdão de 13/4/1904, decidiu que, dado que o paciente havia apelado da sentença do júri que o condenou, “em tais condições é de todo o ponto inadmissível, e na espécie, o recurso de *habeas-corpus* que é extraordinário, e só poder ter lugar na falta de recurso ordinário”.⁷⁸

O *habeas-corpus* permanecia um recurso extraordinário, só podendo ser usado na falta de recursos ordinários. Porém, o *habeas-corpus* era admitido no STF após a denegação do recurso ordinário, e com isso o Tribunal passou a examinar o respeito às formas legais pelos tribunais estaduais. Neste sentido, o STF decidiu que cabia *habeas-corpus*, caso a ameaça de constrangimento ilegal permanecesse, mesmo depois de esgotados os recursos estabelecidos nas leis processuais dos estados e do Distrito Federal.⁷⁹

78. *Apud* BASTOS, id., 371; dec. de 15/8/1917 e de 9/8/1916, *apud* AZEVEDO, id.: 433-4, n. 1523. O *habeas-corpus* era impróprio “para dirimir questão afeta, mediante recurso ordinário, a instância superior da justiça local ou federal” (STF, dec. de 30/4/1919; de. de 1/5/1915, *apud* AZEVEDO, id.: 436: n. 1549).

79. STF, dec. de 13/6/1906; e 29/7/1916, *apud* AZEVEDO, id.: 386.

8. RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE COATORA

Sob este aspecto, a prática republicana do *habeas-corpus* apresenta grande continuidade em relação à prática imperial, deixando as autoridades que concediam o *habeas-corpus* de promover a responsabilidade da autoridade coatora.

José Tavares Bastos afirma que o § 3.º do art. 18 da Lei de 1871, a respeito da responsabilidade da autoridade coatora, estava em pleno vigor e era claro nas múltiplas leis estaduais, porém, não era aplicado. Ele defendia que os tribunais federais e estaduais, “como moralidade e garantia à liberdade individual, sempre e sempre, devem fazer cumprir este princípio legal. Jamais devem, pois, enfraquecer ou olvidar o dispositivo deste §” (BASTOS, 1911: 29, n. 51).

Marcelino G. Coelho criticava o abuso das autoridades policiais da capital federal que soltavam e prendiam de novo o paciente, para evitar a concessão da ordem de soltura (COELHO, 1900: 287). Para ele, era imperativo que a autoridade coatora enviasse à autoridade que concedeu a ordem de *habeas-corpus* as provas e depoimentos em que fundava a medida contrária à liberdade, a fim de fornecer o meio para que se pudesse julgar da sua legalidade. Ele se inspirava neste aspecto nas disposições do *common law* e da legislação norte-americana, segundo as quais as informações deveriam declarar o motivo expresso e certo da prisão; do mesmo modo, o paciente poderia negar algum dos fatos relatados nas informações, ou alegar outros essenciais ao caso (id.; ibid.: 199-200).

Em São Paulo, há inúmeros casos de *habeas-corpus* concedidos por prisão ilegal, sem providências administrativas contra a autoridade coatora.⁸⁰ As autoridades judiciárias viram-se diante de informações falsas prestadas pelas autoridades policiais, que resultaram na concessão da ordem de *habeas-corpus* (RT, 27: 227) ou negação (RT, 28: 96). Apesar das informações falsas prestadas pela polícia, foi negada a ordem em caso de grevistas presos (RT, 31: 270).

O STF também julgava, em geral, simplesmente prejudicados os pedidos de *habeas-corpus* cujo paciente tivesse sido liberado após

80. SPJ: v. 5: 61, 62, 64, 65, 66, 161, 289-98; 370-1; 374.

a interposição do pedido no Tribunal. Interpretava-se que cabia ao paciente entrar com ação de responsabilidade contra a autoridade, demandando reparação pelas perdas e danos resultantes da sua prisão.⁸¹

Continua, pois, a haver inúmeros de *habeas-corpus* concedidos anualmente pelos tribunais por ilegalidade da prisão. São frequentes os casos em que, tendo sido requerido o *habeas-corpus*, o juiz ou tribunal solicitava a informação e a autoridade policial respondia que o preso já havia sido solto.⁸² O *habeas-corpus* mantinha a função reparadora dos excessos e ilegalidades praticados pelas autoridades policiais, mas tinha limitados seus efeitos políticos e sociais mais difusos. Este resultado não é surpreendente, e pode ser compreendido a partir das características do processo de mudança política e social, mas é um aspecto marcante da “adaptação” do *habeas-corpus* pela prática judicial à nossa sociedade.

9. A QUESTÃO DAS PROSTITUTAS

Os juízes e tribunais, locais e federais do Distrito Federal julgaram em diversas ocasiões pedidos de *habeas-corpus* em favor de prostitutas, contra a ação das autoridades policiais. Essas autoridades tinham atribuições regulamentares que lhes permitiam agir sobre “prostitutas escandalosas”, bêbados turbulentos, vadios e outros. Atuavam de diversas formas, procurando impedir a permanência das prostitutas nas calçadas e nas janelas, obrigando-as a fechar as portas e janelas de suas residências após às 22 horas, assim como sua permanência em bares, e procurando deslocá-las do centro da cidade, determinando a localização de suas residências.

Nesta questão, coloca-se o problema das relações entre o poder regulamentar de polícia, as formas de controle social e os direitos

81. Embora não tenhamos pesquisado o assunto, parece-nos improvável, dadas as circunstâncias, o uso de tal ação pelos atingidos pela ação de controle policial.

82. Para presos soltos na capital federal em 1898, em virtude de pedido de *habeas-corpus* com a ordem de serem novamente presos logo após o julgamento deste (BRETAS, 1997a: 64). Para a desobediência a *habeas-corpus* pela polícia carioca, *JC*, 13/3/1896.

individuais. Debateu-se a “sanitarização” da prostituição, como ocorria nos países centrais, através da regulamentação da sua atividade e de controles médicos periódicos. Predominou a posição contrária a essas medidas, consideradas imorais, pois, argumentava-se, a regulamentação significaria a legalização do vício. Não foram, pois, adotadas medidas sanitárias em relação às prostitutas, mantendo-se sobre elas uma intervenção sobretudo policial. Quais seriam os limites do poder da polícia sobre a liberdade física das prostitutas, diante dos direitos individuais consagrados na Constituição?

Em 10/1/1900, o STF negou *habeas-corpus* a pacientes intimadas pela polícia para se retirarem de um estabelecimento comercial e aí não retornarem, porquanto estava na competência da autoridade policial fazer a inspeção desses estabelecimentos. No caso, as pacientes eram prostitutas e a casa, um bordel disfarçado: “É negado provimento ao recurso do despacho que julgou improcedente o pedido de *habeas-corpus* preventivo, porquanto o ato da autoridade policial contra o qual se reclama está dentro da esfera de suas atribuições em face da lei. As pacientes alegavam que, trabalhando na casa comercial em que eram empregadas, foram intimadas pela autoridade policial para retirarem-se incontinenti do estabelecimento, o que aliás não podiam fazer sem prestar contas aos seus patrões. Desde então, estavam impossibilitadas de penetrar na dita casa, acham-se ameaçadas, se o fizerem, de prisão pela mesma autoridade. O juiz negou a ordem pedida, considerando “que a casa de choppe em que estavam as pacientes, que se entregavam à prostituição, era um bordel disfarçado sob as aparências de um estabelecimento comercial e um foco permanente de conflitos, sendo que, nos termos da lei, incumbe à polícia manter a ordem pública e ter severa vigilância sobre as mulheres de má vida que ofendem a moral pública e os bons costumes.”⁸³

Em 17/11/1900, novamente o STF negou *habeas-corpus* a prostitutas intimadas pelas autoridades policiais: “É negado provimento ao recurso, por não se provar que as pacientes estejam

83. Dec. de 10/1/1900; *apud* BASTOS, id.: 341. Em São Paulo, também foram negados pedidos de *habeas-corpus* em favor de prostitutas: o instrumento não era cabível contra a “ação moralizadora da polícia sobre as casas de tolerância” (RT, v. 46: 337).

sofrendo ou sejam ameaçadas de constrangimento ilegal em sua liberdade.” As pacientes haviam pedido à autoridade local, o juiz do Tribunal Civil e Criminal, ordem de *habeas-corpus* preventivo, que pusesse termo à ameaça de constrangimento ilegal, que sofriam da parte da autoridade policial, que as intimara, sob pena de prisão, a transferirem, dentro de oito dias, suas residências para lugares menos centrais do que aqueles em que se achavam e a não estarem às janelas, que seriam fechadas às 10 horas da noite, o que importava atentado à propriedade, livre locomoção, habitação e inviolabilidade do domicílio, garantidas por lei. O juiz julgou-se incompetente, pelo art. 135 do Decr. 1060, de 1880, para resolver sobre o pedido, visto ter agido a autoridade policial no cumprimento de ordens do chefe de polícia. Desta decisão foi interposto o presente recurso.”⁸⁴

No recurso de *habeas-corpus* interposto pelo advogado Primo Soares de Brito, em favor de Maria José C. da Costa e outro, contra proibição determinada pela autoridade policial de terem as prostitutas as suas casas abertas, e de se conservarem às janelas, o STF decidiu unanimemente que o ato da autoridade policial estava dentro de suas atribuições (Decr. n. 1.034, de 1.º/9/1892, art. 22 §§ 1.º, 2.º e 21). O ato da polícia “não constitui ameaça de violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, de sorte que contra ele caiba a pedida ordem de *habeas-corpus*”.⁸⁵ Em 11/9/1906, a Corte de Apelação do DF negou novamente *habeas-corpus* em favor de “pacientes meretrizes” que alegavam constrangimento pela polícia que lhes impedia o trânsito pelas ruas e permanência na porta de suas casas (*apud* BASTOS, id.: 516).⁸⁶

Evaristo de Moraes relata os *habeas-corpus* que impetrou perante o juízo seccional do Distrito Federal em maio de 1896. A polícia iniciou campanha contra a prostituição, ordenando às moradoras nas ruas Sete de Setembro, Carioca, Senhor dos Passos,

84. STF, dec. de 17/11/1900, *apud* BASTOS, id.: 350.

85. STF, dec. de 10/1/1900, Votaram: Lúcio de Mendonça, Pereira Franco, Hermínio F. do Espírito Santo, Ribeiro de Almeida, Bernardino Ferreira, João Pedro, Macedo Soares, André Cavalcanti, Pindaíba de Mattos. *apud* BASTOS, id.: 391.

86. O juiz de direito da 2a. Vara Criminal, Dr. Geminiano da Franca, decidiu em 20/8/1906 que não era contrária à Constituição Federal a vigilância pela polícia das meretrizes, vagabundos, ébrios e jogadores (*apud* BASTOS, id.: 532).

bem como na Praça Tiradentes, para que se mudassem da sua circunscrição, em curto prazo. Poucas obedeceram, e cerca de 600 ficaram nas suas casas. Segundo ele, as “pessoas sensatas” fizeram ver ao delegado os inconvenientes da ordem, pois as meretrizes poderiam se espalhar pela cidade, uma vez que não lhes fora apontado outro local onde se instalarem. Porém, tendo sido desobedecida a sua ordem, o delegado passou a usar de violência, prendendo mulheres sem motivo legal, “tolerando barbaridades cometidas contra elas por policiais subalternos, procurando obter pelo terror o que não conseguira pela intimação arbitrária” (MORAES, 1989 [1922]: 83-4).

Procurado pelas atingidas por essas violências, Evaristo de Moraes impetrou perante o juízo seccional contra o ato do delegado.⁸⁷ O juiz federal da 2.^a seção, Aureliano de Campos, “cujo respeito às liberdades individuais ia até o fetichismo”, concedeu a ordem, assim como para os pedidos de *habeas-corpus* apresentados nos dias seguintes, fornecendo salvo-conduto a centenas de mulheres (MORAES, id.: 85).⁸⁸

87. Evaristo de Moraes relata outro aspecto deste episódio, as custas processuais. Ele orientou as pacientes a constituírem um depositário para recolher o necessário para despesas de cartório e outras. As prostitutas fizeram os depósitos na medida em que lhes era possível e, quando da liquidação, o que haviam conseguido arrecadar não atingia a dois contos. A quantia teria sido insuficiente, diante do número de casos – mais de cem, se não tivesse havido a redução das custas pelos juiz seccional e pelos dois escrivães. O próprio Evaristo de Moraes nada cobrou por seus serviços neste caso (MORAES, 1989 [1922]: 86). Esse caso indica os limites ao acesso à justiça – e ao próprio *habeas-corpus* – pelos indivíduos mais pobres, colocado pelo próprio modo de funcionamento da instituição judiciária. Desde o Império, interpretou-se a regra de que o *habeas-corpus* era gratuito no sentido de que era isenta de custas apenas a *ordem de habeas-corpus*, isto é, a peça processual que continha o mandado do juiz para que o paciente fosse apresentado. Os demais procedimentos e atos preparatórios pagavam custas, que eram cobradas pelos carcereiros, policiais, escrivães, promotores e até pelos juízes. Se fosse necessária viagem para apresentação do paciente, as despesas seriam também por sua conta.

88. O teor da ordem era o seguinte: “Mando ao delegado da 4.^a circunscrição policial urbana e a todas as outras autoridades policiais que, à vista da presente ordem, não perturbem de qualquer maneira a liberdade da paciente F., residente nesta capital, até que seja decidido por este juízo o *habeas-corpus* que requereu

Em reação à concessão dessas ordens, José do Patrocínio iniciou uma campanha, a que se associaram os jornais *O País* e *Cidade do Rio*, contra a “legalização do vício, patrocinada por um advogado explorador de prostitutas e vendido aos cáptens”. Também o juiz seccional foi pressionado por suas decisões, como veremos adiante. A 31 de maio, Luiz Murat, João Gutierrez e João Caetano Costa promoviam uma reunião popular no largo São Francisco de Paula, para “protestar diante do Sr. Presidente da República e do Congresso contra uma sentença do Sr. Dr. Juiz Seccional”. O *JC* considerava as intenções daqueles cidadãos “elevadas e moralizadoras da sociedade”, pois convocaram a reunião “procurando extirpar com a sua palavra e com seu exemplo os vícios que escandalizam esta capital”. Porém, o jornal reservava o respeito e acatamento à garantia à liberdade individual ordenada pelo magistrado, aplicando a lei tal qual ela é. A polícia procurava sanar as lacunas da lei, mas o fim da independência da magistratura era um risco para todos que, sem ela, estariam sujeitos a todo tipo de perseguições. Realizado o *meeting*, os organizadores apresentaram uma representação ao Senado, alertando para a “má impressão produzida sobre o espírito de honra nacional pela sentença do juiz seccional deste distrito concedendo *habeas-corpus* à meretriz impudente que a autoridade policial tentou meter nos limites da conveniência pública”. Eles representavam ao Senado pedindo a reforma do Código Penal e da Lei de 1890, que permitiam proteger o nefasto, o criminoso e o crápula contra os homens virtuosos e honestos. Francisco Glicério apresentaria um projeto de lei “no sentido de apertar a esfera de liberdades em que vivem desassombradamente o cápten, o gatuno, o vadio e a prostituta escandalosa, que ofende o pudor dos transeuntes”. A sentença do juiz era ilegal, em face do art. 23 da Lei n. 221, de 20/11/1894, e não poderia subsistir. Demandavam, pois, aos “senhores representantes da nação que alguma coisa se faça em desagravo da sociedade brasileira”. Eles queriam o saneamento moral da cidade e para isso era necessário “garantir os direitos da polícia” que procedem “exclusivamente do princípio da

e que se acha designado para o dia 4 de maio, próximo às 11 horas.” (*JC*, 3/5/1896). A sentença definitiva concedendo o *habeas-corpus* foi publicada no *JC* em 26 de maio seguinte.

utilidade, bastante para fundamentar a sua legitimidade... A polícia é uma força que não pode estar à espera de um fato culpado para agir, que não conforma os seus atos pela estrita justiça”, e que, “quando procede no sentido do bem público, deve ser sempre sustentada, jamais contrariada em nome da lei”. Defendiam a reforma da lei que só criava “estorvos”, para que “não se confundam os direitos do cidadão, o lar sagrado da família com o domínio licencioso da prostituta, que não pode ter guarida em disposições legais”. A representação era finalizada pelas palavras de ordem: “contra a sentença iníqua! Contra a liberdade de ultrajar! Pela reforma da lei!” (JC, 1.º/6/1896)⁸⁹

A concessão de *habeas-corpus* a prostitutas do Rio de Janeiro, pelo juiz seccional Aureliano de Campos, em 1896, é um episódio excepcional.⁹⁰ Nele apareceram algumas pressões e circunstâncias que permitem perceber os problemas enfrentados por uma posição liberal que procurasse estender a outros indivíduos que os “homens bons” a efetividade dos direitos individuais declarados na Constituição, tomando-os como princípio de análise e de interpretação das leis inferiores; e essa legalidade como critério regulador da atividade das autoridades públicas. Os direitos civis eram dirigidos apenas a uma parte dos indivíduos da sociedade, pois argumentava-se que acima dos princípios liberais enunciados nos textos legais estavam os objetivos “orgânicos” da sociedade, para os quais as autoridades

89. Em outubro seguinte, Aureliano de Campos foi pronunciado pelo STF em crime de responsabilidade, incurso no art. 226 do Código Penal, por exceder os limites das funções próprias do emprego. O juiz seccional concedeu *habeas-corpus* em favor de militar, para quem declarou inconstitucional a lei que excluía da competência da justiça civil o julgamento de réus militares. O STF acabou absolvendo Aureliano de Campos, que, no início de 1897 pediu demissão do cargo (JC, 22 a 24/8, 6 e 7/10; 20/12/1896).

90. “Cáftens, assim como prostitutas, são alvos quase desprotegidos da ação da polícia. Alguns conseguem permanecer no Brasil protegidos por *habeas-corpus*, o que não significa estarem livres da perseguição policial. As prostitutas, que conseguem afirmar na Justiça seu direito de locomoção, podendo residir onde desejassem, enfrentam a resistência constante da polícia que, a despeito das decisões judiciais, pouco a pouco vai restringindo o seu espaço.... De forma velada o processo de afastamento das prostitutas prossegue até encontrá-las – já na década de 1920 – restritas a poucas áreas da cidade.” (BRETAS, 1997a: 103).

públicas agiam com base no princípio da defesa social. As restrições legais à atividade das autoridades públicas deveriam ser interpretadas em função desses objetivos. As leis contrárias a eles deveriam ser flexibilizadas ou reformadas. Nesse episódio, vemos um discurso político conservador, fundado no paradigma positivista, opondo-se à expansão da efetiva garantia aos direitos constitucionais, neste caso tentada por juristas, de postura liberal ou socialista democrática.

10. HABEAS-CORPUS, DEFESA SOCIAL E CIDADANIA: O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

Continuam largamente utilizadas na Primeira República as práticas excludentes da cidadania aos vagabundos e sem domicílio, às prostitutas e bêbados. O Poder Judiciário recomenda a exata observância das leis no controle desses indivíduos pelas autoridades policiais, mas decide que os dispositivos legais do antigo regime que permitiam tais práticas não eram contrárias à Constituição.⁹¹

O Poder Judiciário fixa alguns limites às autoridades policiais como no caso seguinte, de bêbado não vagabundo: as atribuições correcionais da polícia só eram aplicáveis àqueles indivíduos que não satisfizessem as condições de moradia certa, ocupação permanente e de boa moral. “O Código Penal vigente não nulificou pelo seu art. 396 a atribuição cometida anteriormente às autoridades policiais de fazerem por em custódia os bêbedos durante a bebedia. Não sendo o bêbedo vagabundo, residindo no próprio lugar em que foi preso e não sendo toda embriaguez que exija a sua detenção, é mais consentâneo com o respeito devido à liberdade do cidadão,

91. *Habeas-corpus* do TJ de Belém – “É caso de ficar custodiado o embriagado até passar a embriaguez. Sofre constrangimento ilegal quem for preso pelos delitos de embriaguez, injúrias e ofensas à moral pública sem se lavar o auto de flagrante e formar se o competente processo, sendo esses delitos daqueles em que os réus se livram soltos, quando não são vagabundos e têm domicílio certo. Por infração de posturas ninguém pode ser preso senão em virtude de sentença irrevogável.” Pac. Matheus do Rosário Leite; dec. de 16/10/1891. O Tribunal ainda adverte o prefeito de polícia, recomendando-lhe a exata observância da lei e o condenam às custas em tresdobro. Duas restrições quanto à advertência (*O Direito*: 1892, v. 57:110).

e para tirar qualquer pretexto de violência, que seja ele conduzido para sua casa, em vez de recolhido à cadeia.”⁹²

Naqueles anos, multiplicam-se os atritos entre o Judiciário e a polícia a respeito da relação entre as garantias constitucionais e as práticas de controle social, pois ocorreram dois processos complementares: a atividade policial de controle social foi expandida, atuando de forma mais ampla e efetiva sobre a população urbana nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro; e aumentou o número de pedidos, pelos novos cidadãos, da garantia judicial contra aquelas práticas a-legais. Na Primeira República, autoridades policiais, políticos, juristas e magistrados passam a utilizar o discurso criminológico positivista para justificar essas práticas, defendendo abertamente a restrição das garantias constitucionais dos indivíduos das classes perigosas, pela necessidade de vigilância policial permanente sobre eles. Eles tornavam-se “infra-cidadãos”, excluídos do domínio dos direitos e garantias constitucionais, não só pelas práticas de controle social a que estavam sujeitos, mas também para o discurso criminológico que as racionalizava.

No relatório da Secretaria de Justiça de São Paulo de 1893, o Procurador-Geral do Estado, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, não só defende a interpretação restrita do *habeas-corpus*, como procede a uma singular inversão do instituto, em comparação à doutrina conservadora do Império. O Procurador-Geral lamentava as dificuldades de prisão de criminosos, em virtude da falta de pessoal qualificado e de quantidade de força nos destacamentos. Ele afirmava não terem sido no ano de 1893 tão freqüentes os *habeas-corpus*, mas ainda eram numerosos, usados fora das previsões da lei e da idéia constitucional. “O recurso de *habeas-corpus*, de *alcance principalmente político*, não é para substituir os recursos ordinários do processo criminal, pois que dessa forma fica alterada a natureza desta instituição liberal, que tão notáveis serviços é chamada a prestar... Como quer que seja a demora, quase que seguida em todos os processos, e a facilidade, que tem certas autoridades de violar a disposição da lei dão causa a interposição de numerosos recursos de *habeas-corpus*. ...com a

acumulação de serviço quase não é possível encerrar os processos criminais no prazo marcado pelo Código de Processo”. Havia ainda as dificuldades para a formação dos sumários de culpa e para os julgamentos do plenário, para obter o comparecimento das testemunhas, “sendo que as mais das vezes criminosos importantes escapam à ação da justiça pública, conseguindo ordens de soltura por *habeas-corpus*, porque não sendo possível reunir as testemunhas necessárias, forçosamente é excedido o tempo marcado pela lei para se completar a formação da culpa. E o julgamento plenário pelo júri é muitas vezes inçado de nulidades, porque não é possível as mais das vezes notificar as testemunhas, ou quando notificadas não comparecem ao juízo plenário” (*RSJ-SP*, 1894: 6).

O Promotor do 2.^o distrito da capital, Cândido N. Motta, também criticava o abuso do *habeas-corpus*, propugnando reformas, para restringi-lo. A amplitude do *habeas-corpus* era incompatível com as dificuldades da formação da culpa e, nestas condições, réus confessos eram postos em liberdade, “só pelo fato de não se ter concluído o sumário no prazo legal”. Ele considerava adequado conceder o *habeas-corpus* apenas àqueles sobre os quais só pesam vagas suspeitas. Mas, perguntava, “por que concedê-lo a criminosos que não fazem mistério de seu crime, e cuja prisão preventiva tem necessariamente de ser computada na pena que lhe for imposta?” Seguindo a *Criminologia* de Garofalo, considerava a liberdade aos imputados uma idéia pueril, pois o problema não era o das injustas prisões mas o da imediata soltura e muitos crimes. Aconselhava a ampliação dos casos de prisão preventiva, a qual não causava males, pois, no caso de absolvição, não era injustiça, nem mereceria indenização, já que o homem de bem só iria querer a reparação de sua honra. Aos outros, a prisão preventiva “só deve ser imputada à imprudência do imputado, à sua leviandade, à sua conduta excêntrica à má companhia em que se achava, e apenas em raríssimos casos à uma verdadeira circunstancia impossível de prever-se. é justo que a indenização seja tanto menor quanto mais razoáveis eram as suspeitas que a conduta do imputado fez nascer e que induziram em erro o primeiro juiz (que ordenou a prisão preventiva)”. Assim, ele sustentava que o *habeas-corpus* só deveria ser concedido em crimes inafiançáveis mediante uma grande fiança.

Tinham sido concedidos *habeas-corpus* a ladrões confessos, “em obediência a um formalismo sem limites, exigido pelo Cód. do Processo” e até hoje ninguém mais sabia notícias dos indivíduos. Ele criticava ainda o júri, como uma instituição perigosa, repelida pela ciência moderna (*apud RSJ-SP*, 1894).

Vemos nesses relatórios que as autoridades da justiça criminal de São Paulo utilizam argumentos da criminologia positivista para justificar a função de defesa social das autoridades policiais e repelir a ampliação do campo de aplicação do *habeas-corpus* no domínio penal. Sua atividade contra os criminosos e outros desviantes deveria ser limitada apenas de modo secundário pelos direitos individuais enunciados na Constituição e no Código do Processo Criminal. Esses direitos e garantias não eram dirigidos para aqueles indivíduos, que estavam deles excluídos não só por seus atos efetivamente criminosos, mas também por seu comportamento, que os tornava criminosos em potencial, então anti-sociais e perigosos e, pois, sujeitos às medidas preventivas adotadas pela sociedade.

Do mesmo modo, a garantia constitucional do *habeas-corpus* não era dirigida a esses indivíduos, pois era predominantemente política e sua utilização no campo criminal deveria obedecer às restrições ditadas pela política de defesa social e repressão criminal. Note-se a inversão do papel do *habeas-corpus* em relação ao pensamento conservador do Império. Para este, o *habeas-corpus* não tinha a função política de garantia constitucional; era apenas um recurso do processo criminal e, portanto, era restringido por outras normas legais e considerações de política criminal. Para os positivistas, dado que o *habeas-corpus* era garantia constitucional, e não era limitado pelos dispositivos legais inferiores, seu campo de aplicação era, de modo predominante, se não exclusivamente, político. No campo penal, a sua conclusão era semelhante a dos seus antecessores, o *habeas-corpus* devia ser restringido, se não por motivos legais, pelos objetivos da política criminal, voltada à defesa social.

Os argumentos e a perspectiva de análise exposta nesses relatórios não é excepcional. Também no Rio de Janeiro autoridades policiais e grupos políticos pressionaram juízes contra a concessão de *habeas-corpus* para gatunos, vadios e prostitutas atingidos pela ação ilegal da polícia. Em 1896 – em prosseguimento às críticas ao juiz seccional

Aureliano de Campos, que concedera os *habeas-corpus* às prostitutas –, o *Jornal do Commercio* publicou reportagens sobre os inconvenientes do *habeas-corpus*, considerando-o protetor da gatunagem”. Para o redator, o *habeas-corpus* era uma “instituição admirável” criada na Inglaterra para evitar a prisão injusta e obedecia aos “mais sãos princípios da civilização”. Porém, no Brasil, estava servindo, pela facilidade que era concedido, de estímulo para a “gatunagem desenfreada e destemida que infesta a cidade”, pois punha a ela uma muralha impossível de transpor pelas autoridades policiais. “Mal organizada, falha de quase todos os meios de ação, sem plano, sem conhecimentos e sem método a nossa polícia não pode de forma alguma lutar, com vantagem, contra o gatuno que lhe escorrega por entre os dedos, à menor veleidade de força por ela ostentada, arremessando-lhe à cara, com ar de escárnio, o *habeas-corpus* protetor, que o torna inviolável, lhe dá as garantias de cidadão honesto e que é um estímulo à impunidade, para continuar na vagabundagem e prosseguir nas suas façanhas contra os haveres alheios.” A polícia não conseguia realizar a tempo as diligências e os gatunos, conhecedores das nossas leis, desde que eram presos iam apresentar ao *juiz seccional* o pedido de *habeas-corpus*, que imediatamente mandava pedir informações e dar o seu despacho. A polícia não podia continuar as investigações, obrigada a soltar o gatuno imediatamente, antes de colher as provas contra ele. O redator propunha uma lei repressiva contra a gatunagem e uma reforma profunda na polícia e um melhor uso do *habeas-corpus*. A campanha foi apoiada por *O País*, que considerava o instituto “protetor da parte podre da sociedade” (*JC*, 23 e 24/5/1895).⁹³

O chefe de polícia da capital federal, Sampaio Ferraz, adotou abertamente posição restritiva ao uso do *habeas-corpus* por “facinoras e gatunos”. Nas informações ao *habeas-corpus* pedido por Francisco Monte Gordo e Sara Campos ou Sara Dorf, acusados de “gatunos conhecidos”, afirmava:

“Indivíduos corrompidos até a medula, useiros e vezeiros em atentados graves, dados ao assalto até o sangue das vítimas, formando

93. Nos dias seguintes, publicaram-se artigos criticando outras decisões do juiz, como a respeito de mandados proibitórios contra a cobrança de impostos ao Jockey Club e de bebidas (*JC*, 30/5 e 1.º/6/1896).

o convívio perigoso de agrupamentos que só vivem do crime e para o crime, não são, conceda-me a complacência dos ilustres juízes, equiparáveis àqueles que em um certo momento sofram um constrangimento ilegal, *ex-vi* de um ato menos discreto da autoridade.

O *Habeas-corpus*, instituição sábia que já sagrou os foros de liberdade e tolerância de um grande país que o instituiu como uma suprema garantia do direito individual ofendido, não poderá ser almejado pelos delinquentes como uma bandeira de misericórdia arrancada às ameias da processualística. Bandidos, facinorosos, ladrões confessos e professos, não nos parece são constrangidos *ilegal e ilegítimamente* quando indiciados em crimes que alarmam a sociedade e desprestigiam o poder público [ou seja, quando esses indivíduos são processados não contam para eles as garantias que questionem as práticas utilizadas na sua acusação].

O facínora não é o operário honesto que vai suar nas oficinas para acudir ao conforto do lar.

Em crimes tenebrosos, em atentados graves, muitas e muitas vezes não será possível à Justiça obter a confissão de delito, um documento constataador ou *absolutamente* o depoimento de duas testemunhas *contestes* que saibam de ciência *própria* [trata-se dos requisitos para a concessão do mandado de prisão preventiva em crimes inafiançáveis].

Assim, pois, se quando fora desses requisitos a regra for o *habeas-corpus* concedido uniformemente, hipóteses se darão, como esta, em que a polícia, como uma entidade administrativa e garantidora, se confessará impotente para defender o direito e proteger a sociedade” (*apud* BRETAS, 1997a: 64-5).

A polícia era o instrumento da utilidade social, para a luta do bem social contra o mal representado pelos criminosos e demais infra-cidadãos, que deveriam ser excluídos do campo do direito e, portanto, da proteção das garantias legais. Em 1897, quando as autoridades policiais da capital federal destruíram algumas casas de jogo, o proprietário de uma delas apresentou, por seu advogado Evaristo de Moraes, denúncia contra o delegado Raimundo P. Caldas por abuso de autoridade e dano à propriedade. Na sua defesa, o delegado argumentava que os infra-cidadãos moviam uma guerra contra as autoridades policiais. “A autoridade que vela pela segu-

rança pública; que se esforça em conter as referidas classes na sua expansão deletéria; que é forçada a guiar mesmo algumas ações livres [isto é, ilegais] para que não degenerem ou não se tornem nocivas; que está sempre atenta para frustrar as tentativas dos malfetores e apanhá-los nos seus tenebrosos movimentos; que está em toda parte e à toda hora pronta a conter os maus e sustentar os bons, – a polícia não pode viver senão em guerra aberta com aquelas classes, que são os inimigos constantes da sociedade”. Porém, além de “atribuir falsamente” à polícia excessos que ela não praticava, ainda ousavam a pedir aos tribunais o castigo à “magistratura [ou seja, à própria polícia] que tem a responsabilidade da ordem e da segurança pública por cumprir sua missão em um país civilizado!” (*apud* BRETAS, id.: 69-70).

O significado político da oposição entre o discurso positivista da defesa social e o constitucionalismo liberal a respeito da extensão das garantias constitucionais pode ser avaliado pela resposta de Rui Barbosa a Sampaio Ferraz. Rui Barbosa criticava os excessos da arbitrariedade policial, proporcionada pela tolerância à ilegalidade das autoridades superiores e dos órgãos da opinião. A causa da anarquia não eram os perseguidos da polícia, mas os próprios excessos praticados por essas, que excluía das garantias constitucionais uma parcela dos cidadãos. “Os miseráveis, os aviltados os criminosos não foram postos fora das garantias constitucionais. A mais desprezível michela, o larápio mais enxovalhado, o mais atroz homicida têm no seu direito pontos invioláveis.”

Ao contrário do chefe de polícia, que defendia a delegação, pelo Judiciário, de poderes excepcionais às autoridades policiais, Rui Barbosa defendia que os tribunais tinham o dever de controlar as práticas de detenção dos indivíduo, o respeito às formas e aos prazos do processo criminal.

“A lei estipulou os casos de prisão e os prazos para instauração dos processos. Quem quer que, fora desses prazos e casos, padecer em sua liberdade, há de reentrar na posse dela pela intervenção da magistratura... Pedir ao magistrado que sancione prisões arbitrárias, prisões ilegais, é insultar a justiça, desconhecendo-lhe a inflexibilidade. A justiça não dispensa na sua lei: cumpre-a, sem vacilar; não absolve os desvios de autoridade, pune-os, sem torcer.”

Ele sustentava que as autoridades responsáveis pelas prisões irregulares deveriam ser punidas. O *habeas-corpus* fora adotado pelas nossas mais antigas leis, que tinham imposto aos tribunais o “dever de responsabilizar os agentes de autoridade, por cuja conta corresse os abusos contra a liberdade individual...” Contudo, nossos magistrados descuravam esse dever, e deixavam de processar os responsáveis, mesmo diante das violências mais duras, as prisões mais longas. Com isso, a autoridade dos tribunais enfraquecia e aumentava a audácia da administração e da polícia. Os tribunais deveriam continuar concedendo *habeas-corpus*; e a polícia, habituar-se a trabalhar dentro da lei.⁹⁴

Na Conferência Judiciária-Policial de 1917, o ministro do STF, Viveiros de Castro, contestava a limitação da ação da polícia às situações de ilegalidade manifesta do exercício dos direitos individuais, pois importaria o fim da função preventiva, essencial à polícia, pois o seu dever precípua era prever e evitar todos os fatos perturbadores da ordem social.⁹⁵ Os indivíduos pertencentes às classes perigosas da sociedade não gozavam do direito de livre circulação – eles estavam, ao contrário, sujeitos a uma vigilância muito rigorosa da polícia. Os seus delitos eram contravenções, que o chefe e delegados de polícia poderiam processar *ex-officio*. A vigilância da polícia da capital sobre esse indivíduos era insuficiente, sendo urgente uma lei de segurança pública que fixasse e alargasse

94. Rui Barbosa, artigo publicado em *A Imprensa*, *apud* BRETAS, id.: 67-8. O artigo de Rui Barbosa faz parte de uma série de artigos e discursos no Senado, criticando projeto, que se converteu na Lei Alfredo Pinto, n. 628, de 24/10/1898. Esta Lei transferiu à polícia a competência de processar diversas contravenções, limitando atribuições do Judiciário, em especial as do júri, o que ampliou a capacidade punitiva da polícia. Além da restrição formal à competência do Judiciário, “sabiam bem os policiais que a proteção da Justiça não era para todos, ainda que fosse, do seu ponto de vista, demasiadamente extensa. O destino do pequeno criminoso era entrar e sair das prisões sem ter qualquer contato com a Justiça. Trabalhadores também estavam sujeitos a legislação especial, produto da ocasião e da vontade das autoridades policiais” (*apud* id., *ibid.*: 104).

95. Era a doutrina de Rohmer, Bluntschli, Ranelletti e Posada. Para Rohmer, “a intervenção livre no momento oportuno é a essência da polícia, cuja ação é indefinida como a própria vida, não sendo possível aprisioná-la em fórmulas” (*apud* LEAL, A., id.: 258-9).

as atribuições da polícia, “de acordo com as necessidades da defesa social, em uma cidade como a nossa em que fermentam tantos elementos deletérios”, tornando rápida a punição das contravenções. A polícia alegava ainda que sua ação era entravada pela facilidade com que os juízes concediam *habeas-corpus* ou anulavam os processos (*apud* LEAL, A, 1918, v. 2: 253-302).

Viveiros de Castro considerava necessária maior colaboração entre as autoridades judiciárias e policiais no controle dos infra-cidadãos, acabando com o “jogo de empurra” entre elas: “como estamos em família, é melhor confessarmos lisamente as nossas culpas: ficará bem garantida a ordem pública se houver completa harmonia de vistas entre os magistrados e as autoridades policiais, deixando uns de serem tão *formalistas*, tão apegados à letra da lei, considerando os outros os seus cargos como uma verdadeira profissão e não como simples *acheга*”. Os juízes deveriam considerar o *habeas-corpus* como o “*palladium* das liberdades públicas” e não “manta para abrigar criminosos” (*apud* id., *ibid.*: 267).

Vemos algumas mudanças e continuidades entre o discurso do conservadorismo jusnaturalista e o da criminologia positivista, na maneira pela qual se dão as relações entre o poder político, direitos individuais e as garantias constitucionais, em particular os dos “infra-cidadãos”.

Na ordem imperial-escravista, as diferentes categorias sociais de indivíduos eram traduzidas em diferenças de estatuto jurídico. Os escravos e, em grande medida, também os estrangeiros, eram externos à sociedade civil. Eles estavam dela excluídos e o domínio jurídico das suas relações com a sociedade era do direito das gentes, e assim, para a sociedade, eles eram seus inimigos, potenciais ou efetivos, ou meros “hóspedes”.⁹⁶ Os conservadores pensavam que o controle daqueles indivíduos era inerente aos detentores de posições de autoridade, política e social, o que era consequência da divisão de poderes inerentes à ordem social hierarquizada. E, para que o princípio de autoridade não resultasse em tirania, era necessário “temperá-lo”, conciliá-lo com o princípio da liberdade,

96. Havia outras exclusões resultantes de distinções estatutárias, como os livres pobres, só proprietários de si.

atributo dos homens livres e proprietários. Os fundamentos do seu discurso eram jurídicos e era esse tipo de categoria que racionalizava suas práticas.

A Constituição republicana unificou o estatuto dos indivíduos e, assim, todos eles, inclusive os “infra-cidadãos”, estavam incluídos no domínio dos direitos e garantias constitucionais. Mas, do ponto de vista da efetividade, os infra-cidadãos estavam, na Primeira República, excluídos do domínio dos direitos e garantias constitucionais. Para o discurso positivista, como seres humanos, os infra-cidadãos eram sujeitos de direito e, neste sentido, faziam parte da sociedade republicana; porém, em virtude do seu comportamento, eram considerados inimigos da boa sociedade e dos homens bons.

O domínio do controle social eram as condutas individuais dos infra-cidadãos e a ação coletiva das classes perigosas. O objeto da atividade policial, comportamentos individuais e coletivos, segundo tipos de indivíduos e categorias sociais. O objetivo do controle não era só a repressão aos crimes praticados, mas a prevenção de comportamentos potencialmente anti-sociais. O discurso da criminologia fornecia os tipos e categorias para a classificação dos indivíduos, sob a observação policial.⁹⁷ Classificados os indivíduos e grupos, seriam excluídos do campo das garantias constitucionais aqueles que, em virtude da sua posição social e comportamento, abandonavam a finalidade orgânica da sociedade.

Fundada na perspectiva positivista, a política criminal patrocina a defesa da sociedade, contra um mal que era lhe inerente, um mal criado pelas condutas dos seus próprios membros. O mal era criado pelo próprio funcionamento da sociedade, e contra ele a luta e a defesa social eram necessidades permanentes. Em suma, para a política criminal baseada no discurso da criminologia positivista, a representação da ordem social não era mais jurídica, a sua hierarquia não era mais de *status*; o seu ideal harmônico não se fundava na exclusão do mal, a sua negatividade não lhe era exterior. A representação da sociedade era sociológica; a hierarquia

97. Ver BRETAS, 1997a e 1995 (publicação em português, 1997b), para a análise dos problemas resultantes da necessidade de adequar as categorias da criminologia aos tipos da sociedade carioca do início do século 98.

social era baseada no desempenho e a harmonia era dinâmica, pois, como uma patologia, o mal estava no próprio corpo social.

11. CONCLUSÃO

O *habeas-corpus* no campo penal aparece como um ponto de atrito entre a prática judicial e outras práticas de controle social na Primeira República. Como garantia constitucional, o *habeas-corpus* permitia o exame judicial da legalidade das práticas de controle social, como a atividade policial, o respeito às formas e prazos do processo criminal, e as condições das prisões. Ao ser efetivada pelas autoridades judiciais, esta ampliação confrontou-se com limites de diversos tipos. Em primeiro lugar, limites institucionais, do modo de funcionamento da polícia e do Judiciário na Primeira República. Em segundo lugar, limites criados pelo próprio pragmatismo dos juízes, se não por sua adesão aberta à consideração de que era necessária a ilegalidade de certas práticas de controle social, adotando argumentos da criminologia positivista, que permitiam justificar o não respeito estrito da legalidade dos procedimentos criminais. Desse modo, mesmo tendo ocorrido a extensão do *habeas-corpus* no campo penal na Primeira República, permaneceram limitados alguns de seus importantes efeitos: a garantia de processo rápido, a limitação do arbítrio, pela responsabilidade das autoridades, o exame da integridade física dos réus, e os mais difusos, como a supervisão judicial das circunstâncias das detenções e o controle das condições das prisões.

Vimos a emergência do confronto entre o constitucionalismo liberal e o discurso da criminologia positivista. A posição liberal sobre as garantias constitucionais aparece aqui em aberta oposição ao discurso da criminologia positivista. Este discurso é contrário à extensão das garantias constitucionais a toda a sociedade e, portanto, à ampliação do uso *habeas-corpus* no campo penal. A extensão seria prejudicial à política criminal, dirigida à defesa da sociedade; à necessária ação policial preventiva contra os infracidades, excluídos do campo das garantias constitucionais.

Nos anos 1910, a evidência da nulidade é usada como requisito de admissibilidade para o *habeas-corpus* no campo penal. O STF

aceitava que arguições de nulidades, de tipificação do caso e mesmo de apreciação das provas fossem ser levantados em *habeas-corpus* para réus pronunciados e processados, concedendo a ordem apenas quando a questão argüida fosse evidente. Assim, à expansão do uso do *habeas-corpus* a todas as etapas do processo penal passa a ser adicionado um requisito para a concessão da ordem.

De um modo geral, o pensamento criminológico positivista coloniza os argumentos de tipo jurídico/constitucionais; o pensamento positivista se associa em diversos aspectos com o antigo jusnaturalismo conservador, incorporando suas teses e argumentos num conjunto novo. Não chegamos a elaborar esse conjunto, mas vimos como o objetivo social comum é incorporado – e transformado – pelos positivistas, combinando-se o poder não limitado legalmente com as técnicas e objetivos da defesa social.

CONCLUSÃO

Estudamos nesse trabalho o *habeas-corpus* no Segundo Reinado, tomando suas relações com outros aspectos da ordem imperial-escravista, a organização política, a doutrina jurídica dominante e as relações estruturais entre a prática judicial, as relações sociais, as práticas de controle social e as práticas punitivas estatais. Mostramos alguns aspectos da “adaptação”, pela prática judicial, do *habeas-corpus* à ordem imperial-escravista brasileira, pela qual foram neutralizados três efeitos atribuídos ao instituto na Inglaterra: a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de um processo rápido para o réu preso e a supervisão pelos juízes do respeito à integridade física do paciente, através do exame das circunstâncias da sua detenção e das condições da prisão.

Procuramos mostrar, em seguida, que, na Primeira República, a prática judicial do *habeas-corpus* tornou-se problemática em virtude dos processos de mudança que estudamos ao longo dos capítulos: o processo de mudança social, do qual resultou a uniformização do estatuto legal dos indivíduos e o surgimento de novos cidadãos na cena política, social e judicial; o esgotamento da conciliação e moderação da prática judicial prudencial e conservadora; a mudança epistemológica, com a crise do paradigma jusnaturalista, substituído pelo positivismo; e de mudança política, com a qual o Poder Judiciário adquiriu novo estatuto e novas funções na República, e o *habeas-corpus* passou a garantia constitucional.

Os debates doutrinários sobre o *habeas-corpus* revelam mais do que um corpo homogêneo e articulado de princípios jurídicos postos em prática pelos ministros do STF na Primeira República, pois as suas divergências evidenciam diferentes alternativas políticas e jurídicas, formuladas por ministros do STF e outros juristas, para responder aos problemas resultantes do novo estatuto e funções do

Poder Judiciário republicano, bem como às questões postas pela ruptura da tradição jurídica imperial. Porém, o positivismo não fornecia aos doutrinadores soluções unívocas e predeterminadas para a decisão dos temas jurídicos emergentes daqueles processos de mudança social e política.

A prática judicial da Primeira República foi colocada diante da proliferação de temas e do número de pedidos do *habeas-corpus*, resultante da combinação entre o novo estatuto e funções do Poder Judiciário e do *habeas-corpus* e, por outro lado, dos processos de mudança política e social, nos quais se davam continuidades nas práticas a-legais de clientelismo e controle social e, ainda, com novos temas de intervenção regulamentar das autoridades públicas.¹ Dada essa combinação, manifestou-se constantemente o caráter problemático das decisões judiciais de *habeas-corpus*. No campo penal, com a passagem do *habeas-corpus* de recurso processual a garantia constitucional, houve a ampliação das situações em que era admitido o uso do instituto, em especial para garantir o respeito às formas legais do processo. Porém, as continuidades institucionais e das práticas a-legais de controle dos infra-cidadãos, mantiveram neutralizados os efeitos mais difusos do instituto do *habeas-corpus*.

O constitucionalismo liberal era colonizado ou sofria aberta oposição do discurso da criminologia positivista. Esse discurso se combinava com a antiga perspectiva dos conservadores e com as doutrinas dos jacobinos/positivistas, para defender uma espécie de conservadorismo orgânico, dirigido pelos homens bons, liberal nas suas atividades e na esfera política, em sentido estrito, mas absolutista contra os infra-cidadãos. Adotando limitações ao *habeas-corpus* criadas pela prática judicial da ordem imperial-escravista, esse discurso propugna a suspensão permanente dos direitos civis de uma parcela da população, cujo comportamento é considerado perigoso à ordem social pelas autoridades políticas, administrativas e judiciais. Os indivíduos da chamada classe perigosa são considerados infra-cidadãos, defendendo-se abertamente sua exclusão dos

1. Em nossa tese de doutorado (KOERNER, 1998b), estudamos detalhadamente a proliferação de temas em *habeas-corpus*, decisões sobre direitos civis e casos políticos.

direitos constitucionais, particularmente, para o nosso caso, o *habeas-corpus*.

De maneira geral, sintetizamos o *habeas-corpus* na prática judicial da Primeira República com um duplo movimento. Por um lado, com a passagem do *habeas-corpus* a garantia constitucional, ocorreu a generalização do seu campo de aplicação e a ampliação das possibilidades de uso do instituto. Por outro lado, a prática judicial criou regras de utilização do instituto que restringiram as possibilidades de aplicação.

Em face dos problemas enfrentados pelas tensões políticas, pela proliferação dos temas e pelo aumento do número de pedidos de *habeas-corpus*, a prática judicial criou requisitos para o *habeas-corpus* que se tornaram restrições ao seu uso, tanto do ponto de vista do seu campo de aplicação quanto nos aos seus requisitos de admissibilidade e de concessão da ordem. No campo penal, havia o requisito de que, para a concessão da ordem, as irregularidades insanáveis do processo, como a nulidade ou a inépcia das peças acusatórias, deveriam ser manifestas ou evidentes. Em relação à atividade policial, julgavam-se inúmeros *habeas-corpus* simplesmente prejudicados, reconhecendo-se uma esfera de arbítrio própria à sua atividade de controle preventivo do comportamento dos infra-cidadãos.

Esses critérios restritivos serviam para selecionar, no conjunto de situações cuja garantia era demandada, aquelas cujo pedido seria concedido. Do ponto de vista histórico, essas restrições resultaram da combinação das condições políticas e sociais nas quais essa prática se efetivava, do paradigma positivista dominante no período e das próprias concepções políticas conservadoras entre os ministros do STF e outros juristas. De um ponto de vista sistêmico, com esse tipo de critério, o Judiciário exercia uma seleção, uma espécie de filtragem no conjunto de pedidos apresentados. O Judiciário também delimitava o campo das demandas possíveis, desestimulando o ingresso daquelas que eram excluídas da regra de julgamento vigente. O Judiciário ainda estabilizava suas relações com as outras instituições estatais, selecionando com critérios mais restritos os pedidos de revisão das decisões dessas instituições. Assim, a liquidez, certeza, ou evidência do direito a ser garantido atendia ao problema do aumento de demandas de *habeas-corpus* aos tribunais

na Primeira República. Essa restrição dava maior segurança nas decisões judiciais, não permitindo que situações juridicamente incertas, ou abertamente ilegais, viessem a obter garantia judicial. No processo penal, essas situações eram possíveis, e mesmo prováveis, pois, em virtude das debilidades institucionais do Poder Judiciário, eram freqüentes as irregularidades formais nos processos.

Porém, esse tipo de critério resultou em restrições importantes à eficácia dos direitos individuais declarados na Constituição e à sua extensão a todos os indivíduos no país. Os critérios restritivos criaram um *modus operandi* da garantia constitucional do *habeas-corpus* que o adequou às práticas a-legais de controle social e manteve neutralizados seus efeitos difusos sobre as práticas estatais e sociais. A restrição do *habeas-corpus* a casos evidentes dificultou o acesso dos cidadãos atingidos por essas práticas à garantia do Judiciário e, ainda, limitou o exame da relação entre os documentos e os fatos, da efetiva adequação à legalidade dos atos praticados pelas autoridades.

A neutralização dos efeitos difusos do *habeas-corpus* resultou, pois, da combinação da inversão do ônus da prova, acarretada pelo critério da liquidez e evidência do direito, com a não efetivação, em *habeas-corpus*, da responsabilidade legal da autoridade coatora. Dadas as continuidades organizacionais das instituições políticas e administrativas na Primeira República, essas restrições permitiram que continuassem – ou mesmo fossem aperfeiçoadas – práticas clandestinas com que os coatores são capazes de burlar o exame judicial dos seus atos, elaborando, para atos materialmente contrários à legalidade republicana, formas documentais que os tornam aceitos ao exame judicial formal em *habeas-corpus*.

Essa pesquisa aponta para problemas atuais da garantia judicial à cidadania no Brasil, pois as restrições ao *habeas-corpus* criadas na Primeira República mantêm-se em vigor, tanto na legislação como em regras da prática judicial. Essas restrições, criadas noutro contexto histórico e seguindo objetivos políticos determinados, ainda servem como requisitos para a utilização do *habeas-corpus* e de outras garantias constitucionais. O estudo dos limites colocados atualmente a esses instrumentos pela legislação e pela prática judicial atuais levará à identificação do seu papel para a efetividade

dos direitos de cidadania. Essas reflexões conduzirão a propostas de alterações do seu processo e dos critérios de sua utilização.

Quanto ao *habeas-corpus*, impõe-se a adoção de medidas que tornem efetiva a responsabilidade da autoridade coatora, ampliando-se procedimentos de verificação das informações prestadas, continuando-se o processo mesmo que o paciente já tenha sido relaxado. A determinação, pela autoridade judicial, da apresentação imediata do paciente permitirá o exame de seu corpo, restaurando um dos sentidos originais do instituto, o de garantir o respeito à integridade física do paciente pela autoridade coatora, do momento de sua detenção às condições da sua prisão. Noutro sentido, é necessário mudar os procedimentos, restaurando-se a audiência, a fim de ampliar o âmbito do exame judicial nesses processos, tanto nas considerações de fato como nas de direito. Serão assim criados procedimentos mais amplos, que fortalecerão os efeitos difusos do *habeas-corpus*, tornando-o uma garantia ainda mais eficaz para a efetividade do direito dos cidadãos contra coações e constrangimentos ilegais à sua liberdade.

BIBLIOGRAFIA

1. Publicações oficiais

- BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS *Annaes do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Deputados, 3.º ano da 3.ª Legislatura, sessão de 1836, Coligidos por Jorge João Dodsworth*. RJ, Typ. de Viúva Pinto e Filho, 1887, t. 2.º.
- BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 1869. *Projetos Oferecidos à Consideração do Corpo Legislativo desde o ano de 1845 até o ano de 1869 (sobre a Reforma Judiciária)*. RJ, Typ. Nacional.
- . 1870. *Anais do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Srs. Deputados, 2.º ano da 14.ª Legislatura, Sessão de 1870, T. 5*. Typ. Imperial e Constitucional de J. Villeneuve.
- . 1871. *Anais do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Srs. Deputados, 3.º ano da 14.ª Legislatura, Sessão de 1871, T. 4*. RJ, Typ. Imperial e Constitucional de J. Villeneuve.
- . 1871. *Anais do Senado do Império do Brasil – 3.ª Sessão em 1871 da 14.ª Legislatura, de 1.º a 30 de setembro*. T. 5. RJ, Typ. do Diário do Comércio.
- BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. *Annaes do Congresso Constituinte da República. – 2.ª ed. revista*. RJ, Imp. Nacional, 1926, 3 v.
- . IBGE Conselho Nacional de Estatística, s.d. *Anuário Estatístico do Brasil. Ano V, 1939-40*. RJ, Imp. do IBGE.
- . Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Direção Geral de Estatística.
- . MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatórios apresentado à Assembléia Geral Legislativa pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça*. RJ, Typ. Imperial, 1838 a 1888.
- . *Relatórios do Ministro da Justiça ao Presidente da República, de 1892 e 1895 a 1910*. RJ, Imprensa Nacional, 1893 e 1896 a 1911.
- BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1883. *Imperiais Resoluções Tomadas sobre Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado desde o ano em que começou a funcionar o mesmo Conselho até hoje...*, org. pelo bel. José Próspero Jeovah da Silva Caratá. RJ, Garnier, 2 v., 2252 pgs.

- BRASIL, SECRETARIA DO PLANEJAMENTO, Fundação IBGE, 1977. *Brasil: Séries Estatísticas Retrospectivas*. RJ, IBGE, v. 2
- BRASIL, SENADO FEDERAL. *Anais do Senado do Império do Brasil, 3.^a sessão da Primeira Legislatura de 12 de agosto a 6 de outubro de 1833*. RJ, 1916.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1975. *Reforma do Poder Judiciário – Diagnóstico*. Brasília, ed. do STF.
- ESTADO DE SÃO PAULO, 1913. *Reforma Judiciária do Estado de São Paulo – Análise da Discussão do Projeto na Câmara dos Deputados na Sessão de 1913*. SP, Siqueira, Nagel & C.
- SÃO PAULO, Presidência do Estado, 1912. *Plano de Reforma Judiciária Submetido ao Congresso Legislativo do Estado de São Paulo pelo Dr. Francisco de Paula Rodrigues Alves, Presidente do mesmo Estado*. SP, Siqueira, Nagel & Comp.
- . Secretaria de Justiça, 1894. *Relatório Apresentado ao Presidente do Estado pelo Secretário dos Negócios da Justiça de São Paulo, Manoel Pessoa de Siqueira Campos, em 31 de março de 1894*. SP, Typ. Espíndola, Siqueira e Comp.
- . 1913. Secretaria da Justiça e da Segurança Pública. *Relatório Apresentado ao Presidente do Estado pelo Secretário dos Negócios da Justiça e da Segurança Pública*. SP, 1893-1922.
- . 1913. *Relatório da Secção de Estatística Policial e Judiciária apresentado ao Exmo. Sr. Dr. Sampaio Vidal – 1.^o Semestre de 1913*. SP, Typ. Casa Garraux.
- . REPARTIÇÃO DE ESTATÍSTICA E DO ARQUIVO DO ESTADO. *Anuário Estatístico de São Paulo*. SP, 1893-1928.

2. Revistas Jurídicas

- O Direito (Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência)*, RJ, vols. 52 a 112, 1890 a 1912;
- Gazeta Jurídica – Índice Geral, Alfabético, Remissivo e Arrazoadado dos Vols. 1 a XXI, ou dos seis anos de 1873 a 1878*. Org. por Marques Perdigão. RJ, Typ. Perseverança, 1879.
- Revista Mensal*, SP, vols. I a IX, 1895 a 1898.
- Revista dos Tribunais*, vols. I a LV, 1910 a 1925.
- Revista do Supremo Tribunal Federal*, vols. 1 a 69, 1914-24;
- Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Ano II, Vol. II, set-dez de 1976.
- São Paulo Judiciário, Revista Jurídica*. vols. I a XXXVI, 1903 a 1914.

3. Sobre o *Habeas-corpus*

- ALBUQUERQUE, João de Sá, 1917. *Prática do Habeas Corpus*. RJ, Liv. Francisco Alves ed., 193 p.
- AUTRAN, Manoel Godofredo d'Alencastro. *Do Habeas-Corpus e seu Recurso, ou Compilação das disposições legais, e decisões do Governo a respeito, em exposição simples e metódica, seguida de um formulário do respectivo processo e de um índice alfabético*. RJ, Garnier, ed, 1879, 109 pp.
- BARBOSA, Rui, 1956 [1892], O Estado de Sítio: sua Natureza, seus Efeitos, seus Limites, *Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XIX, Tomo III – Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio*. RJ, Min. da Educação e Cultura.
- . 1915. Discurso no Senado em 22/1/1915., *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 3, 2.^a parte, pp. 5-11
- . 1946. *Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XVII, 1890 – Tomo I – A Constituição de 1891*. RJ, Ministério da Educação e Saúde.
- . 1956. *Obras Completas de Rui Barbosa, vol. XIX, 1892 – Tomo III – Trabalhos Jurídicos: Estado de Sítio*. RJ, Ministério da Educação e Cultura.
- . 1958a [1893a]. “Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, *Obras Completas...Vol. XX, Tomo V*. RJ, Min. da Educação e Cultura, pp. 1-233..
- BARBOSA, Rui, 1958b [1893b]. “*Habeas-Corpus* em favor dos Presos do Júpiter”, *Obras Completas...Vol. XX, Tomo V*. RJ, Min. da Educação e Cultura, pp. 235-291.
- . [1898]. “*Habeas-Corpus* em favor do Senador João Cordeiro e outros, discurso na sessão do STF de 26/03/1898, *Obras Seletas de Rui Barbosa, Vol. IX – Tribuna Judiciária*. RJ, Casa de Rui Barbosa, pp. 81-123.
- BARRADAS, Joaquim da Costa, 1892. (artigos publicados no “Jornal do Brasil” e transcritos sem referência à data), *O Direito*, Rio de Janeiro, (58): 545-582.
- BASTOS, J. T, 1911. *O Habeas-corpus na República*, Paris, Tip. Garnier
- CAMPOS, Aureliano de, 1907. “Expulsão de Estrangeiros, Constituitonalidade da Lei de 1907, Recurso para o Tribunal Superior da Decisão que concede *Habeas-Corpus*”, *O Direito*, RJ, (102):355-61.
- CARNEIRO, Levi. Prefácio, Rui BARBOSA. O Estado de Sítio: sua Natureza, seus Efeitos, seus Limites, *Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XIX, 1892, Tomo III – Trabalhos Jurídicos – Estado de Sítio*. RJ, Min. da Educação e Cultura, 1956, pp. XIX-XX
- CHURCH, W. *A treatise on the writ of habeas corpus*, 1886.
- COELHO, Marcelino Gama, 1900. *Do Habeas Corpus*. RJ, Tip. Guimarães, 1900.
- DORIA, Sampaio, 1925. *Habeas-corpus – (Suspende-se no Sítio o Habeas-corpus?)*. Ed. Inst. d’Anna Rosa, 45 p

- ESPÍNOLA Fo., Eduardo, s.d.. Verbete "*Habeas-Corpus*", *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, RJ, Borsó, v. XXIV.
- FARIA, Júlio Cezar de, 1918. *Habeas-corpus* – Operários Agrícolas – Constrangimento praticado por prepostos do patrão, *Revista dos Tribunais*, SP, vol. XXVI, pp. 284-8.
- FREIRE, Felisbello, 1892. (Artigos na imprensa a respeito do *habeas-corpus* no. 300, transcritos sem referência ao local e data), *O Direito*, RJ, (59): 5-32.
- GUIMARÃES, Aureliano, 1925. *Habeas-corpus – Doutrina e Prática*. SP, Saraiva ed.
- HURD, Rollin C. *A Treatise on the right of personal Liberty and on the writ of Habeas-Corpus and the Practice Connected with it with a view of the Law of Extradition of fugitives*. Albany, W.C.Little & Co Law Booksellers, 1876, 2.^a ed com notas de Frank H.Hurd, 637 p.
- LOBO, Aristides, 1892. (Artigo no *Figaro*, 30/4/1892,) reproduzido em *O Direito* (59): 385-8.
- MACHADO, Joaquim de Oliveira, 1878. *O Habeas-corpus no Brasil, Recurso popular e protetor à liberdade individual – Comentário Completo aos arts 340 a 355 do Código do Processo Criminal, art. 18 e seus parágrafos da Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871*. RJ, Laemmert ed., 1878, 176 p.
- MENDONÇA, Lucio de, 1898. "Limitações do *habeas-corpus*", *Revista de Jurisprudência* (3): 357-369
- MIRANDA, Pontes de, 1951. *História e Prática do Habeas-Corpus*. RJ, José Konfino ed., 2.^a ed.
- MISHKIN, Paul, 1986. "*Habeas-corpus*", *Encyclopedia of the American Constitution*. NY, Macmillan, 1986, V. 2: 880
- SHARPE, Robert. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford, Clarendon Press, 1976, 254p.
- VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus, La Libertad y su Garantia; Doctrina- Jurisprudencia y Legislacion Comparada*. Buenos Aires, Valerio Abeledo ed. 1927, 233p.

4. Jurídicos (doutrina jurídica, sociologia do direito, filosofia do direito e história do direito)

- ADORNO, Sérgio, 1988. *Os Aprendizés do Poder: O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. RJ, Paz e Terra.
- . 1994. "Crime, Justiça Penal e Desigualdade Jurídica: as Mortes que se contam no Tribunal do Júri", *Revista USP*, n. 21, mar-maio, pp. 132-152.
- ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta.. *Elementos de Direito Público Universal*. Recife, Guimarães e Oliveira, 1860; nova ed. correcta e aumentada, 116 p.
- . 1882. *Direito Público Positivo Brasileiro...* RJ, Laemmert, 151p.

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de, 1907. *O Decreto n. 1641 de 7 de Janeiro de 1907, Sobre expulsão de estrangeiros do Território Nacional...* RJ, Typ. da Revista dos Tribunais, 133 p.
- ALMEIDA JR., João Mendes de, 1901. *O Processo Criminal Brasileiro*. RJ, Laemmert, 2 v.
- . e outros, 1901. *Exposição Preliminar das Bases Para a Reforma Judiciária do Estado de São Paulo*. SP, Tip. A Vap. Espíndola, Siqueira e Cia.
- ALVAREZ, Marcos Cesar, 1996. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil (1899-1930)*. SP, USP/FFLCH, Tese de doutorado em Sociologia.
- ARRUDA, João, 1921. *Quarenta Anos de Vida Forense*. SP, Escolas Profissionais do Lyceu Salesiano S. Coração de Jesus.
- . 1950. *Sessenta Anos de Vida Forense*. SP, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais.
- AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro, 1881. *Constituição Política do Império do Brasi, seguida do Ato Adicional, etc*. RJ, Laemmert ed.
- . 1881b. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. RJ, Garnier.
- AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha e, 1852. *Observações sobre vários Artigos do Código de Processo Criminal e outros da Lei de 3 de dezembro de 1841*. Pernambuco, Typ da Viuva Roma.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de, 1925. *A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891-1924)*. RJ, Typ. da Revista do Supremo Tribunal Federal.
- . 1933. *Elaborando a Nova Constituição*. Belo Horizonte, s. ed., 1933.
- BALEEIRO, Aliomar, 1968. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. RJ, Forense.
- BAPTISTA, Francisco de Paula, 1935. *Compêndio de Theoria e Pratica de Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermenêutica Juridica para uso das Faculdades de Direito do Brasil*. SP, Saraiva, 8.^a ed.
- BARBALHO, João, 1924 [1894]. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. RJ, F. Briguier & Cia, 2.^a edição corrigida e aumentada
- BARMAN, R. e BARMAN, J, 1976. "The Role of Law Graduate in the Political Elite of Imperial Brazil", *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, v. 18, n. 4, nov/1976, 423-450
- . 1977. "Critique of Thomas Flory's 'Judicial Politics in Nineteenth-Century Brazil'", *The Hispanic American Historical Review*, v. 57, n. 4, nov/77; pp. 695-706.
- BARRETO, Tobias, 1926a. "Prolegômenos ao Estudo do Direito Criminal", *Obras Completas*, v. VI, Estudos de Direito, V. 1. Aracajú, Ed. do Estado de Sergipe, pp. 3-121.
- . 1926b. "Introdução ao Estudo do Direito", *Obras Completas*, cit., v. VII, Estudos de Direito, V. 2., pp. 3-48.

- . 1977a [1871]. "A Questão do Poder Moderador", *A Questão do Poder Moderador e Outros Ensaioes Brasileiros*. Petrópolis, Vozes; Brasília, INL, pp. 81-121
- . 1977b [1871]. "Direito Público Brasileiro", *A Questão do Poder Moderador...*, cit., pp. 152-160 (e *Obras Completas*, cit., vol VII, pp. 93-104)
- BASTOS, Cassiano C. Tavares, 1883. *Direito e Praxe Policial...* RJ, 2.^a ed. [1.^a ed. 1881], 671 p.
- BEVILAQUA, Clóvis, 1908. *Theoria Geral do Direito Civil*. RJ, Francisco Alves.
- . *História da Faculdade de Direito do Recife*. Brasília, INL, Cons. Federal de Cultura, 2.^a ed., 464 p.
- BLACKSTONE, William. *Commentaires sur les Loix Anglaises*. Notas de Ed.Christian, traduzido a partir da 15.^a ed. por N.M. Chompré. Paris, Bossange, Rey et Gravier, e Aillaud livr., 1822, 6 vols.
- BROTERO, José Maria de Avelar. *A Philosophia do Direito Constitucionalm por um ex-Magistrado*. SP, Typ do Governo arrendada pr Silva Sobral, 1842, 80 p.
- BRYCE, James, 1900. *La République Américaine*. Paris, V. Giard & E. Briére Eds., 4 v.
- BUENO, José Antônio Pimenta, 1857a. *Direito Público Brasileiro e Annalyse da Constituição do Império*. RJ, J. Villeneuve ed..
- BUENO, José Antônio Pimenta, 1857b. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. RJ, Empresa Nacional do Diário, 2.^a ed correcta e augmentada, 343p.
- CAMPBEL, R, 1907. *Principles of English Law founded on Blackstone's...*
- CAVALCANTI, Themístocles B., 1936. *Do Mandado de Segurança (Doutrina – Legislação – Jurisprudência)*. RJ, Freitas Bastos.
- CASTRO, José Antônio de Azevedo, 1872. *Repertório da Novíssima Reforma Judiciária – Lei n. 033, de 20 de setembro e Decreto de 22 de novembro de 1871, Seguido etc*. RJ, Garnier, 107 p.
- CORREIA, José M.A., s.d.. *Relatório Geral e Sintético dos Avisos do Ministério da Justiça*. RJ, Garnier ed., 2 v., 525 e 384 pg.
- COSTA, Moacyr Lobo, 1970. *Breve Notícia do Direito Processual Civil Brasileiro e sua Literatura*. SP, Ed. Revista dos Tribunais e EDUSP.
- CUNHA, Joaquim Bernardes da, 1863. *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal de Primeira Instância seguidas de um formulário simplificado e Metódico de todos os processos criminais e policiais e de uum Apêndice...* RJ, Laemmert ed, 2 vol.
- ESPÍNOLA F.^o, Eduardo, 1962. *Código de Pocesso Penal Brasileiro Anotado*. RJ, Borsói, v. 7, 5.^a ed.

- EWALD, François, 1986. *L'État Providence*. Paris, Bernard Grasset ed.
- . 1993a. "Justiça, Igualdade, Juízo", – *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, Vega ed., pp.129-54.
- . 1993b. "Direito e História", – *Foucault, a Norma e o Direito*, cit. pp. 155-166.
- FALCÃO, Djaci, 1975. "O Poder Judiciário e a Conjuntura Nacional (Conferência pronunciada na ESG, em 29/6/1975)", *Revista dos Tribunais*, (478): 239-253, agosto de 1975.
- FARIA, Bento de, 1929. *Sobre o Direito de Expulsão (Direito Internacional – Direito Nacional)*. RJ, Jacintho Ribeiro dos Santos ed., 255 p.
- FARIA, José Eduardo (org.), 1989. *Direito e Justiça – A função social do Judiciário*. SP, Ed. Ática.
- . 1991. *Justiça e Conflito (Os juízes em face dos novos movimentos sociais)*. SP, Ed. Revista dos Tribunais.
- FEIJÓ, Diogo Antônio. *Guia dos Juizes de Paz*.
- FLORY, Thomas H, 1975. "Judicial Politics in nineteenth-Century Brazil", *The Hispanic American Historical Review*, v. 55, n. 4, nov/75; pp. 664-92
- . 1981. *Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. Social Control and Political Stability in the New State*. Austin and London, University of Texas Press.
- FREIRE, Felisbelo, 1894. *História Constitucional dos Estados Unidos do Brasil*. RJ, Typ. Moreira e Maximino, 3 v.
- . 1913. *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil interpretada pelo Supremo Tribunal*. RJ, Typ. Baptista de Souza, 446 p.
- GRAU, Eros R. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. SP, Malheiros ed.
- GUIMARÃES, Américo M.F, 1880. *Repertório ou Índice Alfabético e Cronológico dos Avisos, Alvarás e Portaria do Ministério da Justiça desde 1822*. RJ, Garnier, 430 p.
- KEITH, A.B., 1939. *Constitutional Law, being the Seven Edition of Ridge's Constitutional Law of England, revised and largely re-written by* – London, Stevens and Sons Limited, Law Publishers.
- KOERNER, Andrei, 1992. "Entre a Lei e a Ordem: O Supremo Tribunal Federal no Sistema Político da Primeira República". SP, CEBRAP, Monografia de Conclusão do "Programa de Formação de Quadros Profissionais CEBRAP/ CAPES, 73 p.
- . 1998. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. SP, HUCITEC, Depto. de Ciência Política da USP,
- . 1998b. *O Habeas-Corpus na Prática Judicial Brasileira*. SP, Tese de doutoramento em Ciência Política apresentada à FFLCH/USP, dat, 765 p.

- LEAL, Aurelino, 1922. "História Judiciária do Brasil", *Dicionário Histórico, Geográfico e Etnográfico do Brasil*. RJ, Imprensa Nacional, V. 1, pp. 1107-1187.
- LEAL, Victor Nunes, 1972. Justiça Ordinária Federal, Belo Horizonte (34): 49-82, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, jul/72.
- LIRA, José Pereira, 1982. "A Atualidade do Pensamento de Pedro Lessa", MARINHO, J. e ROSAS, R., 1982. *Sesquicentenário...*, ob. cit., pp. 61-91.
- LEAL, Aurelino, 1918a. *Polícia e Poder de Polícia*. RJ, Imp. Nacional.
- . (org.), 1918b. *Anais da Conferência Judiciária-Policial*. RJ, Imprensa nacional, 2 v.
- LOSANO, Mário, 1994. "Tobias Barreto e la Recezione di Jhering in Brasile", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XXIV, n. 2, dez/1994, pp.421-42.
- MAFRA, Manoel da S, 1868. *Jurisprudência dos Tribunais Compilada dos Accórdãos dos Tribunais Superiores, Publicados desde 1841*. RJ, Garnier; Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livresiros, 2 v.
- . 1877. *Prontuário das Leis de Manumissão, com Jurisprudência, etc.* RJ, Typ. Nacional.
- MALHEIRO, Perdigão, 1976 [1866-7]. *A Escravidão no Brasil – Ensaio Histórico, Jurídico, Social*. Petrolis, Vozes ed.; Brasília, INL, 3.ª ed.
- MANSO, Manuel da Costa, 1923. *O Processo na Segunda Instância e suas Aplicações à Primeira*. SP, Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp. Editores, vol. I.
- . 1940. *Introdução ao Decreto Lei n. 11.058, de 26 de abril de 1940 e Anexos*. SP, Imprensa Oficial do Estado.
- MARQUES, José Frederico, 1977. *O Direito Processual em São Paulo*. SP, Saraiva.
- MENDES JR., 1901, ver. ALMEIDA JR., 1901.
- MENDONÇA, Lúcio, s.d.. "Prefácio", BOUTMY, E. Estudos de Direito Constitucional. RJ, Livr. Francisco Alves ed, trad. de Lúcio de Mendonça.
- MENDONÇA, Lúcio, 1903. *Páginas Jurídicas – Estudos, Pareceres e Decisões*. RJ, Paris, H. Garnier Livr. Ed., 273 p.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de, 1899. *O Poder Judiciário no Brasil*. Curitiba, Oficinas do Atelier Novo Mundo.
- MORAES, Ant. Evaristo de. *Ensaio de Patologia Social – Vagabundagem, Alcoolismo, Prostituição, Lenocínio*.
- . 1927. *Problemas de Direito Penal e de Psicologia Criminal*. RJ, Pimenta de Mello, 2.ª ed, 308 p.
- . 1938. "A legislação escravocrática e a magistratura", *Arquivo Judiciário*, vol. 45, jan-março, pp. 129-31.

- NEQUETE, Lênine, 1973. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre, Livraria Sulina, 2v.
- . 1988. *Escravos e Magistrados no Segundo Reinado*. Brasília, Fundação Petrônio Portella.
- NUNES, José de Castro, 1922. *As Constituições Estaduais do Brasil Comentadas e Comparadas entre si e com a Constituição Federal*. RJ, Livr. e edit. Leite Ribeiro.
- . 1937. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Atos do Poder Público*. SP, Saraiva,
- PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques, 1882. *Manual do Código Penal Brasileiro – Estudos Sintéticos e Práticos*. RJ, Garnier, 2 vols., 656 + 772p.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula, 1899 [1882]. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil com a Lei de 03 de dezembro de 1841, n. 261 e Regulamento n. 120, etc.* RJ, Livraria de A.A.Cruz Coutinho Livreiro-Editor, 2.^a ed.
- PIERANGELI, José Henrique, 1983. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. Bauru, Ed. Jalovi.
- PINTO, João José de Andrade, 1890. “A Constituição da República do Brasil. Idéias Gerais”, *O Direito*, v. 52, 1890, pp. 321-60.
- RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Elementos de Processo Criminal*. SP, Typ. 2 dezembro de 1856
- RAMOS, Joaquim José Pereira da Silva, 1864. *Código das Leis do Processo Criminal e Policial nos Juízos e Tribunais de 1.^a Instância*. RJ, Laemmert (contém formulários, e modelos de mapas estatísticos.)
- RIBEIRO, João Coelho Gomes, 1917. *A Gênese Histórica da Constituição Federal*. Subsídios para sua interpretação e Reforma. (Os Ante-Projectos, Contribuições e Programas). RJ, Off. Gráficas da Liga Marítima Brasileira.
- ROCHA, Justiniano José da, 1835. *Considerações sobre a Administração da Justiça Criminal no Brasil, e especialmente sobre o Júri*. RJ, Typ. Seignot e Plancher.
- ROCHA, Leonel S., 1988. *Loi et Liberté: La Pensée Politique de Rui Barbosa*. Tese de Doutorado. Paris, EHESS.
- RODRIGUES, José Carlos, 1863. *Constituição Política do Brasil... Analisada por um Jurisconsulto*. RJ, Laemmert ed.
- RODRIGUES, Leda Boechat, 1965. *História do Supremo Tribunal Federal: Volume 1 – Defesa das Liberdades Cíveis (1891-1898)*. RJ, Civilização Brasileira
- . 1968. *História do Supremo Tribunal Federal: Vol. 2 – Defesa do Federalismo (1899-1910)*. RJ, Civilização Brasileira.
- . 1991. *História do Supremo Tribunal Federal: Vol. 3 – Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926)*, RJ, Civilização Brasileira.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder – Ensaios sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre, Sérgio Fabris ed.
- . 1994. *Pela mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto, Ed. Afrontamento Biblioteca das Ciências do Homem.
- SILVA, Josino do Nascimento, 1864. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, Aumentado com a lei de 3 de dezembro de 1841 e seus Regulamentos, etc.* RJ, Laemmert ed., 5.^a ed., 2 vols.
- SIQUEIRA, Galdino, 1910. *Curso de Processo Criminal*. SP, Centro de Propaganda Católica.
- . 1921. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. RJ, Livraria Jacyntho Ed.
- . 1932. *Direito Penal Brasileiro – Parte Especial*. RJ, Livraria Jacyntho Ed.
- SOARES, Antônio Joaquim Macedo, 1938. *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos – 1867 a 1888*. RJ, José Olympio Ed. (Obras Completas, vol. 1).
- SOARES, Oscar de Macedo, s.d. *Código de Processo Penal Comentado*. 6.^a ed.
- SOSA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. RJ, Tip. Nacional, 1862, 2v.
- SOUZA, Brás Florentino Henriques de, 1860. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil*. Recife, Typ. Universal, Nova edição, consideravelmente aumentada, 405 p.
- SOUZA, Brás Florentino, 1864. *O Poder Moderador*. Recife
- TOLEDO, Manoel Dias de, 1878. *Lições Acadêmicas sobre Artigos do Código Criminal conforme foram Explicadas na Faculdade de Direito de São Paulo*. RJ, Garnier, 2.^a ed., mais correcta com alterações e modificações pelo Bel. Manoel Januário Bezerra Montenegro, 692 p.
- VASCONCELLOS, Bernardo P. de, 1829. *Comentário à Lei dos Juizes de Paz*.
- VASCONCELLOS, José Marcelino P. de, 1887. *Roteiro dos Delegados e subdelegados de Polícia ou coleção dos atos, atribuições e deveres destas autoridades*. RJ, Laemmert ed., 7.^a ed. revista, corrigida e melhorada sobre a quarta do bel. Miguel Thomaz Pessoa, por Manoel G de Alencastro Autran.
- VASCONCELLOS, Zacharias de Góes e, 1862. *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*. RJ, Laemmert ed.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto, 1982 [1977]. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. SP, Perspectiva, 2.^a ed.
- VIDAL, Luis M., 1883. *Repertório da Legislação Servil, etc.* RJ, Laemmert ed.
- WARAT, Luis Alberto, 1980. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese ed.
- . 1981. “El Sentido Común Teórico de los Juristas”, *Contradogmáticas*. Florianópolis, ALMED, (1): 43-71.
- WARAT, L.A., ROCHA, L. e CITTADINO, G., 1984. *O Direito e sua Linguagem*. 2.^a versão. Porto Alegre, Sérgio Fabris.

5. Livros, Artigos e teses

- ADAMO, Sam, 1983. *The Broken Promise: Race, Health and Justice in Rio de Janeiro, 1890-1940*. Tese de doutorado, Univ. do Novo México, dat., 329 p.
- ADORNO, Sérgio, 1990. "A Gestão Filantrópica da Pobreza Urbana", *São Paulo em Perspectiva*, 4(2):8-17, abril-junho/1990.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de, 1979. "La Traite Nègrière et l'Unité Nationale Brésilienne", *Revue Française d'Histoire d'Outre-Mer*, T. LXVI, n. 244-5, pp. 395-419
- . 1997. "Vida Privada e ordem Privada no Império", – (org.) *História da Vida Privada no Brasil*. SP, Comp. das Letras, vol. 2.
- ALGRANTI, Leila M, 1988. *O Feitor Ausente – Estudo sobre a escravidão urbana no Rio de Janeiro – 1808-1822*. Petrópolis, Ed. Vozes, 223 p.
- ALVES, Paulo, 1990. *A Verdade da Repressão – Práticas Penais e outras estratégias na ordem Republicana*. SP, FFLCH/USP, Tese em História.
- ANDRADE, Régis Stepan de Castro, 1981. *Ordem Política e Conflito na Constituição do Estado Brasileiro, 1889-1937*. SP, USP-FFLCH, tese de doutoramento, dat.
- AUFDERHEIDE, Patrícia, 1976. *Order And Violence. Social Deviance and Social Control in Brazil – 1780-1840*. Tese de Doutorado em História. Univ. de Minnesota, 425 p.
- BELLO, José Maria, 1983. *História da República*. SP, Ed. Nacional.
- BRETAS, Marcos L, 1995. *You Can't! The daily exercise of police authority in Rio de Janeiro, 1907-1930*. Tese de doutorado, Open University, Inglaterra [ed. bras.. *Ordem na Cidade*. RJ, Rocco, 1997b].
- . 1997a. *A Guerra das Ruas: Povo e Polícia na Cidade do Rio de Janeiro*. RJ, Ed. do Arq. Nacional.
- BRUNO, Fábio Vieira (org.), 1979. *O Parlamento e a Evolução Nacional (3.ª Série – 1871-1889)*. Brasília, Ed. do Senado Federal, vol. 4.
- CARDOSO, Fernando Henrique, 1975. "Dos Governos Militares a Prudente-Campos Salles", FAUSTO, B. (ed.), *História Geral da Civilização Brasileira*, Tomo III: O Brasil Republicano, V. 1, SP, Difel,
- CARONE, Edgar, 1970. *A República Velha (Instituições e Classes Sociais)*. SP, Difel.
- . 1983. *A República Velha, II – Evolução Política (1889-1930)*. SP, Difel.
- CARVALHO, José M. de, 1980. *A Construção da Ordem: a Elite Política Imperial*. RJ, Campus, 202 p.
- . 1987. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. SP, Companhia das Letras.
- . 1988. *Teatro de Sombras*. RJ, Ed. Vértice, 196 p.

- CASTRO, Hebe M. M. de, 1995. *Das Cores do Silêncio*. RJ, Arquivo Nacional.
- CASTRO, Jeanne B. de, 1979. *A Milícia Cidadã – A Guarda Nacional de 1831 a 1850*. SP, Comp. Ed. Nacional, Col. Brasileira, v. 359, 260 p.
- CHALOUB, Sidey, 1990. *Visões da Liberdade*. SP, Comp. das Letras, 287 p.
- CONRAD, Robert, 1975. *Os Últimos Anos da Escravidão no Brasil*. RJ, Civ. Brasileira; Brasília, INL., 394 p.
- . 1985. *Tumbeiros – O Tráfico Escravista para o Brasil*. SP, Ed. Brasiliense.
- COSTA, Emília Viotti da, 1986. “Brazil: The Age of Reform”, BETHELL, L. *The Cambridge History of latin America*. Cambridge, Cambridge U.P., vol. V, 725-777.
- . 1987. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*. SP, Brasiliense, 361 p.
- . 1989 [1969]. *Da Senzala à Colônia*. SP, Brasiliense, 3.^a ed., 509 p.
- COSTA, João Cruz, 1945. *A Filosofia no Brasil*. Porto Alegre, Livr. Globo.
- . 1956. *Contribuição à História das Idéias no Brasil (O desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional)*. RJ, José Olympio Ed.
- CUNHA, Manuela Carneiro da, 1986. “Sobre os silêncios da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no Brasil do século XIX, – *Antropologia do Brasil: Mito, História, Etnicidade*. SP, Brasiliense e EDUSP, pp. 123-144.
- EISENBERG, Peter, 1977. *Modernização sem Mudança – A Indústria Açucareira em Pernambuco*. RJ, Campinas; Paz e Terra, Universidade Estadual de Campinas. Col. Estudos Brasileiros, v. 15.
- ENDERS, Armelle, 1993. *Pouvoirs et Fédéralisme au Brésil (1889-1930)*. Tese de Doutorado em História Política, Univ. de Paris IV.
- FAUSTO, Bóris, 1976. *Trabalho Urbano e Conflito Social*. SP, Brasiliense.
- . 1984. *Crime e Cotidiano – A Criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. SP, Brasiliense.
- FONSECA, Luís Anselmo da, 1988 [1887]. *A Escravidão, O Clero e o Abolicionismo*. Recife, Fundação Joaquim Nabuco – Ed. Massangana.
- FONTES, Alice Aguiar de Barros, 1976. *A Prática Abolicionista em São Paulo: os Caíazes (1882-88)*. SP, FFLCH/USO, Dissertação de Mestrado em História, dat.
- FORTES, José Bonifácio, 1958. “Felisbello Freire, o Homem Público, o Escritor e o Constitucionalista”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Sergipe*, 1958, 54 p.
- FOUCAULT, Michel, 1973. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. RJ, Ed. PUC.
- . 1977 [1975]. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis, Vozes, 4.^a ed.
- . 1985 [1976]. *História da Sexualidade I – A Vontade de Saber*. RJ, Ed. Graal, 7.^a ed.
- . 1994. *Dits e Écrits*. Paris, Gallimard, 4 vol.

- FOURNIER, Marcel. *Marcel Mauss*. Ed. Fayard, 1994.
- FRAGA FILHO, Walter, 1996. *Mendigos, Moleques e Vadios na Bahia do Século XIX*. SP, Hucitec; Salvador, Edufba, 188 p.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho, 1974. *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. SP, Ática, 2.^a ed.
- FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1985. *Rui Barbosa e a Constituição de 1891*. RJ, Ed. Forense Universitária, Ed. fac-similar.
- GEBARA, Ademir. *O Mercado de Trabalho Livre no Brasil*. SP, Brasiliense.
- GERSON, Brasil, 1975. *A Escravidão no Império*. RJ, Ed. Pallas, 322 p.
- GOULART, José Alípio, 1971. *Da Palmatória ao Patíbulo (Castigos de escravos no Brasil)*. RJ, Conquista ed.
- GRAHAM, Richard, 1973. *Grã-Bretanha e o Início da Modernização no Brasil – 1859-1914*. SP, Brasiliense, Coleção Estudos Brasileiros, 380 p.
- . 1990. *Patronage and Politics in Nineteenth-Century Brazil*. Stanford, Stanford U.P. [ed. bras. *Clientelismo e Política no Brasil do século XIX*. RJ, ed. da UFRJ, 1997].
- GRAHAM, Sandra Lauderdale, 1980. "The Vintem Riot and Political Culture: Rio de Janeiro, 1880. *Hispanic American Historical Review*, 60(3): 431-49.
- . 1991. "Slavery's Impasse: Slave Prostitutes, Small-Time Mistresses and the Brazilian Law of 1871. *Comparatives Studies in Society and History*, v. 33, n. 4, outubro/1991, pp. 669-694.
- . 1992. *Proteção e Obediência: Criadas e seus Patrões no Rio de Janeiro, 1860-1910*. SP, Comp.das Letras
- HAHNER, June E, 1986. *Poverty and Politics – The Urban Poor in Brazil, 1870-1920*. Albuquerque, Univ. of New Mexico Press.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1987. *Raízes do Brasil*. RJ, José Olympio Ed., 19.^a ed.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1972. "Do Império à República", *História Geral da Civilização Brasileira*. SP, Difel, T. II, vol. 5.
- HOLLOWAY, Thomas, 1984. *Imigrantes para o Café – Café e Sociedade em São Paulo, 1886-1934*. RJ, Paz e Terra, 297 p.
- . 1993. *Policing Rio de Janeiro: Repression and Resistance in 19th-Century City*. Stanford, Stanford U.P., 369 p [trad. Bras. *A Polícia do Rio de Janeiro*. Ed da UFRJ].
- HUGGINS, Martha K., 1984. *From Slavery to Vagrancy in Brazil. Crime and Social Control in Third World*. N.J., Rutgers U.P.
- Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, abril de 1892 a dezembro de 1910.
- KARSENTI, Bruno. *Marcel Mauss, Le Fait Social Total*. PUF, col. Philosophies, 1994.

- KOWARICK, Lúcio, 1994. *Trabalho e Vadiagem: A Origem do Trabalho Livre no Brasil*. RJ, Paz e Terra, 2.^a ed, 124 p.
- KUGELMAS, Eduardo, 1986. *Difícil Hegemonia: Um Estudo sobre São Paulo na Primeira República*. SP, USP-FFLCH, tese de doutoramento, dat.
- KUHN, Thomas., *A Estrutura das Revoluções Científicas*. SP, Perspectiva.
- LACERDA, Maurício de, 1980 []. *A Evolução Legislativa do Direito Social Brasileiro*. SP, Nova Fronteira.
- LAGO, Laurênio, 1940. *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos, 1828-1939*. RJ, Gráfica A Noite.
- LAMOUNIER, Maria Lúcia, 1988. *Da Escravidão ao Trabalho Livre (a Lei de Locação de Serviços de 1879)*. Campinas, Papirus.
- LAPA, José Roberto do Amaral (org.), 1990. *História Política da República*. SP, Papirus.
- LARA, Silvia, 1988. *Campos da Violência – Escravos e Senhores na Capitania do Rio de Janeiro – 1750-1808*. RJ, Paz e Terra, 389 p.
- LEAL, Victor Nunes, 1975. *Coronelismo, Enxada e Voto (O Município no Regime Representativo no Brasil)*. SP, Alfa-Omega.
- . 1980a. “O coronelismo e o coronelismo de cada um”, *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 23, n. 1, 1980, pp. 11 a 14.
- LEITE, Beatriz W. C., 1978. *O Senado nos Anos Finais do Império: 1870-1889*. Brasília, Senado Federal.
- . 1982. “A Reforma Judiciária de 1871 e sua Discussão no Senado do Império”, *História*, SP, (1): 61-75, 1982.
- LESSA, Renato, 1988. *A Invenção Republicana – Campos Sales, as bases e a decadência da Primeira República Brasileira*. SP, Vértice, Ed. Revista dos Tribunais; RJ, IUPERJ.
- LEVI-STRAUSS, Claude. *Introduction à MAUSS*, 1995.
- LIMA, Roberto Kant de, 1989. “Cultura Jurídica e Práticas Policiais: A Tradição Inquisitorial”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 10, vol. 4: 65-84, jun/1989.
- . 1994. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro. Seus Dilemas e paradoxos*. RJ, Ed. da PMERJ.
- LINS, Ivan, 1964. *História do Positivismo no Brasil*. SP, Nacional.
- MACHADO, Maria Helena P.T., 1987. *Crime e Escravidão: Trabalho, luta e Resistência nas Lavouras Paulistas (1830-1888)*. SP, Brasiliense
- . 1994. *O Plano e o Pânico – Os Movimentos Sociais na Década da Abolição*. SP, EDUSP, Ed. da Universidade de São Paulo., 259 p.
- MACHADO NETO, A.L., 1969 *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. SP, Grijalbo/EDUSP.

- MANGABEIRA, João, 1946. *Ruy, o Estadista da República*. SP, Livraria Martins, 2.^a ed.
- MARAM, Sheldon Leslie, 1979. *Anarquistas, Imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro – 1890-1920*. RJ, Paz e Terra.
- MATTOSO, Katia Queiroz. *Entre Escravo au Brésil*. Ed. Harmattan, 1995.
- MAUSS, Marcel, “Études sur la pensée archaïque et les catégories de pensée”, – *Oeuvres*. Ed. de Minuit, 1969, vol. I.
- . (Estudos preparatórios ao Ensaio sobre o Dom), – *Oeuvres*, cit., vol. III.
- . “Essai sur le Don”, – *Sociologie et Anthropologie*, PUF, col. Quadrige, 1995, 6.^a ed.
- MELLO, João Manuel Cardoso de, 1987 [1982]. *O Capitalismo Tardio*. SP, Brasiliense, 6.^a ed.,
- MENDONÇA, Edgar e MENDONÇA, Carlos S, 1934. *Lúcio de Mendonça – Ensaio Bio-bibliográfico*. RJ, Civilização Brasileira.
- MINGARDI, Guaracy, 1992. *Tiras, Gansos e Trutas. Cotidiano e Reforma na Polícia Civil*. SP, Scritta.
- MORAES, Antonio Evaristo de, 1986 [1924]. *A Campanha Abolicionista (1879-1888)*. Brasília, UnB, 2.^a ed, 407p
- . 1989 [1922]. *Reminiscências de um Rábula Criminalista*. RJ, Ed. Briguiet.
- NABUCO, Joaquim, 1936. *Um Estadista do Império*. SP, Companhia Editora Nacional; RJ, Civilização Brasileira, 2v.
- . 1988 [1883]. *O Abolicionismo*. Petrópolis, Vozes, 5.^a ed., 172 p.
- NEEDELL, Jeffrey, 1987. “The Revolta contra Vacina of 1904: The Revolt against ‘Modernization in Belle Epoque Rio de Janeiro’”, *Hispanic American Historical Review*, 67(2): 233-69.
- NOVAIS, Fernando. *Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)*. SP, HUCITEC, 420 p
- PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. “Fernando de Noronha, Uma Ilha-Presídio nos Trópicos, 1833-1894”, *Cadernos de Pesquisa*, RJ, Arquivo Nacional, 1994, n. 1, 85 p.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio, 1981. Violência e Cultura, LAMOUNIER, Bolivar e outros (orgs), *Direito, Cidadania e Participação*. SP, T.A. Queiroz., Ed., pp. 31-60
- . 1991. *Estratégias da Ilusão – A Revolução Mundial e o Brasil – 1922-1935*. SP, Companhia das Letras
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de, 1976. “O Coronelismo numa Interpretação Sociológica”, *O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira e Outros Ensaios*. SP, Alfa-Omega, 163-218
- QUEIROZ, Suely R.R. de, 1977. *Escravidão Negra em São Paulo*. RJ, José Olympio; Brasília, INL.
- . 1986. *Os Radicais da República*. SP, Brasiliense.

- REALE, Miguel, 1962 [1959]. *A Filosofia em São Paulo*. SP, Conselho Estadual de Cultura.
- RODRIGUES, José Honório, et al. (orgs.), 1972. *O Parlamento e a Evolução Nacional, vol. 2 – A construção Legislativa (1826-1840)*. Brasília, Ed. do Senado Federal, vol. 2; T. II.
- . (ed.), 1978. *Atas do Conselho de Estado – Vol. IV – Terceiro Conselho de Estado, 1850-57*. Brasília, Ed. do Senado Federal.
- ROSAS, Roberto, 1985. *Pedro Lessa, o Marshall Brasileiro*. Brasília, Horizonte, INL.
- ROURE, Agenor de, 1979. *A Constituinte Republicana*, Brasília, Ed. UnB, 2v.
- SALLA, Fernando, 1997. *O Encarceramento em São Paulo: das Enxovias à Penitenciária do Estado*. FFLCH/USP. Tese de Doutorado em Sociologia. Or. Sérgio Adorno.
- SANTOS, Ronaldo Marcos dos, 1980. *Resistência e Superação do Escravismo na Província de São Paulo*. SP, IPE – Instituto de Pesquisas Econômicas.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz, 1993. *O Espetáculo das Raças – Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil – 1879-1930*. SP, Comp. das Letras.
- SCHWARTZ, Stuart B., 1979. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial – A Suprema Corte da Bahia e seus juizes: 1609-1751*. SP, Perspectiva.
- SILVA, Eduardo, 1988. *As Queixas do Povo*. RJ, Paz e Terra, 157 p.
- SOUZA, Laura de Mello e, 1986. *Desclassificados do Ouro – a Pobreza Mineira no século XVIII*. RJ, Graal, 2.^a ed., 237 p.
- SOUZA, Maria do Carmo Campello de, 1987. O Processo Político-Partidário na Primeira República, MOTTA, Carlos G. (org.) *Brasil em Perspectiva*. SP, Ed. Bertrand do Brasil, 16.^a ed.
- STEIN, S., 1990 [1985]. *Vassouras – Um Município Brasileiro do Café: 1850-1900*. RJ, Nova Fronteira, 2.^a ed.
- STOLCKE, Verena, 1986. *Cafeicultura – Homens, Mulheres e Capital (1850-1980)*. SP, Brasiliense.
- . e HALL, Michael, 1983. “A Introdução do Trabalho Livre nas Fazendas de Café de São Paulo”, *Revista Brasileira de História*, vol. 3, no. 6, SP, set/1983, pp.80-120.
- TÓRTIMA, Pedro, 1988. *Polícia e Justiça de Mãos Dadas – A Conferência Judiciário-Policial de 1917*. Niterói, UFF, Dissertação de Mestrado, dat.
- URICOECHEA, Fernando, 1978. *O Minotauro Imperial*. SP, Difel, 332 P
- WERNECK, Luis Antonio dos Santos. *O Positivismo Republicano na Academia*. SP, Typ. de Jorge Seckler, 1880, 142 p.
- ZENHA, Celeste, 1985. “As Práticas da Justiça no Cotidiano da Pobreza”, *Revista Brasileira de História*, SP, v. 5, n. 10, pp. 123-146, mar-ago/85.