

DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

DOCTRINA

As Origens do Mandado de Segurança

ARNOLD WALD

1. O mandado de segurança surgiu no direito administrativo brasileiro, no artigo 113, n.º 33 da Constituição Federal de 1934, como sucessor da ação sumária especial e sob a tríplice influência da doutrina brasileira do *habeas-corpus*, da teoria da posse dos direitos pessoais e de certos institutos existentes no direito estrangeiro, como o *amparo* mexicano.

2. O direito brasileiro já conhecera a ação sumária especial desde a Lei n.º 221 de 1894. Destinava-se a facilitar o andamento dos feitos relativos à lesão dos direitos individuais por atos de autoridades administrativas, permitindo assim o contrôle judicial dos atos do poder público. Na realidade, a ação sumária especial foi pouco usada, tendo traído as esperanças nela depositadas, recorrendo, de preferência os lesados por atos administrativos ao *habeas-corpus* e aos remédios possessórios.

Já se disse que:

“Os seus resultados foram deficientes, senão nulos.

“Recorreu-se então, na ânsia de ver amparados direitos incontesteáveis, ao remédio do *habeas-corpus*, como único meio expedito existente em nosso direito para amparar direitos dessa natureza.

.....
Faltou talvez a ação sumária especial à sua finalidade menos por culpa do poder público do que pela inércia daqueles que têm em regra a sua iniciativa”. (1)

3. As origens do *habeas-corpus* remontam à Magna Carta de 1215 que, no seu parágrafo 29, proibiu a prisão injusta e determinou que as pessoas livres só fôsem julgadas pelos seus pares. Se o instituto existiu antes, foi, a partir daquele momento, que teve reconhecimento legal.

O tribunal competente para conhecer do *habeas-corpus* era a Côrte do Banco do Rei (Court of King's Bench), não podendo o recurso ser interposto contra atos do soberano. O processo do remédio judicial foi regulado pelo “*Habeas-corpus act*” de 1679.

(1) THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do Mandado de Segurança*, Rio. — Editora Freitas Bastos, 1934, págs. 41 e 42.

E somente em 1766 que foi reconhecida a ilegalidade dos *general warrants*, espécie de *lettres de cachet*, que eram mandados de prisão em branco, com os quais podiam ser encarcerados os cidadãos independentemente da existência de indícios de culpabilidade.

Coube ao "*Habeas-corporis Act*" de 1816 generalizar a utilização do remédio processual sempre que alguém estivesse prêso sem justa causa, pouco importando qual fôsse a autoridade coatora. (2)

4. No Brasil, um decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde de Arcos, determinou que:

"Nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada"...

A primeira constituição brasileira não se referiu ao *habeas-corporis*, embora estabelecesse no seu art. 179 parágrafo 8 que:

"Ninguém poderá ser prêso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei"...

Quiseram alguns estadistas da República, como JOSÉ DE ALENCAR ver nesta disposição legal uma inclusão tácita do *habeas-corporis* em nosso sistema jurídico. (3) Na realidade, o primeiro diploma que se referiu especificadamente ao remédio processual foi o Código Criminal de 1830, que, nos seus artigos 183 e 184, considerou como crimes contra a liberdade.

"Recusarem os juizes, a quem fôr permitido passar ordens de *habeas-corporis*, concedê-las quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas";...

Se a garantia surgiu no Código Criminal, foi ao Código do Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832) que coube a primeira regulamentação da ação e do remédio judicial. Efetivamente, foi esta lei que o introduziu ostensivamente em nosso direito, assegurando, no seu artigo 340, que:

"Todo o cidadão que entender que êle ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corporis* em seu favor". (4)

Vemos assim que o Código não se referia tão somente aos casos de prisão como também aludia à hipótese genérica do constrangimento ilegal.

Ainda no Império diversas leis vieram modificar a estrutura do *habeas-corporis* em nosso sistema jurídico. A Lei de 3 de dezembro de 1841 estabele-

(2) PONTES DE MIRANDA, *História e prática do habeas-corporis*, 3.^a ed. Rio. JOSÉ KONFINO. Ed. 1955, p. 11 a 83.

(3) PONTES DE MIRANDA, *ib. cit.*, p. 129.

(4) CASTRO NUNES alude erradamente ao art. 340 do Código Criminal do Império *Do Mandado de Segurança*, 5.^a Ed. Rio, "Revista Forense", 1956, p. 28, — quando na realidade se trata do Código de Processo Criminal.

ceu o recurso de ofício da decisão concedendo soltura em virtude de *habeas-corporis*, matéria que também foi objeto do Regulamento n.º 120, de 31 de janeiro de 1842. O aviso de 30 de agosto de 1863 equiparou à prisão, para os efeitos do *habeas-corporis*, todo constrangimento ilegal à liberdade física oriundo de atos da autoridade administrativa ou judiciária. Restringindo os casos de aplicação da medida, a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, limitou a expedição de ordens de *habeas-corporis* à hipótese de prisão ilegal, excluídas do seu âmbito as medidas disciplinares. Efetivamente, estabelecia a lei mencionada:

“Art. 18. Os juizes de direito poderão expedir ordens de *habeas-corporis* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fôsem por determinação do chefe de polícia, ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados.

Parágrafo primeiro. Tem lugar o pedido de concessão de *habeas-corporis*, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento ilegal.”

Aplicava-se pois o remédio aos casos de prisão ou de ameaça de prisão, protegendo-se assim a liberdade corporal, a liberdade física de ir e vir, mas não genêricamente a todo constrangimento ilegal, não tutelando pois a liberdade em geral.

Merece ser lembrado aliás que o Programa do Clube da Reforma, que é de 1868, incluía uma reivindicação com referência à extensão do *habeas-corporis* que entendia caber

“no caso de qualquer constrangimento ilegal, iminente ou efetivo, exercido por qualquer autoridade administrativa ou judiciária”.

A idoneidade do *habeas-corporis* como remédio contra atos administrativos nem sempre foi reconhecida no Império, lembrando RUI BARBOSA que:

“... em 1851, em 1878 e 1883, se procurava estabelecer a doutrina de que a garantia do *habeas-corporis* se não estendia às prisões administrativas, e prisões determinadas pelo Governo Imperial.

Sobre êste assunto consultou com o seu parecer, entretanto, em 1873, o Conselho de Estado, e três notáveis estadistas do Império, os Srs. DANTAS, ABAETÉ e LAFAYETTE, firmaram o grande princípio de que o *habeas-corporis* abrangia tôdas as prisões, excetuadas unicamente as prisões militares e as prisões para recrutamento”. (5)

5. Foi com a proclamação da República que se ampliou consideravelmente o campo de aplicação do *habeas-corporis*, passando essa instituição “pela transformação ampliativa que recebeu com o novo regime”. (6)

(5) RUI BARBOSA, *Obras seletas*, IV, *Tribuna Parlamentar*, República, Publicação da Casa de Rui Barbosa, 1955, p. 207/208.

(6) RUI BARBOSA, *ob. cit.*, p. 208.

Na realidade, a Constituição de 1891 integrou o *habeas-corpus* no campo das garantias constitucionais, rompendo com o seu conceito tradicional para defini-lo na forma do art. 72 parágrafo 22:

“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.”

Os termos empregados evocam as reivindicações do Clube da Reforma, mantendo-se a denominação antiga para um instituto que abandonando o padrão britânico vinha atender a novas necessidades sociais e políticas.

A doutrina tem considerado que “A constituição de 91 usou de fórmula demasiado ampla”, (7) alegação que não se justifica pois os constituintes pretendiam realmente aumentar o campo de ação do remédio rápido e eficiente para corrigir os abusos do poder público.

RUI BARBOSA explicou, em memorável discurso, pronunciado no Senado em 22 de janeiro de 1915, a evolução do instituto.

“Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o *habeas-corpus* com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao *habeas-corpus* como procedeu relativamente à instituição do juri. A respeito do juri diz formalmente o texto constitucional: “E’ mantida a instituição do juri”.

.....

Não foi deste modo que procedeu a Constituição Republicana no tocante ao *habeas-corpus*. No Império, bem sabem os nobres senadores, o *habeas-corpus* não tinha instituição constitucional.

.....

O constrangimento corporal era portanto, sob o império, a condição *sine qua non* da concessão do *habeas-corpus*.

Ora, se o pensamento constituinte republicano fôsse o de conservar o *habeas-corpus* na sua proposição primitiva, análoga às das legislações inglesa e americana, não tinha a Constituição Republicana mais do que dizer do mesmo modo que disse em relação ao juri:

“Fica mantida a instituição do *habeas-corpus*”.

Nesse caso, não haveria questão, estaria o *habeas-corpus* definido pelas leis imperiais. Que fêz porém o legislador constituinte neste regimen? Rompeu abertamente, pela fórmula, que adotou na Carta Republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas-corpus* sob o regimen antigo.

.....”

Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência;

(7) CASTRO NUNES, *ob. cit.*, p. 38.

de modo que onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas-corporis*. (8)

Esta evolução jurídica pode ser comparada aos movimentos que culminaram com a criação da doutrina francesa do *détournement du pouvoir* pelo Conselho de Estado e com o controle da constitucionalidade das leis pela Corte Suprema dos Estados Unidos, (9) dando margem à mais memorável contenda jurídica constitucional do Brasil e da América Latina. (10).

Mas, não obstante o texto existente, a teoria brasileira do *habeas-corporis* foi o produto do trabalho constante da doutrina e da jurisprudência. Deixando de lado as origens históricas do instituto e a sua conceituação no direito estrangeiro, procuraram os nossos juristas atender às necessidades brasileiras existentes num sistema jurídico em que inexistiam medidas rápidas e eficientes a fim de evitar os abusos do poder público. RUI BARBOSA e, posteriormente, PEDRO LESSA e EDMUNDO LINS estenderam a função protetora do *habeas-corporis*, esquecendo deliberadamente o sentido tradicional do instituto para consagrá-lo em nova forma, já que é princípio geral do direito o brocardo *ubi jus, ibi remedium*, entendendo o advogado e os juizes que o conceito do *habeas-corporis* devia ser alargado, hipertrofiando-se o instituto para que pudesse realizar a sua missão social.

A história da doutrina brasileira do *habeas-corporis* teve como marco inicial a petição de RUI BARBOSA de 1892. Decretado o estado de sítio e suspensas as garantias constitucionais pelo Decreto n.º 791, de 10 de abril, o Marechal FLORIANO PEIXOTO prendeu e desterrou numerosos homens políticos que considerava implicados no movimento de sedição. Decorridas as 72 horas que durara o estado de sítio, RUI BARBOSA impetrou no Supremo Tribunal Federal um *habeas-corporis* em favor dos presos políticos. Submetia à Alta Corte a apreciação da legalidade do ato político mostrando que era dever do poder judiciário examinar a legalidade do estado de sítio e dos seus efeitos. Provada a inconstitucionalidade da decretação do estado de sítio, não poderia o tribunal invocar a sua incompetência devida à natureza política do caso. O Supremo titubeou. Afinal, por dez votos contra um, denegou a ordem pedida por considerar que “não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do poder executivo ou legislativo”. Foi relator do feito o Ministro JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, que, seis anos depois, já aposentado, viria como advogado requerer uma ordem de *habeas-corporis* em favor de congressistas presos na Ilha de Fernando de Noronha, com a argumentação defendida por RUI na petição de 1892. Votou vencido o Ministro PIZA E ALMEIDA, “cuja opinião foi recebida entre aplausos que os tímpanos do Presidente não conseguiram abafar facilmente”. (11) Era o primeiro esforço no

(8) RUI BARBOSA, *ob. cit.*, ps. 209 a 211.

(9) CASTRO NUNES, *ob. cit.*, ps. 19/20.

(10) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 234.

(11) LUIZ VIANA FILHO, *A vida de RUI BARBOSA*, S. Paulo. Companhia Editôra Nacional, 2.ª ed., 1943, p. 168.

sentido da renovação do instituto que, se não obtivera completa vitória judicial, impressionara profundamente os meios jurídicos nacionais. (12)

Em julho de 1893, impetrou RUI novo *habeas-corpus* em favor dos presos civis do barco mercante *Júpiter*, que, desta vez foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, assegurando-se assim ao judiciário a faculdade de examinar a legalidade dos atos do executivo por meio do *habeas-corpus*.

A mesma doutrina foi defendida e ampliada na obra de RUI BARBOSA — *O Estado de sítio, sua natureza, seus efeitos e seus limites* — e no *habeas-corpus* n.º 1.063 de 1898, resumindo-a o eminente publicista em artigo redigido para a *Revista de Jurisprudência* e intitulado “A Lição de dois acórdãos”. (13).

Em 1898, reconhecia o Supremo Tribunal Federal do acórdão do *habeas-corpus* n.º 1.073, relatado pelo Ministro LÚCIO DE MENDONÇA que:

“As imunidades parlamentares não se suspendem com o estado de sítio. Cessam com o estado de sítio tôdas as medidas de repressão durante êle tomadas pelo Executivo. A atribuição judiciária de conhecer de tais medidas, findo o sítio, não é excluída pela do Congresso para o julgamento político de agentes do Executivo”. (14)

Ficava assim reconhecida a competência do poder judiciário para examinar a legalidade dos atos políticos, grande conquista na história do *habeas-corpus* que está íntimamente ligada à luta forense de RUI BARBOSA em favor da liberdade individual.

Passaremos uma rápida vista de olhos na jurisprudência que ampliou o conceito do *habeas-corpus* dando origem posteriormente à criação do mandado de segurança como novo recurso específico.

Se examinarmos as decisões do Supremo Tribunal Federal, veremos que ainda em 1901 a área coberta pelo *habeas-corpus* não está bem delimitada. Um acórdão da época, contendo numerosos votos vencidos ainda considera não ser caso de *habeas-corpus* a demissão ilegal de um magistrado.

“Havendo coação motivada pelo fato de obstar-se a um cidadão, por meio da força pública, a entrar num tribunal dá lugar ao salutar recurso de *habeas-corpus*, não sendo admissível êste recurso contra fatos que, importando lesão de direitos individuais, não constituam constrangimento ilegal à liberdade individual.

A demissão ilegal de um magistrado não é caso de *habeas-corpus*. (15)

(12) V. RUBEM NOGUEIRA, *O advogado RUI BARBOSA*, Rio de Janeiro, Gráfica Olímpica Editôra, 1949, p. 99 e seg. e AMÉRICO JACOBINA LACOMBE; *RUI BARBOSA e a primeira Constituição da República*, Rio de Janeiro, Publicação da Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 20.

(13) *Obras completas de RUI BARBOSA*, vol. XXV, 1898, tomo IV, *Trabalhos jurídicos*. Publicação do Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948, ps. 277 a 358.

(14) RUI BARBOSA, *ob. cit.*, p. 341.

(15) Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 12 de junho de 1901, sob a presidência do Min. AQUINO e CASTRO, vencidos os Ministros PIZA e ALMEIDA, ESPÍRITO SANTO e PEREIRA FRANCO, ap. JOSÉ TAVARES BASTOS, *O Habeas-corpus na República*, Rio de Janeiro. H. GARNIER, Livreiro editor, 1911, p. 351 e seg.

No *habeas-corpuz* requerido em favor de GASTÃO DE ORLEANS, Conde D'EU e mais membros da ex-dinastia brasileira de Bragança, em 1903, o Supremo Tribunal Federal procurou definir a função lata do remédio judicial. O relatório do Ministro PIZA E ALMEIDA acentua que:

“O *habeas-corpuz* aplica-se à proteção da liberdade individual em sentido amplo e não ao caso restrito de não se poder ser prêso e conservado em prisão por ato ilegal, sendo porém preciso, para que se conceda a ordem de *habeas-corpuz*, — que o Tribunal reconheça um constrangimento atual ou perigo iminente de constrangimento.

.....

Imediatamente criado como remédio específico contra a detenção ilegal do direito anglo-saxônico, o *habeas-corpuz* foi mantido com êste caráter, em várias leis processuais que o regulam, e nenhuma das quais o define em absoluto, porque, ao lado dêle, a *common law* e estatutos estabelecem diferentes *writs* para a defesa dos outros direitos da liberdade pessoal e semelhantes, aplicando geralmente quando outros não houver criado, e a violação do direito partir de autoridade ou funcionário público, o *writ of mandamus*. A doutrina dos povos de onde importamos o nosso instituto, funda-se pois, na especialização processual de remédios, distingue e designa os meios de ação, segundo as violações do direito e não isenta nenhuma destas de um remédio reparador.

Entre nós, onde não estão criados tais remédios, razão não prevalece, e como a Constituição estende amplamente o *habeas-corpuz* a todos os casos de coação ilegal ou violência contra o indivíduo, é forçoso admiti-lo como instrumento próprio para suspender ou prevenir essas infrações pela aplicação do brocardo *ubi jus, ibi remedium* — máxima que resulta tanto do nosso regime político, como das instituições daqueles povos. (16)

O voto do Ministro PIZA E ALMEIDA sintetiza o pensamento do Supremo Tribunal Federal na primeira década do século, procurando adaptar o instrumento processual às necessidades do momento e já refletindo posição que posteriormente viria a ser a do Ministro EDMUNDO LINS.

No caso mencionado, os julgadores conheceram o *habeas-corpuz* mas o indeferiram por não haver coação real e por não competir ao Supremo Tribunal a revogação da lei que impusera o banimento da família imperial.

Encontramos naquela época acórdãos contraditórios e referentes aos mais variados assuntos que nos fazem pressentir os aspectos multiformes do mandado de segurança e os problemas que com êle iriam surgir.

Nos anos de 1904 e 1905, são numerosos os *habeas-corpuz* impetrados contra as autoridades sanitárias, alegando os requerentes a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio. O Supremo Tribunal Federal em acór-

(16) Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 14 de janeiro de 1903, Rel. Min. PIZA E ALMEIDA, votos vencidos quando aos termos da conclusão dos Min. ALBERTO TÔRRES e ANDRÉ CAVALCANTI, ap. JOSÉ TAVARES BASTOS, ob. cit. ps. 358 a 369.

dão de 31 de janeiro de 1905 em que foi concedido um *habeas-corporis* contra os expurgos sanitários, reconheceu no remédio processual um meio de proteger a inviolabilidade do lar. (17)

Em 4 de março do mesmo ano, a nossa mais alta côrte admitia que:

“Os tribunais têm firmado o princípio de que o constrangimento à liberdade individual poderá dar-se, ainda quando o cidadão não chega a sofrer o constrangimento corporal.” (18)

Recorre-se ao *habeas-corporis* não sòmente para soltar os bicheiros presos, e para manter aberto o estabelecimento em que o jôgo é praticado (19) como também para assegurar a liberdade de locomoção das meretrizes, (20) impedir o exame de livros comerciais, (21) garantir a liberdade profissional (22) e o exercício de cargos públicos eletivos (23) a prática do culto espírita (24) e o direito de reunião, (25) para reformar sentenças (26) e permitir à mulher que siga o marido em seu domicílio não obstante a oposição dos seus pais. (27)

(17) Acórdão do S.T.F. de 31 de janeiro de 1905, sob a presidência do Min. AQUINO E CASTRO, vencidos os Min. PIZA E ALMEIDA e EPIRITO SANTO, ap. JOSÉ TAVARES BASTOS, *ob. cit.* p. 373/376.

(18) Acórdão de 4 de março de 1905, relator Min. PIZA E ALMEIDA, in “Jornal do Comércio”, de 5 de março de 1905, ap. JOSÉ TAVARES BASTOS, *ob. cit.*, p. 376.

(19) Sentença do Juiz da 1.^a Vara Criminal julgando procedente o *habeas-corporis* pedido por bicheiro prêsno por “não haver justa causa para a prisão”, sendo reformada a sentença pela Côrte de Apelação em 26 de agosto de 1908, ap. TAVARES BASTOS; *ob. cit.*, p. 531; V. ainda no mesmo repertório a sentença do Juiz Federal Dr. ANTONIO J. PIRES E ALBUQUERQUE, a ps. 594/595, e o acórdão da 2.^a Câmara da Côrte de Apelação a p. 517.

(20) “Negou-se o pedido de *habeas-corporis* a pacientes meretrizes alegando constrangimento pela polícia para impedir-lhes o trânsito pelas ruas e permanência na porta das suas casas”. Acórdão da 2.^a Câmara da Côrte de Apelação do Distrito Federal, em 11 de setembro de 1906, ap. *ob. cit.*, na nota ant. p. 516. No mesmo sentido, um acórdão do S.T.F., de 10 de janeiro de 1900, na *ob. cit.* p. 390.

(21) Acórdão do S.T.F., de 14 de novembro de 1906, na *ob. cit.*, p. 391.

(22) Acórdão do Superior Tribunal de São Paulo de 18 de dezembro de 1900 *ap. ob. cit.* p. 502.

(23) Sentença do Juiz Federal do Estado do Rio de 29 de janeiro de 1909 negando uma ordem de *habeas-corporis* pedida pelo presidente da Câmara Municipal de Nova Friburgo destituído por decreto do govêrno estadual e que queria lhe fôsse assegurado o exercício do cargo, ap. *ob. cit.*, p. 528.

(24) Sentença do Juiz Criminal da 3.^a Vara, Dr. GERMINIANO DA FRANCA, proferida em 7 de março de 1907 e sentença do Juiz da 1.^a Vara Criminal de 20 de dezembro do mesmo ano, ap. *ob. cit.*, p. 532 e 635.

(25) Acórdão do S.T.F., de 27 de maio de 1903, in *Direito*, ano de 1903, vol. 92, p. 140 (e também *ob. cit.* p. 559).

(26) “O *habeas-corporis* não é meio judicial próprio para reforma de sentença”. Acórdão da Côrte de Apelação de 23 de maio de 1905; “*Habeas-corporis* contra a execução de decisão judiciária; casos em que é admissível” Ac. do S.T.F., de 13 de janeiro de 1906, ap. *ob. cit.*, ps. 628 e 629.

(27) “*Habeas-corporis*” aplicado no lar doméstico para evitar qualquer constrangimento ilegal”, v. “Jornal do Comércio, de 24 de dezembro de 1907, decisão do Juiz CLEMENTINO DE SOUZA E CASTRO, ap. *ob. cit.* p. 644.

Diante desta variedade ampla de aspectos do remédio processual, o Supremo Tribunal Federal, em 9 de maio de 1908, reafirmava a tese tradicional, de acôrdo com a qual:

“O *habeas-corpus* só garante a liberdade pessoal e não se estende à garantia de todos os direitos.” (28)

E em muitos julgados encontramos esta afirmação que já não mais correspondia à verdade. Assim é que o Juiz Federal da 1ª Vara declarava em sentença, em 1906 que:

“O remédio do *habeas-corpus* só pede ser invocado para proteger a liberdade corpórea do cidadão contra qualquer contrangimento ilegal ou ameaça de constrangimento, e não para proteger todos os direitos”. (29) Era a reação ortodoxa olvidada das necessidades sociais e políticas do momento.

Em 11 de dezembro de 1909, o Supremo Tribunal Federal concedia, pelos votos dos Ministros RIBEIRO DE ALMEIDA, AMARO CAVALCANTI, MANOEL MURTINHO e PEDRO LESSA, um *habeas-corpus* a CORRÊA DE MELLO e outros intendentes municipais a fim que lhes “seja permitido o ingresso no Edifício do Conselho Municipal para exercerem sem detença, estorno ou dano, os direitos decorrentes dos seus diplomas, continuando no processo de verificação de poderes, expedindo-se para êsse fim os respectivos salvo-condutos”. (30)

O voto do Ministro PEDRO LESSA, no referido acórdão, que se tornou um caso líder em matéria de *habeas-corpus*, assinala o domínio de que se assegnoreou o remédio processual. Só remotamente se parece com o instrumento existente no direito inglês. Trata-se agora de um remédio processual para garantir todo direito certo e incontestável, desde que relacionado de qualquer modo com o direito de locomoção. O texto de PEDRO LESSA testemunha da importância do papel da jurisprudência, verdadeira fonte do direito, quando o juiz se substitui ao legislador para suprir as lacunas da lei de acôrdo com a recomendação do Código Suíço. (31) O Código Napoleão manteve a sua atualidade, depois de cento e cinquenta anos de existência, porque os juristas e os juízes franceses não interpretaram as suas disposições de acôrdo com o pensamento que o legislador teve quando as promulgou, mas com aquêle que teria se hoje as promulgasse. (32) Assim também puderam os nossos juízes

(28) *Ob. cit.*, p. 635.

(29) Revista de Direito, 1906, vol. I, p. 605 e JOSÉ TAVARES BASTOS, *ob. cit.* p. 627.

(30) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.* p. 376 e JOSÉ TAVARES BASTOS, *ob. cit.* p. 667.

(31) V. o artigo 1.º do Código Suíço de 10 de dezembro de 1907.

(32) BALLOT-BEAUPRÊ ap. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, E. de Boccard Editeur, 1926, p. 300. No mesmo sentido, RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 234 e ainda *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1950 — *L'influence du Code Civil dans le Monde*, Paris, Editions A. Pedone, 1954, passim e os artigos dos Professores RENÉ SAVATIER, F. H. LAWSON, JAMES OLIVER MURDOCK, EDUARDO J. COUTURE e B. TABBAH na *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, ano 6, n.º 4 (outubro-dezembro 1954).

manter a vigência dos institutos consagrados pela Constituição de 1891, adaptando-os, todavia, às novas necessidades sociais.

O voto do Ministro PEDRO LESSA, como o seu pensamento expresso em outras oportunidades, inclusive no seu ensaio *Do Poder Judiciário*, (33) procura acomodar a nova função que veio a ter o *habeas-corpus* com o seu caráter histórico e, poderíamos dizer, etimológico. Revoltando-se com a terminologia da época, que aludia aos *habeas-corpus* políticos, esclarece que não há *habeas-corpus* políticos como não há *habeas-corpus* profissionais. Garantem-se pelo *habeas-corpus* todos os direitos ilegalmente cerceados que tenham como pressuposto o direito de locomoção.

“A liberdade de locomoção, explica o Ministro PEDRO LESSA, é um meio para a consecução de um fim, ou de uma multiplicidade infinita de fins; é um caminho em cujo termo está o exercício de outros direitos. Porque o paciente determina precisamente em vários casos o direito que não pode exercer, não é razão jurídica para se negar o *habeas-corpus*.

.....

Tendo presente e bem viva a idéia de que o *habeas-corpus* somente garante a liberdade individual, deve o juiz averiguar se, concedendo o *habeas-corpus*, não decide implicitamente qualquer outra questão, estranha à liberdade individual e relativa ao direito que o paciente pretende exercer, utilizando-se para esse fim da sua liberdade de locomoção.” (34)

Caracteriza-se pois o modo de pensar de PEDRO LESSA por entender o eminente magistrado que, sendo a liberdade de locomoção um meio para alcançar um fim, deve ser concedida a ordem de *habeas-corpus* sempre que o fim almejado sendo lícito tenha como pressuposto a liberdade de locomoção.

Quanto ao fim, todavia, deverá corresponder a um direito certo, incontestável, líquido. Nessas palavras, já encontramos a forma embrionária do mandado de segurança cuja função consiste justamente em defender o direito líquido e certo nos casos que não se referem à liberdade de locomoção:

E continua o Ministro PEDRO LESSA:

“Desde que o juiz se convence de que, abstração feita da liberdade individual que se cogita exatamente de garantir, a situação legal do paciente é clara e superior a qualquer dúvida razoável, ou, por outras palavras, que o paciente pretende praticar um ato legalmente, que tem um direito inquestionável de fazer o que quer, o *habeas-corpus* não poderá ser negado.” (35)

Já vimos que a opinião de PEDRO LESSA refletia a própria posição do Supremo Tribunal Federal. Assim é que, a partir de 1910, sucedem-se os *habeas-corpus* em matéria política e eleitoral.

(33) PEDRO LESSA. *Do Poder Judiciário*, p. 339.

(34) Ap. JOSÉ TAVARES BASTOS, *ob. cit.* p. 668/669.

(35) Acórdão de 11 de dezembro de 1909 já cit. na nota 30.

Em 15 de outubro de 1910, decide o Supremo Tribunal Federal conceder “uma ordem de *habeas-corpuz* em favor de um governador de Estado que foi coagido a retirar-se do palácio do govêrno e da capital do Estado pelas fôrças federais de terra e mar que ali estacionavam sem ordem do Presidente da República”. (36)

Em 1911 e nos anos seguintes, uma série de acórdãos firmam o princípio de que

“O *habeas-corpuz* é recurso hábil para garantir a cidadãos eleitos deputados, legalmente diplomados, o direito de se reunirem no lugar designado pera exercerem as suas funções.

Ainda que seja caso *político*, não pde o poder judiciário esquivar-se de conhecer a questão judiciária que lhe foi submetida, ligada ou envolvida naquele”. (37)

Outro acórdão da Suprema Côrte, datado de 24 de dezembro de 1919, afirma que:

“Consoante à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabe *habeas-corpuz* do ato do governador do Estado que anula os diplomas expedidos pela junta apuradora das eleições para prefeito, sub-prefeito e conselheirões municipais e impede que os diplomados entrem no Paço Municipal e aí exerçam as funções decorrentes dos seus diplomas.” (38)

Por outro lado, numerosos julgados se referem à função pública, já que o *habeas-corpuz* não protege apenas o indivíduo na sua liberdade de locomoção, mas também o homem na função que exerce, como funcionário público, como comerciante, como profissional, como representante do povo.

“O *habeas-corpuz*, assinala a ementa de um acórdão do Supremo Tribunal, pode ser concedido não só aos indivíduos que nenhuma função pública exercem, mas aos funcionários públicos que precisam de liberdade individual para exercer as suas funções”. (39)

(36) *Habeas-corpuz* n.º 2.950 de 15-10-1910, Rel. Min. PEDRO LESSA, acórdão publicado na “Revista Forense”, XV, p. 287.

(37) *Habeas-corpuz* n.º 3.061, de 27-7-1911 julgado pelo S.T.F. sendo relator o Min. CANUTO SARAIVA e paciente MODESTO ALVES PEREIRA DE MELO, in “Revista Forense”, XVII, p. 457. No mesmo sentido, o *Habeas-corpuz* n.º 3.143, de 27-1-1912, do mesmo relator, in “Revista Forense”, XVIII, p. 453, e o *Habeas-corpuz* n.º 3.650, relator o Min. PEDRO MIBIELI, julgado em 4-11-1914 e publicado na “Revista Forense”, vol. XXV, p. 425 e o *Habeas-corpuz* n.º 3.760, de 10-4-1915, relator o Min. LEONI RAMOS, in “Revista Forense”, v. XXVIII, p. 173.

(38) *Habeas-corpuz* n.º 5.514, de 24-12-1919, tendo como relator o Min. MUNIZ BARRETO, in “Revista Forense”, vol. XXXVIII, p. 98.

(39) V. o *Habeas-corpuz* n.º do Supremo Tribunal Federal de 25-1-1911 rel. Min. PEDRO LESSA, in “Rev. For.”, vol. 15, p. 199, o recurso n.º 5.090 do S.T.F. julgado em 5-7-1919, tendo como relator o Min. EDMUNDO LINS, in “Rev. For.”, vol. 33, p. 125, o *Habeas-corpuz* n.º 5.865, de 12-5-1920, relator o Min. PEDRO DOS SANTOS, in “Rev. For.”, vol. XXXVI, p. 192, o *Habeas-corpuz* n.º 7.649, de 5-9-1921, relator o Min. LEONI RAMOS, in “Rev. For.”, vol. 39, p. 288 e o *Habeas-corpuz* n.º 15.597, de 18-5-1925, relator o Min. EDMUNDO LINS, in “Arquivo Judiciário”, vol. I, p. 364.

A idéia que se fixa na jurisprudência da época, dominando a maioria dos julgados e revelando a preocupação dos juizes, é a da defesa do direito certo e líquido, terminologia que viria a ter tôda a sua importância com a conceituação do mandado de segurança.

Entre outras decisões, um acórdão da Suprema Côrte de 22-11-1919, de que foi relator o Ministro MUNIZ BARRETO, esclarece que:

“não procede o pedido de *habeas-corporis*, quando o direito com que se apresenta o paciente não é certo, líquido, incontestável.” (40)

“É jurisprudência firmada, registra outro acórdão, que o recurso de *habeas-corporis* é admissível:

a) para garantia de liberdade individual, do direito de locomoção, de direito de ir e vir, enfim do direito de se mover fisicamente sem obstáculo;

b) para garantia da liberdade de movimento necessária ao exercício de um direito mas com a condição de ser esse direito líquido e incontestável, entendendo-se nesse caso que a garantia da mesma liberdade se inclui na do direito de locomoção.” (41)

Vemos pois a jurisprudência adotar uniformemente a preclara lição de PEDRO LESSA, inspirada por sua vez nas razões forenses de RUI BARBOSA, que procurara estender ainda mais o instituto, considerando que cabia o *habeas-corporis* sempre que se tratasse de proteger direito certo e líquido, pouco importando que fôsse ou não relacionado com o direito de locomoção.

Em 1926, assistimos à revisão constitucional, modificando-se o artigo referente ao *habeas-corporis*.

A mensagem presidencial de 3 de maio de 1904 já assinalara que:

“A extensão dada ao instituto do *habeas-corporis* desviado do seu conceito clássico por interpretações que acatamos, é outro motivo de excesso de trabalho no primeiro Tribunal da República.

É tempo de fixar-se os limites do instituto criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam nos casos que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo”. (42)

O texto constitucional de 1891, no seu artigo 72, parágrafo 22, garantia o *habeas-corporis*

“sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade do poder”.

(40) *Habeas-corporis* n.º 5.443, de 22-11-1919, rel. Min. MUNIZ BARRETO, in “Rev. For.”, vol. 39, p. 54.

(41) *Habeas-corporis* n.º 1.370 do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, de 5-12-1919, relator o Desembargador CONTINENTINO, in “Rev. For.”, vol. 33, p. 283.

(42) *Documentos Parlamentares*. “Revisão constitucional”, I, p. 6 ap. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Treatado de Direito Administrativo*, 2.ª ed. vol. VI — Rio, Livraria Freitas Bastos, 1951, p. 260.

A reforma de 1926 procurou restringir o campo de aplicação do remédio processual, estabelecendo que seria dado o *habeas-corpus*

“sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou de constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Cerceava-se assim a extensão que tinha sido dada ao *habeas-corpus*. Oito anos depois, surgia o mandado de segurança cobrindo a área que tinha sido retirada ao *habeas-corpus*. E os primeiros mandados de segurança assinalam esta transformação:

“É o mandado de segurança e não o *habeas-corpus*, o remédio adequado para a defesa do direito à inamovibilidade” (43) declara um julgado do Supremo Tribunal de 1935.

Dois anos mais tarde, o Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo lembra que:

“O *habeas-corpus* não é mais meio idôneo para garantir outros direitos que não o de locomoção; o remédio legal para garanti-los é hoje o mandado de segurança.” (44)

Na realidade, de 1926 a 1934, o *habeas-corpus*, não obstante as limitações constitucionais, manteve-se no papel de remédio geral contra as ilegalidades, na teoria defendida por RUI e definida por PEDRO LESSA. É o que afirmam JOÃO MANGABEIRA e AZEVEDO MARQUES. (45) É depois de 1926 que, em memorável voto, o Ministro EDMUNDO LINS, modificando a sua compreensão anterior do instituto, decidiu aderir à interpretação lata do *habeas-corpus* por ser “a garantia única dos oprimidos”. As razões em que se fundamentou a decisão do ilustre magistrado lembram as invocadas, duas décadas antes, pelo Ministro PIZA E ALMEIDA que também se convencera da utilidade da ampliação do *habeas-corpus*, já que não podia haver direito sem ação, *ubi jus, ibi remedium*. (46).

De fato, a extensão dada ao instituto chegou, algumas vezes, a ser excessiva. Concedeu-se *habeas-corpus* para a publicação de discursos parlamentares. (47) O Supremo Tribunal Federal chegou a conceder uma ordem de *habeas-corpus* para que a reforma do ensino ROCHA VAZ não alcançasse os

(43) Mandado de segurança n.º 109, de 16-8-1935, Rel. Min. ATAULPHO DE PAIVA, requerente CARLOS AMORETTY OSÓRIO, julgamento do Supremo no “Arquivo Judiciário”, v. 38, p. 239.

(44) *Habeas-corpus* n.º 301, do Tribunal de Apelação de São Paulo, julgado em 23-9-1937, rel. o Des. HERMÓGENES SILVA, requerente ANTONIO JOSÉ PIRES DA CRUZ, in “Arquivo Judiciário”, vol. 44, p. 288.

(45) V. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, do Mandado de segurança, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, p. 59 e seg.

(46) V. o voto do Min. EDMUNDO LINS, in THEMISTOCLES CAVALCANTI; *ob. cit.* na nota ant., p. 61/64 e em *Pandectas Brasileiras*, vol. I, 2.ª parte, p. 113.

(47) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*, tomo VI, p. 263.

acadêmicos já então matriculados. (48) Foi preciso um acórdão especial da mais alta côrte para determinar que

“O *habeas-corporis* não pode ser invocado para proteger todos e quaisquer direitos, inclusive os reais e, conseguintemente, a posse de bens.” (49)

ASTOLFO REZENDE resumiu a orientação da nossa jurisprudência quando afirmou:

“A verdade é que o Supremo Tribunal, mesmo na sua fase mais liberal e, salvo casos excepcionais, raros, só protegia por meio de *habeas-corporis* os direitos individuais que se apresentassem como certos, líquidos e incontestáveis e contivessem como condição a *liberdade corpórea*”. (50)

Procuramos esboçar a história do *habeas-corporis* durante a primeira República, história que se confunde com a do nosso direito constitucional, como a história do mandado de segurança, a partir de 1934, se identifica com a do nosso direito administrativo. Assinalamos conquistas sérias que asseguraram a manutenção do regime democrático e deram ao judiciário a sua verdadeira função. Apontamos excessos e deturpações.

O sentido real e social da doutrina brasileira do *habeas-corporis* nem sempre foi compreendido. Comentando a frase de RUI que via na denegação do *habeas-corporis* um atentado contra a pátria, RUBEM NOGUEIRA tece as seguintes considerações:

“A Pátria, convenhamos, não tinha lá muito que ver com aquilo. É mesmo provável que ela estivesse ausente daquilo tudo. A pátria viva que se espalhava pelo Brasil a dentro, à espera do organizador das suas equações sociais; as aspirações obscuras da coletividade e as características maiores da terra e da gente, nada disso por certo inflamava RUI naqueles arroubos de eloquência enfurecida e amargurada por causa de errada interpretação de textos de lei. O que o desesperava, afinal de contas, era aquêlê equívoco acêrca de algumas teses jurídicas, equívoco que praticamente se exprimia em têrmos de violência e injustiça”. (51)

Por sua vez, PONTES DE MIRANDA chegou a dizer: RUI BARBOSA pretendia fazer do *habeas-corporis* remédio para todos os abusos do poder, *desvirtuando-o das suas fontes britânicas e comprometendo a liberdade pelo excesso demagógico*. (52)

(48) *Habeas-corporis* n.º 16.175 in “Arquivo Judiciário”, vol. VII, p. 453.

(49) Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17-4-1916, in “Revista do Supremo Tribunal Federal”. vol. VII, p. 171.

(50) ASTOLFO REZENDE, O sucedâneo do *Habeas-corporis* in “Arquivo Judiciário”, vol. 7, p. 47. Encontramos julgados discrepantes dêste critério citados em LINO DE MORAES LEME, *Posse dos direitos pessoais*, Saraiva & Cia., 1927, p. 119 e em LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL; *Do mandado de segurança*, São Paulo, 1953, p. 33/34.

(51) RUBEM NOGUEIRA, *O advogado RUI BARBOSA*, Rio de Janeiro, Gráfica Olímpica Editora, Rio de Janeiro, 1949, p. 116.

(52) PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 35.

A ampliação do remédio processual não foi mera especulação de juristas românticos, nem teve sentido demagógico. Estava muito intimamente ligado ao desenvolvimento político do nosso povo. Visava assegurar ao Brasil, dentro de certos limites, o respeito dos direitos individuais, restringindo o arbítrio do executivo e dando ao judiciário a função fiscalizadora da aplicação da Constituição e das leis, que lhe pertence dentro do nosso sistema. A discussão teórica não constituía pois meras filigranas ou sutilezas jurídicas mas tivera destacada repercussão política na realidade viva do Brasil, como posteriormente haveria de suceder com o mandado de segurança que, ultrapassando o plano das divergências doutrinárias dos juristas, iria moldar a realidade orgânica das nossas instituições.

O próprio PONTES DE MIRANDA reconhece aliás que:

“O *habeas-corpus* exerceu no Brasil, após mais de século de adoção, principalmente até 1930 e entre 1934 e 1937, extraordinária função coordenadora e legalizante. Se as nossas estatísticas fôsem perfeitas, se tivéssemos notícias e dados exatos da nossa vida social e moral, estaríamos aptos a avaliar o grande bem que à evolução do país tem produzido o *habeas-corpus*. (53)

.....

O *habeas-corpus*, alavanca social que manobra pelo simples rábula dos sertões, ou pelo bacharel, que exerce, mais do que se pensa, pelo interior do país, a anônima e alta missão civilizadora e renovante, fez cessar a violência do chefe local, ou dos agentes do governo federal, ou estadual, mediante a ordem concedida originariamente ou em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal”. (54)

Na realidade, RUI transformou o instrumento antigo, dando-lhe nova feição, fazendo com que se tornasse um elemento básico na grande campanha de “educação democrática” do nosso povo, integrando-se em nossos costumes e tornando-se uma possante arma de defesa contra o mandonismo.

Esta conquista que nenhum constitucionalista pode negar à doutrina brasileira do *habeas-corpus* foi descrita por LEVI CARNEIRO em conferência pronunciada no Instituto Histórico:

“Ele (RUI BARBOSA) oferece à nossa gente, àquele mesmo Jécaturu que imortalizou, tirando-o do livro de MONTEIRO LOBATO — um escudo infrangível, uma arma preciosa, para defesa contra os mandões, os sátrapas, e tôdas as prepotências: o recurso judicial do *habeas-corpus*. Ensinou a usar dessa velha arma enferrujada, dando-lhe novo brilho e manejando-a, êle mesmo, como ninguém a soubera manejar. Mostrou que não seria conspirando, maquinando revoluções, fomentando a desordem, que se conseguiria o respeito e o amparo dos direitos individuais.” (55)

(53) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.* p. 173.

(54) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.* p. 174.

(55) LEVI CARNEIRO, *Benemerência de RUI*, ap. “Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro”, vol. 205, 1949, p. 157.

A doutrina brasileira do *habeas-corpus* foi um curso de legalidade, de resistência e de educação democrática.

Se um país vale pelo seu apêgo às liberdades individuais, pelas suas conquistas no campo do direito, o Brasil se tornou possuidor de uma tradição jurídica de liberdade graças ao remédio constitucional do *habeas-corpus*.

Quando se restringiu o seu campo de aplicação, o próprio governo sentiu a necessidade de oferecer aos particulares outros meios eficazes de proteção dos seus direitos em relação aos atos da administração pública. O exame histórico da nossa jurisprudência revela que a proteção do direito *certo, líquido e incontestável* que encontramos no *habeas-corpus* passou sob a tutela do mandado de segurança. Os diversos projetos que encontramos no Congresso a partir de 1926 tendem indiscutivelmente criar um novo remédio jurídico que possa substituir o *habeas-corpus*, garantindo de modo rápido e eficiente a proteção de todo direito certo e líquido. É na teoria dos interditos possessórios que alguns estudiosos foram buscar o instrumento desejado. Diante da insuficiência dos remédios possessórios e aproveitando a nossa experiência do *habeas-corpus* e dos interditos, o constituinte de 1934 iria engendrar o mandado de segurança.

Reconheceu-se pois que:

“As origens do mandado de segurança estão naquêle memorável esforço realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal, em tórno do *habeas-corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a protestação adequada.” (56)

(56) CASTRO NUNES, *ob. cit.* p. 19.