

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Abordagem histórica: 2.1 Origem do *habeas corpus* na organização jurídico-política romana; 2.2 Mecanismos de garantia da eficácia da liberdade de locomoção. A experiência histórica inglesa: 2.2.1 A *Magna Charta libertatum* (1215); 2.2.2 O *Habeas Corpus Act* (1679); 2.2.3 O novo *Habeas Corpus Act* (1816) – 3. Abordagem filosófica: 3.1 Direito subjetivo à liberdade e sua positivação – Séculos XVII e XVIII; 3.2 Direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos – Os elementos fundamentais do aparato garantidor – Séculos XVIII e XIX – 4. A tendência contemporânea – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Busca-se, neste artigo, examinar, brevemente, a evolução do *habeas corpus* a partir dos antecedentes históricos deste *writ* constitucional, encontrados na cultura ocidental, cotejando esta análise com os postulados filosóficos que acabam por incorporar a liberdade de locomoção aos fundamentos do Estado Democrático. Examina-se, ainda, as perspectivas de contínua evolução do instituto no ordenamento jurídico supranacional contemporâneo. O objetivo, que acredita-se alcançado, é demonstrar que o remédio heróico como hoje o entendemos é consequência da conjugação de duas conquistas jurídico-político-filosóficas da humanidade: o conceito de liberdade como direito subjetivo do indivíduo e um conjunto de princípios, garantias e direitos destinados a garantir a eficácia e efetividade àquele conceito.

Palavras-chave: *Habeas corpus* – Liberdade – Direitos humanos – Princípios – Garantias – Política – História – Filosofia – Estado democrático – Evolução.

1. Introdução

Nossa proposta é discutir a evolução do *habeas corpus*, hoje erigido à condição de ação constitucional pela Carta Política Brasileira de 1988, *writ* que visa tutelar a garantia à liberdade de locomoção, petrificada no art. 5.º dessa mesma Constituição.

Inicialmente, analisaremos os antecedentes históricos e acompanharemos o desenvolvimento desse instituto processual na cultura ocidental. Optamos por trabalhar nessa fase apenas as doutrinas romana e inglesa, que representam os principais episódios no *iter* que o *habeas corpus* percorrerá até universalizar-se

nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Em seguida, trabalharemos os componentes filosóficos que viabilizaram sua incorporação definitiva ao ideário democrático, seja na etapa de afirmação do *power of locomotion* como direito subjetivo do indivíduo, seja na fase de consolidação dos elementos que pressupõem o exercício e a garantia desse direito. Finalmente, estudaremos o fenômeno de internacionalização do conceito de liberdade individual e de um “aparato garantidor”, de forma a criar um sistema de proteção dos direitos do indivíduo em nível supranacional.

Concluiremos nosso trabalho demonstrando ser o *habeas corpus*, como o conhecemos hoje, produto direto da conquista pelos povos de dois elementos – em cuja indissolúvel reunião repousa sua eficácia e efetividade –, que são: a um, o conceito de liberdade enquanto direito inerente ao homem; e, a dois, a existência de um conjunto de princípios e direitos – denominado “aparato garantidor” – voltado para a efetivação do primeiro pressuposto. Apontaremos, ainda, o atual panorama dessa conquista no ordenamento jurídico internacional contemporâneo, opinando criticamente quanto ao rumo que tomará seu próximo passo evolutivo.

2. Abordagem histórica

Conforme dito acima, nossa análise histórica se cingirá ao estudo das experiências romana e inglesa. Muito embora Grinover e outros (1996, p. 340) refiram-se ao direito ibérico, apontando as origens do *habeas corpus* fora da Inglaterra e em épocas anteriores a 1215, como na Carta de Seguro do Direito Lusitano antigo e no procedimento Aragonês denominado *Manifestación de Personas* – citados também por Sabino (1964, p. 23), Frederico Marques (1997, p. 347) e Tourinho Filho (1999, p. 516) –, preferimos abordar apenas as fontes que consideramos de maior repercussão na história do direito ocidental.

Com efeito, devemos à civilização romana a criação de um procedimento judicial, que representa o mais antigo ancestral do *habeas corpus*; por outro lado, sua moderna conformação foi calcada nas bases filosóficas contidas na Magna Carta, e nos atos que a sucederam. Desse modo, pretendemos assinalar os dois momentos mais importantes na gênese do *habeas corpus*, que acreditamos não ter sido integralmente delineado no direito romano, mas tampouco foi criação original do direito inglês.

2.1 Origem do *habeas corpus* na organização jurídico-política romana

A tese à qual nos filiamos, de que o *habeas corpus* teve origem autônoma nas leis romanas, encontra respaldo nas lições de Sabino (op. cit., p. 19), e Pinto Ferreira (1988, p. 21), respectivamente:

“O que se sabe de positivo é que a mais antiga manifestação legal da garantia da liberdade humana, pelo menos do homem livre, encontra-se no direito roma-

no, insere no Livro 43, Título 29 do Digesto, representada pelo interdito *De homine libero exhibendo*: (...);”

“Assim sendo, já entre os romanos, começou a existência de um remédio processual que tomaria posteriormente a sua plenitude com o *habeas corpus* no direito moderno.”

Tal posicionamento, contudo, é alvo de várias críticas¹ – no sentido de apontar a Carta Magna inglesa como o momento primeiro da origem do *habeas corpus*, devendo, pois, ser desprezada a experiência romana como o inicial germe do mecanismo de proteção da liberdade de locomoção. Podemos resumir tais críticas em três pontos principais: a) a noção de direitos humanos, bem como os conceitos de Estado de direito e garantia constitucional, são conquistas recentes da humanidade, não tendo sido trabalhadas pelos romanos; b) o *habeas corpus* estaria, necessariamente, vinculado a tais conceitos descritos acima; e, por fim, c) a concepção moderna da liberdade individual é totalmente diferente daquela presente na organização social romana. Sendo nossa opinião discrepante do exposto acima, nos permitiremos refutar tais considerações.

Inicialmente, conquistas como ordenamento jurídico constitucionalizado, Estado de direito, e concepção dos direitos humanos como inerentes a todos os seres humanos (fruto de uma racionalidade subjetivista), só seriam alcançadas na própria Inglaterra alguns séculos após a outorga da Carta Magna. Ademais, tais conceitos estão contidos na idéia que definimos anteriormente como “aparato garantidor” cuja função foi a de dotar de plena eficácia o instituto do *habeas corpus*, não criá-lo. Quanto à “necessária vinculação” destes fatores com a gênese do *habeas corpus*, nada mais é do que tentativa frustrante de suportar ou reafirmar o argumento inicial. A própria história inglesa se presta a espantar dúvidas. A Magna Carta, datada de 1215, não surgiu juntamente com a concepção de Estado de direito, ou de direitos humanos, até porque foi uma pequena conquista dos barões sobre o soberano inglês, situação que por si só repele inexoravelmente as idéias de regime constitucional e Estado de direito.

No que tange à terceira afirmação, embora a noção de liberdade individual existente na república romana – herdada da cultura grega² – estivesse afastada daquela que nascia na Inglaterra do século XIII, o caráter político da deontologia grega significava um enorme avanço em termos de liberdade política do cidadão. Em outras palavras, se não havia liberdade individual a ser protegida, havia, porém, os elementos de participação política, cujo exercício pelos nobres ingleses culminaria por afirmar a liberdade individual na ilha britânica. Por fim, a existên-

(1) Edson Arruda Câmara. “O *habeas corpus* e o *interdictum de homine libero exhibendo*”. *Revista de Informação Legislativa* 92. Brasília : Gráfica do Senado Federal, 1986.

(2) Calçada, sobretudo, nos ensinamentos de Platão e nos escritos de Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, 1973; e *A política*, 1991), a filosofia grega tinha caráter eminentemente deontológico, como também reafirma Corbisier (1991), ao discorrer sobre a principal obra do estagirita no campo da ética.

cia da escravidão na organização social romana não elimina a possibilidade de existência de um mecanismo voltado para a proteção da liberdade individual. Em nossa própria história ocorreu semelhante situação, pois o *habeas corpus* foi formalmente positivado no Código Criminal de 1832, sendo a escravidão abolida apenas cinco décadas após.

Inicialmente contrariadas estas críticas – às quais tornaremos a nos referir –, podemos apontar ao menos dois importantes legados da justiça romana que influenciaram, de forma inequivocamente violenta, o (re-)surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra: por um lado, a liberdade civil e política na doutrina romana, e por outro, o *interdictum de homine libero exhibendo*.

O primeiro ponto a ser considerado é a concepção, presente na tradição jurídico-política romana (eis que fortemente influenciada pelos gregos Platão e Aristóteles), de que o cidadão poderia, e deveria, participar do poder político e da condução do governo. A participação política nos assuntos públicos era um dever de todos. Aqueles que pertencessem às diferentes classes de cidadãos, deveriam participar no governo segundo sua classe social.³

Como leciona o Min. Moreira Alves (1995, p. 98; grifamos) “No direito Romano, os homens são livres, ou escravos. *A liberdade é regra, a escravidão é exceção*”. Por conseguinte, todo romano que não fosse escravo era um cidadão apto a adquirir direitos e contrair obrigações. Interessante assinalar que, no direito pré-clássico,⁴ os romanos não poderiam ser transformados em escravos em seu território natal, mesmo se incorressem nas causas de escravidão (deserção, insolvência de dívida, prisão em flagrante, captura pelo inimigo, dentre outras). Assim, o romano que transformado em escravo devido a captura, ao retornar a Roma tornava-se novamente livre.

A liberdade de locomoção – como corolário do conceito de liberdade individual –, entretanto, não era direito intrinsecamente assegurado aos homens livres, pois que na filosofia dominante de então (de cunho deontológico, naturalista e holista⁵), não havia a preocupação com direitos individuais. Os direitos decorriam da posição que o indivíduo ocupava na sociedade, não sendo qualidades inerentes ao ser humano. No mesmo sentido, há o ensinamento de Greco Filho (1989, p. 23-25):

“O homem em face do Estado já é visto com individualidade, mas a concepção foi eminentemente política, intelectual e filosófica, de modo que não se

(3) Cícero, *Da república*, 1985, p. 137-180.

(4) O direito pré-clássico corresponde àquele em vigência durante grande parte da república, várias vezes modificado durante o período imperial; anterior, portanto, ao Código do Imperador Justiniano.

(5) O holismo contrapõe-se ao individualismo na medida em que o primeiro valoriza a subordinação hierarquizada dentro da comunidade, a relação homem/homem e o elemento político, ao passo que o segundo enfoca o indivíduo como personificação da humanidade, e relação homem/coisa material e o elemento econômico.

indagou a respeito de direitos do homem como indivíduo contra o Estado"; e ainda:

"A concepção filosófica grega, todavia, é evidente que historicamente condicionada, não concebeu sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da 'pólis', por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado."

Portanto, quando falamos de um conceito de liberdade da antigüidade influenciando o pensamento moderno nos referimos sobretudo à liberdade política, ou à prática de participação ativa das diversas camadas populares na gestão do governo. A faculdade de não ser preso, detido ou exilado senão por uma ordem exarada pelo magistrado competente só foi garantida no momento em que barões impuseram uma lei ao soberano, exercitando a forma mais conhecida de participação política, qual seja, a produção legislativa. Esta seria, sem dúvida, a principal conquista da Carta Magna, como veremos no próximo capítulo.

O segundo ponto que inquinamos como precedente histórico indispensável na gênese do *habeas corpus*, proveniente da tradição jurídica romana, e que nos propusemos a demonstrar, é o *interdictum de homine libero exhibendo*.

Os interditos (*interdicta*) eram previstos no direito pré-clássico, ou pré-Justiniano, como procedimentos judiciais a serem utilizados para pôr fim a conflitos entre cidadãos. Diferenciavam-se das ações, embora fossem ambas medidas de busca por justiça e meio de resolução de conflitos (Cunha, 1928). Os *interdicta* e estipulações pretorianas eram os instrumentos que possuía o pretor para reger as diferenças entre dois cidadãos quando suscitado por um deles. O interdito, devido ao seu rito simplificado e sua curta duração, ajustava-se melhor a casos em que houvesse premência de uma solução rápida. Se o interdito lançado não obtivesse sucesso, poderia ser, então, "ajuizada" uma ação, com o mesmo objetivo.

Os interditos poderiam ser proibitórios (criadores da obrigação de não fazer), restituitórios (obrigação de dar) e exhibitórios (obrigação de fazer, especificamente de exibir ao magistrado algo, ou alguém). Acreditamos que a modalidade de interdito denominada *interdicto de homine libero exhibendo* é a mais antiga manifestação do procedimento jurídico de onde evoluiria o *habeas corpus*. Logicamente, como é natural da produção humana na seara jurídica, tal mecanismo sofreu diversas e profundas alterações nos vários séculos que se passaram desde então, incluindo períodos de restrição de seu uso e alcance, e de ampliação de seu campo de aplicação.

O *interdicto de homine libero exhibendo* foi criado na época republicana romana através de Edito do pretor e sua finalidade era complementar a Lei *Fabia*.⁶

(6) A Lei *Fabia* estabelecia pena de 50.000 sestércios contra aquele que seqüestrasse, se apoderasse, comprasse ou vendesse um cidadão romano, um liberto ou um escravo de propriedade alheia; também contra quem instigasse um escravo a rebelar-se contra seu

Constituiu o interdito numa ordem expedida pelo magistrado competente com o objetivo de colocar em liberdade um homem livre indevidamente detido por outro, bem como garantir o exercício do poder do *paterfamilias* (quando, por exemplo, alguém detivesse uma criança, ou uma mulher, que não lhe “pertencesse”), além de proteger a posse de escravos.

Era instituto de Direito Civil, voltado especificamente para a garantia da posse e a prevenção da posse ilícita. A proteção da liberdade do cidadão não era encarada como um direito subjetivo seu (não havia tal conceito no arcabouço filosófico romano, como já tivemos a oportunidade de ver); o que se punia era a posse ilegal de algo (escravo, criança ou mulher) ou alguém (cidadão livre) por outrem. Diferença marcante com relação ao conceito moderno do *habeas corpus* (e ao de liberdade), porém adequada à filosofia e organização social da época. Vejamos o que diz Câmara (op. cit., p. 291-316):

“Se, por um lado, como já dissemos no item n. 2 do presente trabalho, não havia em Roma o devido respeito à liberdade do homem, em face do Poder Público, por outro lado não se deve encarar esse despreço como total pela liberdade humana, nem que o sentimento de liberdade estaria entorpecido no ser humano. Como assevera Sidou, *Garantias...*, op. cit., p. 14, ‘nos códigos romanos (...) se repete que todo homem, por direito natural, é livre, afirmativa que se encontra em D.40.10.11 e C.6.8 e 7.24. O homem livre (...) devia permanecer nesse estado e, contra os atos que lhe cerceassem a liberdade, se erguiam remédios enérgicos, quando menos enfáticas declarações de direitos’” (grifo do original).

Cuq (op. cit., p. 828 *et seq.*) nos ensina, também, que os *interdicta* eram procedimentos *populares* e *perpétuos*. Populares porque seu exercício era confiado a todo cidadão, tivesse ou não interesse diretamente vinculado ao deslinde da causa; perpétuos devido ao fato de não incidir prescrição extintiva. Tais características são bastante semelhantes às que colorem o instituto hodierno, o que reforça a tese da influência do procedimento romano. Com efeito, no Brasil, qualquer cidadão pode impetrar *habeas corpus*, em seu favor ou de outrem (art. 654 do CPP); da mesma forma, o *habeas corpus* não se prende a limites temporais, como acontece com o mandado de segurança de cujo direito se decai após 120 dias do ato ilegal.

Além destas semelhanças entre o *interdictum de homine libero exhibendo* e o *habeas corpus* atual, é a “processualística” dos *interdicta* que mais impressiona, sendo cercada de garantias que o remédio heróico inglês levaria séculos para desenvolver.

O procedimento dava-se da seguinte forma: primeiramente, a parte apresentava-se diante do magistrado a fim de obter a ordem de interdito. O pedido ao magistrado deveria identificar o detido e descrever os fatos adequando-os à hipó-

dono, fugindo. A Lei permitia que o cidadão que sentira-se lesado requisitasse ao pretor o auxílio da força pública para reaver o indivíduo aprisionado. No império, a pena mudaria para trabalhos forçados, confiscação de bens e crucificação (idem).

tese em que coubesse a “impetração”. O “coator”, por sua vez, era chamado para esclarecer seus motivos e opor as exceções que julgasse cabíveis. Havia exceções que impediriam o uso do *interdictum de homine libero exhibendo*, como quando a posse paterna, ou a condição de homem livre, fosse duvidosa. Válido notar que não se aprofundava a discussão nem estava prevista a dilação probatória.

Durante o período republicano, os interditos possuíam rito bastante diferenciado das ações, devido às suas distintas naturezas jurídicas, sendo mais rápidos de forma a sanar prontamente a suposta ilegalidade. Já no regime imperial, ocorre uma transformação, como conta Collinet (1947, p. 479):

“Des diverses Voies d’action conservées a la législation de Justinien, c’est l’interdit qui a éprouvé dans sa procédure le changement plus radical; (...)”

Todavia, embora com o advento do Império os *interdicta* tenham sido assimilados pelas ações e tenham perdido sua condição de rito extraordinário, tal mudança não se operou imediatamente, nem de forma absoluta, como anota Cuq (op. cit., p. 831):

“De tout temps la procédure des interdits a été plus rapide: avant Justinien, la demande s’introduit sans *litis denuntiatio*. Même sous Justinien, le juge a le devoir de statuer promptement.”

Mister destacar, por fim, que à argumentação de Câmara (op. cit.) de que se deve renegar a vinculação entre o *interdictum de homine libero exhibendo* e o *habeas corpus* porque a *única semelhança* seria o mecanismo idêntico para libertação de homem livre detido por particular, retorquimos com a consideração de que a *única diferença* existente seria a não previsão de utilização do *interdictum de homine libero exhibendo* contra atos do Poder Público. Afinal, o procedimento era deveras evoluído, com diretrizes claras que garantiam a eficácia da ordem, além de muito assemelhado ao empregado ainda hoje no processo de *habeas corpus*. Quanto à questão de não se aplicar às detenções ilegais pelo Poder Público,⁷ ressaltamos que o *habeas corpus* inglês só adquiriu esta faculdade após 250 anos de contínua evolução, como assevera Guskow (1986, p. 162.) “(...)”; a partir de 1485 o *habeas corpus* atuou como remédio jurídico processual mesmo contra a Coroa”.

Ademais, cumpre lembrar que o instituto romano não pôde contar com ambiente político propício à sua evolução – pois poderia vir a garantir a liberdade dos homens contra injusta detenção pelo Poder Público –, devido aos acontecimentos que principiaram em 44 a.C. e resultaram na constituição de um império que se prolongaria por quase quinhentos anos no ocidente e por catorze séculos no oriente.

Finalmente, apesar de não poder ser utilizado em casos de detenção ilegal realizadas em nome do “Estado”, o interdito permitia que se buscassem pessoas inclusive em terras pertencentes aos senadores da República e, posteriormente,

(7) Aí entendido como o corpo social detentor do poder político.

nas terras do Imperador. Não deixando de ser sempre surpreendente a previsão de mecanismo para a garantia da liberdade de um cidadão preso por outro – ainda que focada na proteção do direito de posse – característica que o *habeas corpus* inglês só adquiriria em 1816, após a segunda reforma no mecanismo do *habeas corpus*.

Acreditamos, com estas breves linhas, ter enumerado os diversos pontos de convergência entre a experiência romana, com seu *interdictum de homine libero exhibendo*, e as características que o *habeas corpus* viria a incorporar durante sua evolução. As propriedades do remédio romano se tornariam, com o passar do tempo, fórmula essencial para a salvaguarda da liberdade de locomoção, ainda que tal concepção de liberdade ainda não tivesse sido desenvolvida totalmente pelos romanos.

2.2 Mecanismos de garantia da eficácia da liberdade de locomoção. A experiência histórica inglesa

O conhecimento de Pontes de Miranda acerca dos institutos romanos, apontando neles o germe do *habeas corpus* – segundo Câmara (op. cit., p. 311) – e o primeiro instrumento protetor da liberdade de locomoção – conforme a lição de Cretella Jr. (1989, p. 143), não tem o condão de modificar sua doutrina, que é cristalina ao determinar as regras estatuídas na Magna Carta inglesa como o ponto zero da evolução do *habeas corpus*; *verbis* (1955, p. 11):

“Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano 1215. Foi no Capítulo 29 da *Magna Charta libertatum* que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física.”

Como veremos adiante, Pontes já vislumbrava o fator de (re-)nascimento do instituto, como ele é modernamente, devido às *condições* em que este foi instituído, i.e., o *contexto sócio-político* da outorga da Magna Carta e a presença, também germinal, do aparato garantidor já mencionado. Afinal, tão fundamental quanto dizer que nenhum homem livre seria aprisionado ou detido sem o respaldo legal, foi ter estabelecido critérios como o julgamento pelos pares e, extremamente importante, a garantia de que a ninguém seria negado direito ou justiça. Em outras palavras, a Magna Carta inglesa constituiu, indubitavelmente, o primeiro esboço positivador de regras que pudessem garantir a eficácia do *habeas corpus*. A afirmação deste aparato garantidor veio inaugurar a luta pela plena efetividade do *habeas corpus*.

2.2.1 A Magna Charta libertatum (1215)

Com efeito, a carta histórica imposta pelos barões ao rei João-sem-terra, constituía a principal bandeira de uma insurreição dos nobres daquele país contra os reiterados abusos e arbitrariedades cometidos pelo monarca. Assim, verificamos

que o *habeas corpus* (re-)surge no bojo de uma série de questionamentos ao poder absoluto do Estado – representado pelo rei. O caráter do movimento da nobreza frente ao poder autoritário real, que serviu como ponto de partida para as futuras conquistas inglesas no campo das liberdades individuais e políticas, trouxe à baila não só a proteção à liberdade de locomoção, mas também alguns elementos do aparato garantidor como o *direito a um julgamento justo* (no caso pelos pares) e o *direito à defesa*, na forma da lei, dentre outros – resultando na afirmação dos direitos do indivíduo.

De se marcar, por importante, que tais conquistas, *a priori*, não contemplavam todos os setores da sociedade inglesa, como assevera Pinto Ferreira (op. cit., p. 28):

“Relembre-se ainda que, conforme salienta Schmitt, em sua *Teoria da Constituição* (*Verfassungslehre*, 1982), o *habeas corpus* era concedido inicialmente ao cidadão livre, aos barões e homens livres, e não a todas as pessoas, como depois aconteceu no mundo civilizado. Vigorava então o interesse *baronial*, não do homem como titular de direitos, como reconhece Laski no livro *A autoridade no Estado moderno* (*Authority in modern State*, p. 39).”

Da mesma forma, doutrina Greco Filho (op. cit., p. 28-29):

“A Magna Carta tem sido referida como o marco decisivo entre o sistema de arbítrio real e a nova era das garantias individuais. É preciso, porém, analisá-la no que se refere ao seu conteúdo como documento histórico, condicionado às circunstâncias da época, e como documento consagrador de um princípio modernamente acatado como indispensável pela civilização ocidental.

Como descreve André Maurois [*História da Inglaterra*, Rio de Janeiro, Pongetti, 1959, p. 98 *et seq.*], quando os barões obrigaram João-sem-terra, em 1215, a firmar a Carta, as modernas idéias de liberdade nem sequer tinham sido formuladas. ‘Liberdades’, aliás, significavam ‘privilégios’ para os barões, tais como o de não pagarem taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manterem uma corte de justiça.

A *idéia de direitos individuais*, portanto, *ainda não se formara no sentido de hoje*, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.” (Grifamos.)

Finalmente, anota, com muita propriedade, Pontes de Miranda (op. cit., p. 23):

“O valor da Carta Magna é restrito à sua obtenção mesma: o interesse baronial, contra o despotismo do rei, tal a razão de ser do ato de 1215. Não se lhe peça concepção do ‘homem como titular de direitos’. Introduzir-se essa significação seria (...) anacronismo.”

Em nosso sentir, entretanto, a condução desse movimento por um setor exclusivo da sociedade, e a conseqüente exclusão de cidadãos também sofrendores

dos abusos de um poder absoluto, não invalida o caráter libertário e a enorme importância da conquista, visto que, no esteio desse precedente, todos os cidadãos viriam a se beneficiar futuramente do remédio heróico. Sem dúvida, a Magna Carta inglesa foi o marco histórico das lutas liberais no Estado denominado Inglaterra e que de lá irradiou-se por todas as sociedades ocidentais. Este paradigma preconizava as limitações ao poder absoluto dos reis e a liberdade como atributo do cidadão, fruto da filosofia liberal. Tanto na Inglaterra, como na história da generalidade dos Estados que hoje denominamos desenvolvidos, a afirmação destas prerrogativas (direitos e garantias individuais) frente ao Estado resultou de um lento, porém constante, processo de evolução política e social.

No caso inglês, basta ver que inicialmente outorgada em junho de 1215, diz Tourinho (op. cit., p. 18-23), a Carta Magna foi revogada em agosto daquele mesmo ano. Porém, com a morte de João-sem-terra, em 1216, seu filho Henrique III a fez restabelecer. Este lento processo evolutivo está caracterizado, ainda, na excelente reconstituição de Pontes de Miranda (op. cit., p. 516), quando enumera os muitos avanços e retrocessos na efetivação dos direitos e garantias estabelecidos na Magna Carta: devido aos seguidos atos de descumprimento, a carta inglesa teve de ser reafirmada em 1255, sendo logo após declarada nula em 1264; novamente jurada pelo rei em 1298; e assim por várias vezes alternaram-se períodos de obediência e desrespeito. Na verdade, tais percalços são o resultado direto das lutas pela afirmação do parlamento em face ao palácio, isto é, dos direitos políticos da aristocracia frente ao poder real. Se, no entanto, em 1215, não se pretendia fazer do cidadão um indivíduo com direitos frente ao Estado, este conceito iria, pouco a pouco, surgindo nas mentes e nos corações daqueles cidadãos que se viam cada vez mais oprimidos sob o jugo de um poder absoluto.

Relatam os doutrinadores a existência dos seguintes *writs*, a partir de 1215, cuja impetração pudesse sanar uma prisão ilegal, restabelecendo a liberdade do paciente:

a) *Writ of Mainprise*: ordem dirigida ao *sheriff* (figura singular da organização político-jurídica medieval inglesa, algo similar talvez aos alcaides latino-americanos). Importava na liberação do preso, mediante oferecimento de caução, caso conveniente. Explica Pontes de Miranda (idem, p. 42): “Distingue-se da fiança nesse particular: o que afiança alguém pode fazer prendê-lo, ou desistir da caução antes do dia marcado para que o acusado compareça; ao passo que o *mainperror* não o pode, em nenhuma hipótese: é obrigado a apresentar-se para responder por todos os encargos, quaisquer que sejam.”

b) *Writ de odio et atia*: aplicável àqueles sob quem pesava imputação da prática de homicídio. O destinatário da ordem, novamente o *sheriff*, deveria verificar se a prisão decorria de fundadas motivações (que arriscamos comparar com os requisitos aplicados hoje em dia para prisões cautelares), ou se estava fundada em motivos subjetivos escusos – ódio e má-fé. Após a verificação da ocorrência desta última hipótese, ensina Pontes (ibidem) que uma nova ordem deveria ser concedida a fim de que fosse admitida a caução para a soltura do preso.

c) *Writ de homine replegiendo*: utilizado nos casos em que o responsável pela prisão ou impedimento de locomoção fosse um particular. Como no primeiro caso, seria prestada caução, a fim de garantir que o paciente comparecesse quando chamado a responder pelos fatos de que fora acusado.

d) *Writ of habeas corpus*: esta modalidade de ordem continha diversas subespécies, cada qual visando um diferente objetivo, de ordem processual ou de garantia da liberdade de locomoção. A medida de *habeas corpus* poderia servir para transferir o preso de uma prisão para outra, onde seria executada pena superveniente (*ad satisfaciendum*); para tirá-lo da jurisdição de uma corte inferior e colocá-lo sob a de uma corte hierarquicamente superior onde seria processado (*ad respondendum*) ou testemunharia (*ad testificandum*), ou onde seria avaliada a validade de sua prisão (*ad faciendum et recipiendum*); para levá-lo à corte com jurisdição no distrito da culpa (*ad prosequendum*); ou, finalmente, para que qualquer um que mantivesse um cidadão prisioneiro o apresentasse perante a corte dizendo o tempo e a razão daquela prisão (*ad subiiciendum*).

Esta última modalidade de *writ of habeas corpus*, é de fato a mais apropriada para ser utilizada comparativamente com a dos dias atuais. Enquanto nos primeiros casos o *habeas corpus* servia mais à administração da justiça, o último representa a imperatividade de se dar liberdade àqueles que foram presos sem justa causa. Sabino (op. cit., p. 24) nos conta, ainda, que este tipo de *writ* foi, paulatinamente, substituindo os três primeiros (*mainprise, odio et atia, e homine replegiendo*).

2.2.2 O Habeas Corpus Act (1679)

Como vimos, as disposições da Magna Carta não foram realmente internalizadas pelos governantes ingleses, visto que eram reverenciadas e cumpridas em algumas ocasiões e em outras não; não constituindo essa intermitência em garantia efetiva. Criou-se, inclusive, a jurisprudência de que o rei, ou seu conselho em seu nome, pudesse cometer qualquer ato, até de prisão, sem que estivesse ao alcance do *writ*; afinal, o rei era “infalível”. Esta situação foi ativamente combatida por advogados e também pelos juízes, face ao flagrante desrespeito à Carta de 1215. No esteio de nova revolta da aristocracia inglesa, dessa vez contra aumentos de impostos, a insatisfação contra o arbítrio da realeza culminou com a preparação de um novo documento em 1628: uma petição dirigida ao Rei (a *Petition of Rights*), para que entre outras coisas, ninguém fosse obrigado a dar dinheiro, ou pagar impostos ao Rei sem que tal lei fosse ratificada no parlamento, bem como o *restabelecimento irrecusável do remédio do habeas corpus* (Cláusula 5, cf. Pontes de Miranda, op. cit., p. 52). O documento não reclamava nenhuma nova garantia ou direito, mas buscava reafirmar aqueles existentes que eram continuamente desrespeitados e ignorados. Essa petição, tal como as anteriores, restou “deferida” pelo Rei que, entretanto, não deixou de violá-la quando lhe conveio, tal como os anteriores.

Pontes (idem, p. 56-57) relata que além das seguidas negativas de concessão das ordens de *habeas corpus*, ocorria, às vezes, de mesmo quando concedidas serem desobedecidas. O costume havia criado diversas barreiras para a célere obediência dos *writs* (sem a qual não o concebemos hoje), como, por exemplo, aguardar que uma segunda e até uma terceira ordem no mesmo sentido fosse exarada (chamadas *alias* e *pluries*, respectivamente), dentre outros abusos. A aristocracia inglesa, vitoriosa com a Magna Carta, mas em luta constante por sua afirmação, percebeu a necessidade de uma regulamentação que afirmasse a força do *habeas corpus*, enunciando, mais de quatrocentos anos depois, o *Habeas Corpus Act*, em 1679.

Desta forma, o *writ* viria a se fortalecer de tal maneira que muitos autores⁸ consideraram o documento de 1679 como o verdadeiro ponto de partida da história do *habeas corpus*. A questão era que o sistema processual, ao dar margem para inúmeras interpretações e abusos, não assegurava as garantias necessárias. Com o Ato, a força do *habeas corpus* se revelou, então, com toda sua eficácia e energia ao se instituir um novo rito, mais célere, com previsão de multas e outras penalidades àqueles que o descumprissem, prazo para a apresentação do preso perante a corte, proibição da transferência do preso de uma prisão para a outra sem consentimento da autoridade competente, além da proibição (hoje elementar) de que a pessoa que fosse posta em liberdade por meio de uma ordem de *habeas corpus* fosse presa novamente pelo mesmo motivo.

2.2.3 O novo Habeas Corpus Act (1816)

Relata Pontes de Miranda (op. cit., p. 72) que o *Habeas Corpus Act* de 1816 veio suprir a ausência de previsão legal do *habeas corpus* quando o paciente não estivesse sendo acusado de crime. Assim, passou-se a garantir, através da impetração de *habeas corpus* – com o rito, as condições, e os rigores estabelecidos pelo Ato de 1679 – também a liberdade de locomoção

“(…) a indivíduo que continuasse preso sem ordem legal do juiz; a criança detida fora da casa de seus pais; a pessoa sã que tenham internado, como louco ou doente, em hospício, casa de saúde ou hospital; a freira que quer deixar o convento etc.”

Todavia, o período que antecedeu o Ato de 1816 caracterizou-se pela existência de diversos questionamentos por parte dos juristas ingleses. Um tema muito debatido foi a imperatividade da ordem concedida. Teria a sentença do magistrado eficácia *erga omnes*, independentemente de quem fosse o responsável pela detenção do cidadão, ou, por outro lado, o fato de não haver um Poder Judiciário separado do Poder Legislativo e do Executivo permitiria a este últi-

⁽⁸⁾ “O remédio legal só apareceu mesmo na Inglaterra em 1679.” Cf. Sabino, op. cit., p. 23.

mo, ou ao outro, oporem-se à decisão, alegando abuso ou inaplicabilidade? Esta argumentação nos faz lembrar a prerrogativa real de manutenção de prisão sem qualquer fundamentação, muito em voga antes da *Petition of Rights*, de que tratamos acima.

Novamente, o poder do arbítrio sucumbe ante à liberdade individual do cidadão, sendo cristalizado na tradição inglesa, a partir daí, que as ordens judiciais deveriam ser rigorosa e impreterivelmente cumpridas, sob pena das sanções existentes. Apesar de a justiça emanar do Rei, seus agentes são totalmente independentes em sua função jurisdicional, e suas decisões soberanas.

Outro tema muito debatido, sobretudo pelos advogados e juristas ingleses, desde antes do novo *Habeas Corpus Act*, e que perdurou até depois de 1816, por não ter sido contemplado naquele ato, era a possibilidade de emissão de um *general warrant*, também chamado de mandado aberto ou de mandado em branco. Consistia numa ordem de prisão (aplicada também nas medidas de busca e apreensão), sem que houvesse na ordem o nome do cidadão a que este se destinava (nos casos das buscas, sem que fosse especificado o que se procurava apreender).

Com um *general warrant* se poderia prender pessoas indefinidamente, uma, duas, cem, duzentas pessoas detidas pela suspeita de um crime que teria sido cometido por apenas uma (e não necessariamente incluída entre as detidas). Não há que se olvidar que se tratava de medida abusiva, de poder arbitrário, razão pela qual foi duramente combatida pelos juristas de então. Através de inúmeros *writs of habeas corpus*, foram se firmando vários precedentes acerca da ilegalidade de tais mandados. Em 1766 foi apresentada proposta do banimento dos *general warrants* pelo parlamento, restando a mesma aprovada na Câmara dos Comuns, porém negada na Câmara dos Lordes. Todavia, apesar de não ser declarada ilegal pelos legisladores ingleses, tais prisões eram repelidas pelos juízes face à jurisprudência criada.

Destarte, verificamos que os direitos judiciais e as garantias jurídico-políticas representaram a possibilidade de efetivar a aplicabilidade do *habeas corpus*. De um lado, o novo sistema processual implantado e o caráter excepcional das ações invasivas do Estado contra o cidadão; de outro, o combate às prerrogativas de poder arbitrário e as lutas pela independência dos magistrados, representaram, para o *habeas corpus*, a garantia de que ele estava, definitivamente, incorporado ao Direito inglês, bem como pronto para ser aplicado por todos os povos, cujos cidadãos lutassem pela liberdade.

Portanto, se a experiência romana nos legou um modelo de remédio processual cujo efeito era a garantia da liberdade corpórea do homem livre, será a tradição inglesa que, partindo do mesmo pressuposto, tornará tal procedimento acessível a todos. Neste momento, confundem-se o desenvolvimento do procedimento jurídico denominado *habeas corpus* e a própria evolução da sociedade inglesa na proteção dos direitos civis e políticos de seus membros. É suficiente para comprovação desta assertiva a correspondência entre as conquistas no campo do *habeas corpus* e as prévias investidas realizadas contra o absolutismo. Plantava-

se, então, a semente que, ao crescer, abrigaria sob sua copa frondosa os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

3. Abordagem filosófica

Após um breve retrospecto da origem e evolução histórica do procedimento judicial que elegemos como tema desta monografia, passamos a estudar o elemento de fundo, o *background* político-jurídico-filosófico, responsável pela efetiva aquisição do *habeas corpus* pelas sociedades e sua transformação na garantia *par excellence* da liberdade do indivíduo. Nosso foco de estudo se volta, agora, para o desenvolvimento de um novo conceito de homem, de sociedade, de Estado e de liberdade, bem como para a enunciação dos componentes do aparato garantidor de que falamos inicialmente. A positivação destes dois componentes essenciais (o novo conceito de liberdade e os elementos do aparato garantidor), guarda o pressuposto de aplicabilidade do *habeas corpus*, como o temos atualmente.

O primeiro componente é representado pela idéia de liberdade (aí incluída a liberdade de locomoção) como atributo do homem, enquanto o segundo consubstancia-se nos direitos judiciais e nos princípios e garantias jurídico-políticas. Por direitos judiciais entendemos o direito a ser regularmente julgado e a se defender, segundo a lei, a proibição de detenção ilegal, o princípio do contraditório, *et coetera*; já os princípios e garantias jurídico-políticas significam a reserva legal, a igualdade formal, o Estado de direito, a independência do magistrado, entre outros.

Como veremos, o primeiro componente surge enquanto postulado do jusnaturalismo, prismado pela abordagem racionalista subjetivista. Já o segundo, é clara construção positiva cujo objetivo primaz, ao nosso ver, era garantir bases jurídicas e condições políticas que permitissem a efetivação daquela idéia de liberdade, inicialmente um direito natural. Embora os dois componentes (natural e positivo) sejam diversos – pois que derivados de arcabouços jusfilosóficos bastante diferenciados –, se revelam complementares na medida que não se verifica a completa efetividade do *habeas corpus* sem que ambos estejam presentes. Na verdade, o segundo elemento funciona como pré-requisito da utilitariedade do primeiro, na medida em que não há ambiente apropriado à efetivação daquele ideal libertário onde não estejam sedimentados os pavilhões do segundo componente.

Com efeito, acreditamos que o processo evolutivo do *habeas corpus* é resultado de iniciativas que buscavam afirmar os direitos humanos e as liberdades civis, políticas e sociais, frente ao poder do Estado.

3.1 Direito subjetivo à liberdade e sua positivação – Séculos XVII e XVIII

Autores como Maurice Craston (1979) recuam ao jusnaturalismo grego para definir o momento em que são edificadas as bases filosóficas dos direitos humanos, refutando, por conseguinte, que tenham sido conquistas da humanidade durante a Idade Moderna.

Por outro lado, nos contrapondo à doutrina de Craston, quando este determina o ideal jusnaturalista da antigüidade como berço da moderna concepção de direitos humanos, inclusos os direitos e garantias individuais, sublinhamos o caráter subjetivista – presente somente no racionalismo moderno – como *conditio sine qua non* para se falar em direitos humanos, em direitos decorrentes da natureza humana.

Com efeito, o jusnaturalismo antigo decorria de uma filosofia marcada pela racionalidade objetivista,⁹ e, embora houvesse elementos de identificação entre os pressupostos filosóficos da antigüidade e da modernidade – sobretudo no campo dos direitos políticos –, a concepção de direitos humanos, como a entendemos hoje, assenta-se nos postulados do racionalismo subjetivo.¹⁰

Neste sentido, resume Lafer (1988, p. 120-122):

“É neste contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensinou o tema dos direitos humanos, a saber, o *individualismo* na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêm no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. *O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo o ser humano.*” (Grifos nossos.)

Dessa forma, podemos traçar um quadro comparativo entre a concepção antiga e a concepção moderna do direito natural, de modo a acentuar as características de cada modelo, para verificarmos que a noção de liberdade antiga não corresponde àquela que o *habeas corpus* visa proteger atualmente.

A um, enquanto a filosofia antiga caracteriza-se por conceber a origem do Estado através de uma perquirição histórico-sociológica, a filosofia moderna busca fundamentos no racionalismo liberal; a dois, na primeira corrente filosófica, o

(9) A racionalidade objetivista recorre a uma fundamentação anterior, superior e exterior como justificativa para a explicação da realidade. Na Idade Antiga, era representada pela ordem cósmica (cosmos) e seu reflexo na natureza (*physis*), enquanto na Idade Média, tinha em Deus sua origem. Platão e Aristóteles foram os maiores expoentes da filosofia objetivista na antigüidade, o primeiro afirmando o próprio surgimento e constituição do Estado e da comunidade como algo transcendental ao homem, enquanto o segundo acreditava ser estes acontecimentos imanentes à condição de ser humano, pois combinados no homem características *zein* (instintos animais) e *euzein* (instinto social). A segunda grande corrente jusnaturalista, de fundamentação teológica, encontra em Santo Agostinho seu anunciador.

(10) O racionalismo subjetivista nasce quando o fundamento das verdades deixa de ser algo exterior, anterior e superior ao ser humano e passa a ser apenas a razão humana (em Descartes: *ergo, cogito sum*), adotando a idéia do ser humano como sujeito ativo do conhecimento que estabelece a realidade e, portanto, encarando a liberdade como consequência da própria condição de ser humano. Estes conceitos seriam trabalhados, a seguir, por John Locke em suas obras *Ensaio filosófico sobre o conhecimento humano* e *Segundo tratado sobre o governo*. Não nos alongaremos aqui pois examinaremos algumas proposições deste último filósofo mais adiante.

Estado aparece como complemento do homem natural, ao passo que para a segunda é verdadeira antítese da natureza humana; a três, há forte distinção, ainda, entre a concepção social e orgânica do Estado contraposta à teoria individualista, que atomiza os cidadãos; a quatro, ressaltamos a dicotomia entre a teoria naturalista do fundamento do poder estatal (para Aristóteles, evolução natural da família e da comunidade) e a teoria contratualista, em que o Estado deriva de uma convenção, evento artificial com objetivos determinados (em Hobbes, a preservação da vida); finalmente, enquanto os antigos afirmavam a legitimidade do “Estado” através da força das coisas, da natureza dos seres humanos, a modernidade denomina o consenso de seres livres e iguais como fundamento desta legitimação.

Ademais, há outro fator determinante para que refutemos a idéia de que os direitos humanos estavam enunciados na filosofia antiga. De certa forma decorrente do cunho deontológico e holista da filosofia antiga, as leis positivas (enquanto produções, por definição, legítimas e justas, destinadas a promover o bem comum) sobrepunham-se às leis naturais, restando clara a supremacia da primeira classe. Assim, a *lex* positiva, que admitia a escravidão, se impunha sobre a *lex* natural, que afirmava serem todos os homens livres e iguais, não subjazendo, portanto, no jusnaturalismo grego, a condição para que surgisse uma construção teórica no sentido de afirmar os direitos humanos.

Oportuna, nesse sentido, a observação de Craston (op. cit., p. 5-6), ao afirmar que os direitos tutelados por uma lei natural, ainda que reconhecidos pelo corpo social, não são eficazmente protegidos se não inseridos no contexto da positividade legal. Direitos naturais, independentemente de sua fundamentação, decorrem do sistema de valores da sociedade, são direitos morais.

“Há uma considerável diferença entre um direito no sentido de um direito positivo, e um direito no sentido de um direito moral. Primeiro, um direito positivo é, necessariamente, executável; se ele não for impositivo, não pode ser um direito positivo. Um direito natural não é, necessariamente, impositivo.”

Chegamos, assim, diante de uma indagação fundamental para determinar a gênese da moderna concepção de liberdade e, a partir daí, a guinada evolutiva do *habeas corpus*, inserido que está no contexto dos direitos humanos e das garantias individuais: em que momento o direito natural à liberdade adquiriu exigibilidade, isto é, quando restou positivado? Respondemos: com o advento da teoria contratualista, que fundamenta a legitimidade do poder estatal num contrato celebrado entre os homens.

A característica básica do modelo contratualista é o encadeamento teórico que o filósofo propõe: primeiro, visualiza-se (dogmatiza-se) um “Estado de Natureza do Homem”, ou seja, o modo como os homens viviam antes do advento do Estado constituído e da sociedade organizada, portanto em sua “essência” mais pura; depois mostra-se o contrato pelo qual os homens constituem o Estado, pacto este que pode variar tanto na forma quanto no conteúdo; e, finalmente, o Estado resultante deste acordo, fruto das características dos passos anteriores. Bom frisar ainda que os contratualistas são também jusnaturalistas, isto é, acreditam

no direito natural justo por natureza e independente da vontade do legislador e, conseqüentemente, superior ao direito positivo. Assim, quanto mais próximo das condições existentes no Estado Natural, mais livre estaria o homem.

O contratualista inglês Thomas Hobbes, que viveu no século XVII (1588-1679), expõe na obra *O Leviatã* suas concepções sobre o Estado, e descreve o homem em seu Estado Natural como sendo mau, egoísta e sanguinário, de natureza belicosa e extremamente agressiva. O homem em estado natural pode (e deve) matar seu semelhante em nome das suas necessidades de sobrevivência, bem como outras inerentes ao seu propósito. O poder sobre a vida dos outros homens (*ius in hominis*), deriva do fato de, segundo Hobbes (1992, p. 33), todos os homens serem iguais:

“São iguais aqueles que podem fazer coisas iguais um contra o outro; e aqueles que podem fazer as coisas maiores (a saber: matar) podem fazer coisas iguais. Portanto, todos os homens são iguais entre si.”

Tal concepção de igualdade, bem como os poderes que Hobbes delega ao homem natural, irão caracterizar uma situação de permissividade, onde não há leis que devam ser observadas entre os homens, a não ser a liberdade de usar seu poder para fazer o que quer que se julgue correto.

Surge nessa guerra generalizada, de todos contra todos, a preocupação dos homens em terem resguardada a sua segurança (cerne do pensamento hobbesiano). Será a busca por uma forma de evitar a guerra e preservar a vida, portanto a segurança, o fator que fará os homens aceitarem o pacto social; transmitindo seus direitos para uma terceira entidade – o Estado.

Se o homem em seu estado da natureza possui *ius in homini* e *ius in omnia* (direito sobre todas as coisas de que precise para sobreviver), estes direitos passarão ao estado que se constituirá após o pacto social. Este estado será, portanto, investido de *imperium* e *dominium* e sua função primordial será controlar e reprimir a guerra generalizada que toma conta dos homens no estado natural, isto é, garantir a segurança dos homens.

Entretanto, no momento em que outorga ao Estado os poderes naturais – *imperium* e *dominium* – Hobbes compromete esta criação dos homens, através do contrato, com direitos inerentes ao ser humano; direitos anteriores a qualquer manifestação da lei positiva, que são, portanto, superiores a esta.

Decorre daí, nos explica Villey (1983), a primeira enunciação da *origem* dos direitos humanos (a natureza racional do homem), seu *conteúdo* (a liberdade de fazer o que se julga bom) e sua *função* (salvaguardar a vida). Este direito (primordial, indeclinável e soberano) passa a ser obrigatoriamente garantido pelo Estado, e a proteção da vida resta, por conseguinte, positivada.

Embora Hobbes não fosse um teórico das garantias civis (ao contrário, pregava o absolutismo), o que ressalta é o fato da soberania real advir de um contrato onde estão assegurados direitos naturais, agora positivados, componentes do conceito *lato* de liberdade civil. Assim, os direitos naturais, tais como enunciados por Hobbes (vida e segurança), positivados no momento de constituição do Estado,

refletem a consolidação da exigibilidade de direitos face ao Estado (derivada do novo conceito subjetivo de liberdade), e representam o primeiro passo para a garantia de outros direitos sob o mesmo pressuposto filosófico.

Nesse sentido, é o também contratualista John Locke (1689-1755) quem primeiro nos fala, em seu livro *Segundo tratado sobre o governo*, da liberdade como um direito inalienável do homem; um direito natural que deve estar protegido contra qualquer força que o ameace cuja importância é tão grande quanto a própria vida do indivíduo.

Conforme o modelo contratualista, o Estado resultante do pacto lockiano adquire as funções de proteger e conservar os direitos naturais e punir aqueles que o violem; não sendo, portanto, um Estado absoluto (não possui *imperium* nem *dominium*). Não é outro o entendimento de Mello:¹¹

“O contrato social de Locke em nada se assemelha ao hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um *pacto de submissão* pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã.

Em Locke, o contrato social é um *pacto de consentimento* em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade, e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.”

Desta forma, assim como fez Hobbes, Locke torna direito positivo o que era direito natural. Todavia, não é somente a vida e a segurança, mas a liberdade individual – com todos os seus desmembramentos – que surge como um direito a ser obrigatoriamente tutelado pelo Estado. Daí em diante, sob esse ou outros fundamentos, a liberdade individual continuaria sempre a ser considerada um direito subjetivo, a ser tutelado pelo Estado. Logicamente, o conteúdo desta liberdade seria, como continua sendo, continuamente ampliado.

No entanto, ainda que garantido em lei positiva o direito à liberdade, preven-do-se inclusive um procedimento judicial também positivado e voltado para garantir tal direito, não bastarão estas previsões para conferir total efetividade àque-la concepção de liberdade, bem como eficácia ao dispositivo jurídico existente. Assim, uma vez demonstrado o momento em que ocorre a consolidação do primeiro pressuposto teórico da efetividade do *habeas corpus* – a liberdade de locomoção como um direito a ser protegido pelo Estado e mesmo contra o próprio Estado –, podemos passar ao estudo da afirmação do requisito restante, que são os direitos judiciais e os princípios e garantias jurídico-políticas.

⁽¹¹⁾ Leonel Itassu Almeida Mello. *John Locke e o individualismo liberal*, in Weffrot, op. cit., p. 86.

3.2 *Direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos – Os elementos fundamentais do aparato garantidor – Séculos XVIII e XIX*

Os filósofos do século XVIII (sobretudo em sua segunda metade) representaram, no plano filosófico, o surgimento de uma nova visão do mundo, do homem, e da liberdade, afirmando a soberania da razão sobre a religião, e a conseqüente possibilidade de construção da sociedade e do Estado em modelos racionais. Esse movimento de renovação cultural, denominado iluminismo, precederia, no campo teórico, a substituição das instituições políticas européias, cuja pauta prático-política é implantada durante a Independência Americana, mas sobretudo pela Revolução Francesa.

Fundamental para a compreensão dessa transformação radical na organização político-jurídico-social das nações ocidentais desenvolvidas é a análise do corte epistemológico realizado pelo racionalismo cartesiano e pelo empirismo inglês.

O iluminismo teve como principal fonte inspiradora as construções filosóficas do francês René Descartes (1596-1650), cujo pensamento opunha a evidência da razão ao jugo das tradições ou da autoridade. Basicamente, Descartes estabeleceu a *divida* como ponto de partida para o conhecimento; levando essa premissa ao extremo e alcançando todos os campos da atividade cognitiva. Somente a partir da reconstrução metódica, baseada em imperativos racionais, poder-se-ia chegar ao conhecimento verdadeiro. Descartes introduz, portanto, um método para a compreensão dos fenômenos naturais ancorado, exclusivamente, em etapas simples, intuitíveis e objetivas. A doutrina cartesiana representou verdadeira revolução na filosofia, cujos efeitos poderiam corresponder ao surgimento do discurso lógico na Grécia pré-socrática. Por outro lado, o empirismo inglês estabelecia a concepção de que a experiência sensível pressupunha a origem de todas as idéias, não podendo surgir nenhuma produção intelectual que não houvesse sido experimentada, antes, no campo dos sentidos. Exponentes dessa construção filosófica foram Francis Bacon (1561-1626), John Locke e Isaac Newton (1642-1727).

Será, portanto, nos fundamentos do racionalismo cartesiano e no empirismo inglês que os iluministas encontrarão motivos (e base teórica) para confiarem na possibilidade do conhecimento como obra do homem, ocupando o terreno até então dominado pela tradição e pela autoridade obscurantistas. Nesse contexto, ganha força e meios de efetivação a concepção de utilidade do conhecimento como elemento libertador. Em outras palavras, o conhecimento deixa de ser mera especulação intelectual para transformar-se em instrumento a serviço dos homens, para libertá-los das formas de escravidão que a irracionalidade os condenara.

Consolida-se, então, a concepção do homem como ponto de partida e limite de todas as coisas, isto é, a razão humana como instrumento para a válida perquirição acerca da realidade, e, por conseguinte, a livre vontade humana como único possível fator a legitimar a existência do Estado e do Poder. Uma vez estabelecida a organização estatal, reside ainda na liberdade do homem os pressupostos que

balizarão e conformarão este Estado e limitarão o exercício de seu poder. Estabelecida a supremacia da liberdade individual, e da explicação não transcendental da origem do poder do Estado, fixou-se a necessidade de que a sociedade atuasse como meio propício ao desenvolvimento das faculdades humanas, i.e., ao aperfeiçoamento humano, sendo certo que para atingir esse fim, necessariamente, deveriam estar preservados os direitos inerentes à natureza humana.

Esse raciocínio, tipicamente iluminista, fundará a legitimidade do poder do Estado em termos utilitaristas, ou seja, será a satisfação dos interesses e direitos individuais que justifica o poder. Os próprios conceitos de Direito, e de Lei, são reformulados para atender às expectativas dos homens, deixando de ser axiomas herméticos e imutáveis para tornarem-se expressão da essência relativizada e mutável da sociedade. Sem correr o risco de proceder em uma simplificação que amesquinhue os avanços iluministas, podemos afirmar que o âmago do movimento de renovação cultural perpetrado pelo caráter utilitário resume-se à seguinte afirmação: Se quero a liberdade, devo ter direitos judiciais e garantias jurídico-políticas que a preservem. Nossa opinião é, também, partilhada por Greco Filho (op. cit., p. 34), senão vejamos:

“O campo estava preparado, portanto, para o surgimento da Reforma, cujo princípio fundamental foi a liberdade de consciência, de Rousseau, do enciclopedismo e da Revolução Francesa. Nos Estados Unidos, decorrente da experiência inglesa, estava preparado o espírito para as declarações de direitos de Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte. A Revolução Francesa e a Independência Americana, através de declarações de direitos, consagravam, então, a experiência inglesa da Magna Carta e do *Habeas Corpus Act*, especialmente quanto à consciência de que direitos somente têm consistência acompanhados dos instrumentos processuais para sua proteção e efetivação.”

Conforme já explicitado no início do texto, denominamos “aparato garantidor” os elementos que visam emprestar eficácia e efetividade ao *habeas corpus*, de forma a permitir a proteção da liberdade individual do cidadão. O aparato garantidor é formado por dois componentes distintos, que são os direitos judiciais e os princípios e garantias jurídico-políticos.

Por direitos judiciais entendemos as disposições legais, especialmente processuais, que visam proteger, ou efetivar, direitos materiais. Por conseguinte, vemos que o *habeas corpus* é um direito judicial, pois protege e restitui a liberdade. A proibição de detenção ilegal, corolário do princípio da legalidade (garantia de que qualquer prisão deva ter causas taxativamente previstas em lei, principalmente quando não decorra diretamente de condenação transitada em julgado), atua no mesmo sentido; ambos balizam de forma direta a liberdade de locomoção do ser humano.

Outros direitos desta natureza são o direito a ser julgado, chamado direito a um julgamento justo, e o direito a defesa, sendo decorrente de ambos o conhecido direito ao devido processo legal (*due process of law*). A prescrição de normas que balizem a atividade persecutória e punitiva, prevenindo a oportunidade de que sejam expostos os argumentos conflitantes de acusação e defesa (direito ao contra-

ditório), igualmente constitui requisito para que se possa considerar a liberdade de locomoção (dentre outras liberdades) como um fato concreto, e não apenas retórica demagógica ou utopia.

Os princípios e garantias jurídico-políticos, segundo componente do aparato garantidor, são elementos que conformam o Estado e o ordenamento jurídico. Podem ser, também, normas; porém, sem caráter eminentemente processual. São exemplos destes princípios, no âmbito político, a forma de governo constituída num Estado de direito, e a separação, de forma harmônica e independente, dos poderes executivo, legislativo e judiciário; na seara jurídica, temos os princípios da igualdade perante a lei (ou igualdade formal), o princípio de inocência, além da reserva legal, corolário do princípio latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Deriva, ainda, deste último, a garantia de que a lei penal não poderá retroagir para punir mais severamente um fato cometido antes de sua vigência.

O cunho instrumental do aparato garantidor está evidente nas palavras de Cesare Beccaria (1738-1794) (1996, p. 20-21), quando escreve a introdução de sua mais famosa obra. Partindo da distinção já estabelecida por Locke e por Montesquieu (1689-1755) de que as leis divinas e naturais não são produtos da razão, enquanto as normas positivas dela derivam, o autor italiano se propõe a analisar, racionalmente, a fundamentação das leis positivas, especificamente no campo do Direito Penal e Processual Penal.

“A Justiça divina e Justiça natural são, por essência, imutáveis e constantes, porque a relação entre dois objetos iguais é sempre a mesma; *mas a Justiça humana*, ou seja, política, não sendo senão a relação entre a ação e o estado variável da sociedade, *pode variar à medida que se torne necessária ou útil à sociedade* tal ação, e só será bem discernida por quem analisar as relações complicadas e mutabilíssimas das combinações civis.”

Apesar de alguns institutos e elementos do aparato garantidor já existirem anteriormente, mesmo na longínqua antigüidade, são a filosofia liberal e os postulados racionalistas e empíricos, e sua influência sobre os autores iluministas, que caracterizarão, a um, o caráter instrumental (utilitário) desses elementos na proteção da liberdade; e, a dois, a promoção deste conjunto de direitos judiciais e garantias jurídico-políticas ao patamar de elementos constitutivos fundamentais na organização dos futuros Estados.

Apenas para exemplificar o caráter utilitário do aparato garantidor,¹² podemos observar que não há eficácia em um *writ* de *habeas corpus*, exarado pelo magistrado competente, para fazer cessar a detenção de um indivíduo se esta prisão for determinada pelo poder absoluto. Seja porque tal poder é incontestável, ou seja porque se dele emana a lei e a legalidade, totalmente paradoxal e ilógico que promova ilegalidade.

(12) Cuja importância para a *praxis* da democracia não se esgota nessa abordagem sob o prisma da instrumentalidade.

Afinal, se basta a vontade do soberano, sem necessidade de normatização, ciência ou consentimento de qualquer outra vontade para fazer uma lei, a ordem de prisão seria uma lei perfeita e não atentaria contra o direito. Somente se o direito puder impor uma restrição ao (poder do) Estado é que a liberdade de locomoção – como qualquer outra liberdade do mesmo gênero – estará garantida. O conceito de Estado de Direito, pelo qual as leis determinam o limite de atuação do Estado face o indivíduo – e não somente o oposto – é verdadeira pedra de toque para a válida especulação sobre a proteção do *power of locomotion*.

Ainda tratando da limitação do Estado pelo direito, e dos mecanismos que impedem a hipertrofia do poder estatal, surge o conceito de separação dos poderes, desenvolvido por Montesquieu (1985), dentro do molde de raciocínio cartesiano e utilitário. O nobre francês enunciou a “lei científica” dos pesos e contrapesos, que a atividade empírica demonstrou ser necessária para que o poder político não pudesse ser desvirtuado. Diz Montesquieu (op. cit., p. 148-149):

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

A atuação do conceito de tríplice partição dos poderes no tocante à eficácia e efetividade do *habeas corpus* é semelhante àquela exercida pela noção de Estado de Direito, seja porque ambas estão intimamente ligadas, seja porque atuam no sentido de impedir o arbítrio e resguardar a liberdade individual face ao poder estatal. Outra consequência direta da separação dos poderes é o princípio da reserva legal, pelo qual o magistrado está impossibilitado de ordenar uma prisão sem que haja específica previsão em lei para tanto, bem como habilitado a controlar eventual produção legislativa que, viciada em sua forma ou conteúdo, contrarie o direito inalienável à liberdade de locomoção.

Contudo, apesar de haver um Estado limitado pelo direito e um órgão de poder que possa julgar, de forma independente, contra o próprio poder estatal, a liberdade de um indivíduo precisa estar dissociada da ação de fatores externos como a riqueza material do indivíduo, sua crença, raça ou qualquer outra distinção desta natureza. Nesse sentido, a igualdade perante a lei (ainda que formal, material) deve ser garantida em lei, tornando-se um princípio cuja tutela cabe ao Estado. De outra forma, a liberdade não seria mais um direito do homem, mas acessório, mercadoria, bem suscetível de ser comercializado.

A igualdade perante a lei estava presente tanto na pauta liberal de Locke como na do iluminista francês Montesquieu. Todavia, a primeira manifestação política e filosófica no sentido expresso de que todos os homens, independentemente de sua classe social, devem ter tratamento indiferenciado perante o tribu-

nal que os julga, sem nenhuma espécie de foro privilegiado, é encontrada nos escritos de Beccaria, que transpõe os princípios políticos que resguardam a liberdade para o campo da doutrina penal. Beccaria (idem, p. 30) fundamenta a afirmação de que não se pode privilegiar um cidadão ao outro no fato de que a constituição do Estado e da sociedade civil foi realizada por homens eqüitativamente livres e soberanos, todos iguais no estado de natureza.

“(...) se cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a todos os seus membros por um contrato que, por sua natureza, obriga as duas partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens, nada mais é do que o interesse de todos, em observar pactos úteis à maioria. A violação de um só pacto, gera a autorização da anarquia.”

O mesmo Beccaria é também responsável pela proclamação do princípio da presunção de inocência. Com efeito, se a liberdade é um direito inquestionável do ser humano, somente outro fato insofismável (decisão condenatória transitada em julgado) seria capaz de justificar a perda deste direito. Diz o italiano (idem, p. 61):

“Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?”

Consoante a metodologia aplicada ao conceito de direito subjetivo à liberdade, em que após sua enunciação por uma determinada corrente filosófica foi necessária sua positivação, devemos proceder na determinação do momento histórico em que os elementos do aparato garantidor restam positivados, episódio que completa o ciclo de gênese e desenvolvimento do *habeas corpus*.

A partir da segunda metade do século XVIII, a Europa ocidental e os territórios americanos foram palco de numerosos movimentos revolucionários, que apresentaram como tendência comum a luta pela derrocada do absolutismo e a conseqüente implantação de regimes democráticos, de acordo com os paradigmas da filosofia liberal e iluminista. Circunstâncias particulares podem explicar a eclosão de cada um desses movimentos, mas em todos eles subjazem causas mais gerais, decorrentes da conjuntura política do final do século XVIII.

Nessa época, difundiam-se por toda a Europa as idéias dos pensadores e filósofos do século XVIII, principalmente as dos iluministas franceses, fornecendo a base teórica para as reivindicações antiabsolutistas. Na América, um surto de desejo pela autonomia percorreu todo o continente, culminando na independência de grande parte dos países americanos. Na Europa, houve revoluções em diversos países, movimento que se prolongou até a metade do século XIX. A principal delas, que permaneceu como marco da liquidação do regime monárquico absoluto foi a Revolução Francesa, que promoveu, ainda, a implantação de uma nova ordem jurídica e social, baseada na instituição de um regime político democrático.

Assim como a Independência Americana não foi um episódio relevante apenas para os destinos da Inglaterra e seus ex-colonos americanos, a Revolução Francesa teve um significado histórico que extrapolou os limites daquela nação. Ambos os acontecimentos marcaram a evolução posterior de todo o mundo ocidental até nossos dias e, também, de toda humanidade crescentemente “ocidentalizada”. A primeira representou o prenúncio de um sonho acalentado, até então, apenas por filósofos e “românticos”; já a segunda, representou verdadeiro nascimento da moderna sociedade liberal burguesa, abrindo efetivamente a chamada “Era das Revoluções”.

A partir daí, o início do século XIX foi marcado pela eclosão de revoltas em diversos países europeus. Em Portugal, a Revolução do Porto submeteu a monarquia, antes absoluta, à obediência de uma constituição, tendo os reflexos desta ascensão burguesa desencadeado a própria Independência Brasileira.

Em cada nação que se insurgia em nome das liberdades individuais, estabelecendo a primazia do homem face ao poder do Estado (representado pelo arbítrio), foram produzidos documentos escritos, declarações, leis, constituições, em que não só o conceito de liberdade aparece como direito inalienável e inerente ao homem, mas como verdadeiro fundamento da própria nova ordem político-jurídico-social que se implantava.

Nesse sentido, mister destacar aquelas que até hoje vigem ou influenciam nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Dessa forma, os momentos em que se corporificam, consolidam e constitucionalizam os elementos do aparato garantidor são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pelos revolucionários franceses, em 1789; e a Constituição Americana, promulgada nos Estados Unidos da América, em 1787 (positivando os direitos já expressos nas declarações de direitos dos Estados – Virginia, Maryland etc). Esta última destinou-se a criar o sistema de Governo Federal que começou a funcionar na América do Norte em 1789, e à qual se somam vinte e seis emendas, cujas dez primeiras (conhecidas como *Bill of Rights*) foram aprovadas em 1791.

Cremos ter demonstrado, assim como fizemos com o direito subjetivo à liberdade, que o aparato garantidor decorre de uma construção filosófica determinada. Se no primeiro caso desenvolveu-se a positivação daquele direito em virtude da assimilação de direitos ditos naturais do homem pelo Estado contratual que substituiu o natural, no segundo caso, deu-se a implementação destes direitos e princípios a partir de uma visão utilitarista de proteção àquele ideal de liberdade individual.

Com a positivação do aparato garantidor, encerra-se o processo evolutivo do instituto do *habeas corpus*, da forma e pelos motivos aqui expostos.

4. A tendência contemporânea

Encerrado o processo evolutivo do *habeas corpus* nas sociedades desenvolvidas, durante a segunda metade do século XVIII e primeira do século XIX, surge,

no século XX, um movimento para que o instituto libertador seja universalizado através de mecanismos supranacionais que tutelem os dois componentes essenciais de sua existência. Essa tutela ocorre a partir da mesma “fórmula” que garante eficácia e efetividade ao *habeas corpus*, ou seja, positivando o direito subjetivo à liberdade e os elementos do aparato garantidor.

Todavia, não será mais a teoria contratualista, nem o empirismo cientificista, racionalismo liberal, ou qualquer outra corrente filosófica, *de per se*, que servirá de fundamentação teórica para legitimar a garantia da liberdade individual, “(...) como pondera Norberto Bobbio, o maior problema dos direitos humanos hoje ‘não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los’” (Piovesan, 1997, p. 132). Ao contrário do que ocorre com o conceito de liberdade, a teoria utilitarista atua como dantes na justificação dos direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos.

Afinal, como adverte Greco Filho (op. cit., p. 37-38):

“Apesar de todas as declarações, da consagração das liberdades, da institucionalização das garantias, ainda assim passou e passa o mundo por vicissitudes nesse campo, como a experiência comunista ou a nazista.

(...)

Não foi em vão, portanto, após a Segunda Guerra Mundial, a reiteração e atualização dos princípios pela Carta das Nações Unidas, na qual Recaséns Siches [Luís Recaséns Siches: *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, 1965, p. 554] vê uma preocupação quase obsessiva pela proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, reconsagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada solenemente na Assembléia Geral de 10.12.1948.”

A universalização dos direitos humanos (aí contida a liberdade de locomoção) derivou da redefinição do conceito de soberania estatal, e do advento dos direitos humanos como objeto de interesse supra nacional, aliado à redefinição do status do indivíduo, que se tornou sujeito de direito internacional (Piovesan, *ibidem* e páginas seguintes).

É após a Segunda Grande Guerra que o direito internacional se fortalece, sobretudo com a criação da Organização das Nações Unidas, com prerrogativas e atribuições mais amplas que sua precedente Liga das Nações, além de maior representatividade internacional. O repúdio às atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista, sem dúvida, indicou a questão dos direitos individuais como “ponto-chave” na nova organização das relações internacionais.

A liberdade individual passa, portanto, a ser objeto de preocupação internacional, que deseja protegê-la e, principalmente, promovê-la entre os Estados membros da ONU. São estabelecidos, para tanto, mecanismos que visem a afirmação da liberdade e dos elementos do aparato garantidor.

“A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as

instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos.”¹³

Nesse diapasão, são concebidos inúmeros esforços no sentido de positivar, em instrumentos de âmbito supranacional – declarações, pactos, protocolos e convenções – os elementos de que temos tratado. A liberdade como direito subjetivo do indivíduo, e os direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos virão estatuídos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948 – Arts. I a XXI), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966 – Arts. 2.º a 20), e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969 – Arts. 1.º a 10, e 22, 24 e 25).

Vale ressaltar, ainda, a observação de Greco Filho (*idem*), no sentido de que tal regulamentação não supriu plenamente as expectativas daqueles que lutam pelo contínuo aperfeiçoamento das formas de proteção à liberdade do indivíduo:

“A preocupação a respeito do tema, contudo, ainda não terminou e, aliás, perdurará enquanto o homem for homem, tanto que se encontra em estudos na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proposta de declaração universal dos direitos processuais do homem, a fim de que, concretamente, sejam instrumentalizados os meios de efetivação dos direitos individuais. Dadas as peculiaridades processuais de cada país, acreditamos ser difícil a pormenorização excessiva prevista no projeto primitivo, o qual desce a detalhes como o sistema de recursos, a capacidade postulatória etc. Todavia, a preocupação é válida e acreditamos viável e útil a formalização de princípios básicos do processo, único instrumento adequado à verdadeira efetivação dos direitos.”

Contudo, uma vez erigido o indivíduo à categoria de sujeito internacional de direitos, surge nova aporia, pois os documentos que estabelecem aquelas garantias não contam com um órgão que as possa assegurar, remetendo apenas aos Estados membros a sua proteção. Ocorre que, caso um dos Estados não fiscalize ou respeite os direitos previstos nos textos internacionais, não existirão meios do indivíduo atingido obrigá-lo (Estado) a cumprir o comando legal supranacional.

Com efeito, não há órgão jurisdicional, em nível internacional, que tutele o direito dos indivíduos. Nos conta Cranston (*op. cit.*, p. 51-53):

“O falecido juiz Lauterpächt, num livro que escreveu logo depois da última guerra [Segunda Guerra Mundial], argumentava que a proteção dos direitos humanos dependia grandemente da instituição de um novo organismo internacional com esse propósito específico. O próprio Lauterpächt era juiz da Corte Internacional de Justiça de Haia; mas este é um tribunal instalado a que somente os Estados têm acesso. Ele desejava um tribunal instalado a que os indivíduos pudessem recorrer em busca de reparação se seus próprios governos deixassem de respeitar seus direitos.”

(13) Piovesan, *op. cit.*, p. 141.

Infelizmente, não houve, quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o consenso necessário a fim de que fossem estabelecidos os parâmetros para a concretização das propostas de Lauterpächt. A despeito dessa dificuldade, que perdura até os dias atuais, e cuja solução depende de maior amadurecimento político dos países membros da ONU, para que não se sintam atingidos em sua soberania com a criação de um tribunal com jurisdição internacional, e ao qual os indivíduos poderiam peticionar diretamente, já há, no panorama americano, uma importante conquista. Piovesan (op. cit., p. 237-238) nos fala da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que:

“(...) tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção [CIDH]. Se reconhecer que efetivamente houve violação à convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima.

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a sentença valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.”

Contudo, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser expressamente reconhecida pelo Estado membro da CADH, já que é cláusula facultativa dessa Convenção. Os Estados Unidos, dentre outros países, até 31.05.2001, não haviam reconhecido a jurisdição da Corte.¹⁴ Ademais, apenas os Estados membros, ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estão legitimados a pleitear diretamente à Corte, não sendo reconhecida essa faculdade ao indivíduo (ibidem).

Por outro lado, o Estado brasileiro recentemente (10.12.1998) retirou a ressalva estabelecida em relação à jurisdição da CIDH quando de sua ratificação, passando a assegurar um fórum internacional de proteção aos direitos individuais de seus cidadãos. Ressaltemos, porém, com enorme pesar, a existência de movimentos no sentido inverso, que vêm ocorrendo em alguns Estados, com o fito de retirar da proteção da CIDH os direitos internacionais de indivíduos, como ocorreu no Peru onde aprovou-se uma lei retirando aquele Estado da jurisdição da citada Corte.¹⁵

⁽¹⁴⁾ Dentre os países signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Chile, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela) apenas Barbados, Dominica, Estados Unidos, Granada, Jamaica e Trinidad e Tobago não reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana. Informações disponíveis no sítio <www.cidh.org>, e atualizadas até 31.05.2001.

⁽¹⁵⁾ Conforme notícia publicada no *Jornal do Brasil*, em 09.07.1999, p. 6.

Paralelamente, há corrente doutrinária – da qual comungamos – estabelecendo que, em virtude do teor do texto da Carta Política de 1988, as disposições da DUDH, PIDCP e CADH (Pacto de São José da Costa Rica), a partir da suas ratificações pelo Senado Federal, em 10.12.1948, 24.01.1992 e 25.09.1992 (respectivamente), passaram a ter *status* de norma constitucional. Essa incorporação decorre, na “doutrina mais lúcida sobre a matéria”,¹⁶ da interpretação dos dispositivos constitucionais pátrios, notadamente o art. 4.º, II, em cotejo com o art. 5.º, § 2.º, todos da CF.

Assim, em relação às tendências de universalização da concepção de liberdade e dos elementos do aparato garantidor, podemos afirmar que embora não haja permissivo legal para que os direitos internacionais do indivíduo possam ser diretamente tutelados por um órgão jurisdicional internacional (v.g., cidadão brasileiro impetrando *habeas corpus* contra decisão ilegal proveniente da Corte Suprema nacional), devido à inexistência deste órgão, há, indiretamente a possibilidade de que tais direitos sejam tutelados pela Comissão Internacional de Direitos Humanos.

No caso brasileiro, tendo o Brasil, recentemente, reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, caminhamos mais um degrau rumo ao conceito do indivíduo com direitos que transcendem as fronteiras políticas que dividem os Estados nacionais. Esse avanço é significativo, mas não olvida a necessidade de refletir sobre a proposta de Lauterpächt como garantia mais efetiva de proteção dos novos direitos supranacionais. De toda sorte, a efetividade dos direitos enunciados nos tratados internacionais pode ser exigida, ainda no direito pátrio, em face de sua positivação, com *status* de garantia constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

5. Conclusão

O *habeas corpus* é hoje o instrumento processual que protege a liberdade de locomoção do indivíduo, seja prevenindo sua supressão, seja restaurando-a. Sua criação foi delineada ainda na Idade Antiga, através do *interdictum de homine libero exhibendo*, ganhando novo impulso rumo ao desenvolvimento, porém, após sua enunciação na Carta Magna inglesa, no século XIII. Já sua evolução durante a Idade Moderna, apesar de também marcada por uma modificação na fundamentação teórica da liberdade individual (com a abertura de novas perspectivas, desde o advento da teoria contratualista), pode ser dita contínua, vez que não era mais a justificação filosófica que esteve em pauta, mas sim a criação de mecanismos que pudessem garantir a efetividade do *habeas corpus*.

A atual concepção do instituto decorre da conjugação de dois fatores distintos, que são o conceito de liberdade como direito subjetivo do indivíduo, e a

(16) Antônio Augusto Cançado Trindade, *in* Piovesan, op. cit., p. 23.

existência de um “ambiente” jurídico-político que assegura sua válida proteção. Enquanto a liberdade individual esteve subjugada pelo Estado, sendo considerada mera “faculdade” que este “concedia” a seus súditos, e o indivíduo não era considerado sujeito de direitos, o *habeas corpus* representou tímida proteção. Da mesma forma, enquanto não se positivaram os direitos e princípios que garantiram a conformação dos postulados jurídico-judiciais-políticos para a organização de um Estado composto de indivíduos livres, e não havia formas de controle do Poder Público em sua ingerência nos direitos individuais, o *habeas corpus* não poderia ser exercitado em sua plenitude.

Vimos que a liberdade de locomoção é transformada em direito subjetivo do indivíduo, exigível face ao Estado, quando, através das premissas filosóficas do contratualismo, o “direito natural” à liberdade é positivado. Demonstramos, também, que o “aparato garantidor” foi fruto do utilitarismo jurídico proveniente da filosofia iluminista e sua positivação durante as Revoluções Americana e Francesa – além das subseqüentes, influenciadas pelas primeiras – representou a consolidação dos enunciados libertários, modificando a relação Estado-cidadão, de forma a permitir a efetiva proteção àquele direito subjetivo.

Estabelecidas essas proposições, comprovamos que a evolução do *habeas corpus* se consuma no momento em que seus dois componentes – idéia de liberdade individual enquanto direito subjetivo do cidadão e direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos como balizas para a atuação do Estado – restam, simultaneamente, positivados em lei, passando a ser obrigação do Estado tutelá-los, de forma que torna-se inequívoca a efetividade e eficácia do mecanismo processual de proteção e restabelecimento da liberdade de locomoção.

Finalmente, verificamos que a humanidade, na busca por uma proteção mais ampla e eficaz desse direito fundamental que é a liberdade, procurou estabelecer tais garantias em nível supranacional, de forma que o indivíduo se tornasse sujeito de direitos que transcendem seu próprio estado, e merecem proteção da comunidade internacional. Vimos, também, que não está consolidada, ainda, a eficácia das disposições presentes nos textos internacionais, vez que o indivíduo que tenha seus direitos violados pelo Estado-membro do pacto ou convenção não tem a quem postular a tutela destas garantias supranacionais.

Encerramos nosso trabalho acreditando que a última etapa do processo de desenvolvimento do “remédio heróico” não é uma utopia, e que, em breve, qualquer indivíduo poderá pleitear, junto ao organismo internacional apropriado, a garantia e proteção de seu direito soberano e sacrossanto à liberdade. Temos certeza de que estaremos caminhando na direção do aperfeiçoamento da raça humana se mantivermos nossos passos na diretriz traçada nas centenárias palavras inscritas no Capítulo 29 da Carta Magna inglesa.

“No free man shall be taken, or imprisoned, or dessized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but

by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To none will we deny or delay right or justice.”

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *A política*. 1. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- . *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1973.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : RT, 1996.
- CÂMARA, Edson Arruda. “O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo”. *Revista de Informação Legislativa* 92. Brasília : Gráfica do Senado Federal, 1986.
- CÍCERO. *Da República*. 3. ed. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1985.
- COLLINET, Paul. *La Nature des Actions des Interdits et des Exceptions dans l'oeuvre de Justinien*. Paris : Université de Paris, Coleção Études Historiques sur le Droit de Justinien, 1947.
- CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia – Parte primeira – Filosofia grega*. 2.ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991. t. II.
- CRANSTON, Maurice. *O que são direitos humanos?* São Paulo : Difel, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição Federal de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques de Romans*. 2. ed. Paris : Librairie Plon, 1928.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo : RT, 1996.
- GUSKOW, Miguel. *Dez temas de direito político*. Rio de Janeiro : Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1986.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo : Martins Fontes, 1992.
- . *Leviatã*. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1983.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Cia. das Letras, 1988.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo : Abril , Coleção Os Pensadores, 1983.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. vol. IV.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat; Barão da Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1985.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. vol. I.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, José Francisco. *História e prática do habeas corpus (Direito constitucional e processual comparado)*. 3. ed. Rio de Janeiro : José Konfino, 1955.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel C. Meyer. *Estudos de direito internacional*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1965.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *O habeas corpus e a liberdade pessoal*. São Paulo : RT, 1964.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- VILLEY, Michel. *Le droit e le droit de l' homme*. Paris : Puf, 1983.