

# Concepção ampla do "habeas corpus" antecipa o mandado de segurança

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros.  
Do Instituto dos Advogados da Bahia.

"Importa, pois, que não roube a negociação o que se deve ao merecimento; que se desenterrem os talentos escondidos, que sepultou a fortuna ou a sem-razão; que não haja benemérito que não seja bem afortunado; que se corte a língua à fama, se for injusta; que se qualifiquem papéis, que se examinem certidões, que nem todas são verdadeiras" (PADRE ANTÔNIO VIEIRA — 1º Sermão da Visitação de Nossa Senhora, pregado no Hospital da Misericórdia da Bahia, em julho de 1638).

"O mandado de segurança foi instituído na Constituição, com evidente paralelismo com o *habeas corpus*, para suprir suas limitações, como resulta da leitura conjunta dos §§ 23 e 24 do art. 141, isto é, para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*" (Do voto do Ministro ELOY DA ROCHA, em 6 de dezembro de 1963, no RE nº 69.974-RJ, in RTJ 72/743).

## 1. Considerações gerais

Sabe-se que no sistema brasileiro os dois principais institutos jurídicos protetores dos direitos fundamentais do indivíduo são o *habeas corpus* e o mandado de segurança. No estudo da evolução de um e da gênese do outro, defrontamo-nos inevitavelmente com o vulto histórico de RUI BARBOSA, que foi a um tempo renovador do primeiro e precursor do segundo, nisto residindo uma das razões de sua presença na memória nacional.

Sem ele o *habeas corpus* entre nós teria jazido nos arquivos forenses ou nas páginas de inexpressivos praxistas, despojado de toda grandeza. Sem ele ninguém talvez se preocupasse hoje com o *habeas corpus* nem este teria franqueado a rota para a criação afortunada do mandado de segurança. RUI é que lhe revelou toda a dimensão tutelar que a primitiva fórmula constitucional inspirava. Foi na sua interpretação que os juízes colheram os elementos suficientes para torná-lo, durante muitos anos, a garantia por excelência dos direitos constitucionalmente definidos, cujo sacrifício, efetivo ou iminente, pode tornar a vida uma carga insuportável.

O instituto tinha ingressado em nosso sistema jurídico pela discreta porta de uma lei ordinária, o Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832. Dele não cuidara o projeto de Constituição feito pela malograda Constituinte de 1823, nem tampouco a Carta outorgada por D. Pedro I a 25 de março de 1824.

As idéias políticas e jurídicas então dominantes eram primordialmente de procedência francesa. E os modelos que haviam guiado os nossos constituintes, os das Constituições de França e Cadiz, ignoravam o *habeas corpus* (1).

Já estava em vigor, havia muito, a Constituição dos Estados Unidos da América, conhecida de políticos brasileiros (2), tanto quanto o eram as instituições jurídicas inglesas. Mas as idéias da Europa continental predominavam então entre os constituintes, na maioria diplomados em Coimbra, Paris, Montpellier, e nenhum país europeu, salvo a Inglaterra, tinha incorporado o *habeas corpus* à sua legislação. Na própria França dos nossos dias, o grande escritor católico DANIEL ROPS, ali pelos anos 50, em artigo de jornal intitulado "Habeas Corpus", salientava o fato, então corriqueiro em seu país, de *detenções ilegais*, de *detenções abusivas*, defendendo a necessidade de opor-se a tais costumes franceses os da Inglaterra, "infinitamente mais respeitadora da liberdade individual e das exigências da estrita justiça".

## 2. Bases da doutrina brasileira do "habeas corpus"

Enfim o *habeas corpus* veio a figurar em nosso regime jurídico-processual do Império e nele permaneceria sem relevo até o advento da República.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 é que lhe deu amplitude excepcional, através de uma forma verbal que o distanciava extraordinariamente do seu homônimo anglo-americano, e graças à qual teve aqui riquíssima experiência judiciária, de modo a converter-se, durante pelo menos duas décadas, numa fonte de poder defensivo dos direitos individuais hoje protegidos pelo mandado de segurança.

(1) O art. 7º do Projeto de Constituição apresentado à Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império no 1º de setembro de 1823 inscrevia, entre os direitos individuais, a *liberdade pessoal*, mas não indicava, em parte alguma, um recurso judicial apto a assegurá-la.

O Deputado MIGUEL CALMON, durante os debates em torno da inclusão da lei (portuguesa) de 14 de setembro de 1822, entre as que deviam ser por nós adotadas, referiu-se à *segurança das pessoas*, a qual (acrescentou) *vulgarmente se chama o "habeas corpus"*. E nada mais disse a tal respeito até a dissolução daquela Assembléa.

(2) Exemplares da *Declaração de Direitos* e da *Constituição dos Estados Unidos*, em 1788, circularam pelo Rio de Janeiro e interior de Minas Gerais, em mãos de adeptos das novas idéias de independência nacional que já inflamavam alguns brasileiros. Um destes, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, muito conversou com o jovem bacharel José Alvares Maciel, acabado de chegar da Universidade de Coimbra, que lhe ofereceu brochuras da Constituição americana traduzida para o francês. Tiradentes daí em diante expunha por onde andava os princípios dela, a fim de influenciar pessoas para a conspiração que chefiava, conforme conta AUGUSTO DE LIMA JUNIOR em sua interessantíssima *História da Inconfidência de Minas Gerais* — 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1968, especialmente o Capítulo XI.

Identificado desde moço com o sistema jurídico anglo-americano, conhecendo-lhe a variedade de recursos enérgicos criados ao longo de séculos para a proteção de direitos pessoais contra atos ilegais da autoridade, RUI teve o cuidado de alargar o alcance do único dentre tais meios existentes no Brasil — o *habeas corpus* —, de maneira a torná-lo apto a exercer aqui uma ação tutelar semelhante à de outros *writs* dos países de *common law*, a fim de preencher um grande vazio do nosso regime jurídico. Daí os termos abrangentes com que na Constituição republicana foi adotado o velho instituto.

A fórmula nova era esta: “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” (art. 72, § 22).

3. A República Federativa em sua Constituição rígida tinha-nos dado a novidade do *controle de constitucionalidade* das leis e dos atos do Poder Público pelo Judiciário, expressamente através dos arts. 59, § 1º, alíneas *a* e *b*, e 60, alínea *a*.

Mas, por um lado, mal se inaugurava o regime, tivemos duas sucessivas ditaduras: a de Deodoro, com a dissolução arbitrária do Congresso Nacional — o que o levou, premido pelas circunstâncias, a renunciar vinte dias depois — e a de Floriano. Este decretou o primeiro estado de sítio do novo regime, com base no qual prendeu parlamentares e altas patentes do Exército e da Marinha, reformou militares, demitiu professores vitalícios, desterrou prisioneiros para regiões inóspitas do extremo Norte do País — praticando, assim, atos despóticos sem antecedentes em nossa história política.

Por outro lado, até então não dispúnhamos de recurso legal instantâneo para conter os excessos do Poder Público e preservar de lesões injustas direitos individuais constitucionalmente definidos.

Como evitar ou corrigir, de modo simples, sem as delongas inelutáveis das ações comuns, os efeitos prejudiciais decorrentes da ação célere, mas tantas vezes ilegítima, das autoridades administrativas?

RUI BARBOSA, inovando os estilos forenses da época, fez isso, utilizando principalmente o *habeas corpus*, cuja fórmula ele mesmo redigira, numa espécie de premonição da conduta *fora da lei* que por largos anos distinguiria o Poder Executivo no Brasil.

4. O Código de Processo Criminal do Império, adotando o *habeas corpus* segundo sua natureza tradicional, isto é, como remédio jurídico protetor exclusivamente da liberdade de locomoção, dispunha:

“Art. 340 — Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”

O projeto da Comissão de Juristas nomeada pelo Decreto n.º 29, de 3-12-1889, não previu o *habeas corpus* no Capítulo da Declaração de Direitos. No substitutivo de seu punho, RUI não só o introduziu como garantia, mas firmou a idéia fundamental de sua nova concepção nos

seguintes termos: *Dar-se-á o "habeas corpus" sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.* Da discussão entre os Ministros surgiu esta fórmula: "*Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, ou sentir-se vexado pela iminência evidente desse perigo*". Daí resultou o texto do art. 72, § 22, promulgado pela Assembléia Nacional Constituinte, consagrando o *habeas corpus* remediativo e premonitório (3).

Não mais a simples tutela da liberdade física do indivíduo contra prisão ou constrangimento ilegal. Daí em diante haveria um meio privilegiado capaz de garantir a incolumidade *dos direitos em geral*. Era um rompimento aberto com a concepção anterior do *habeas corpus*, segundo a inteligência que dava o regime anglo-americano. Explicava Rui:

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; 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 corpus*. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de *habeas corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro lado a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso de poder, seja qual ele for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do *habeas corpus*. (...) Logo, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. Desde que a Constituição, Srs. Senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas corpus*, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas poderiam tolher e lesar nas suas manifestações" (Discurso em sessão do Senado de 22 de janeiro de 1915).

Graças a essa "transformação ampliativa que recebeu com o novo regime", o *habeas corpus*, depois de vencida a tendência inicial do Supremo Tribunal Federal para uma exegese restritiva do texto, durante pelo menos duas décadas foi aplicado com flexibilidade ("flexibilidade dionisíaca", segundo a qualificação de um sociólogo), protegendo, além da liberdade de ir e vir, *imunidades parlamentares, mandatos e cargos*

(3) O substitutivo é do punho de RUI, conforme respectivo original publicado no v. 17, t. 1º, de suas *Obras Completas*. Na Constituinte, não lhe foi oferecida emenda alguma em plenário, o que prova ter surgido a forma definitiva já na fase de *redação final*.

*eletivos, a inviolabilidade do domicílio, o direito de reunião e de associação, a liberdade de trabalho, de pensamento e de crença, o direito de exercício de cargos etc..*

Lembremos aqui, de passagem, que em 1915 o STF concedeu *habeas corpus* preventivo aos desembargadores do Tribunal de Justiça amazense, que se consideravam ameaçados no exercício de seus cargos por uma reforma de Constituição estadual. E em 5 de abril de 1919, deferiu, por unanimidade (Relator o Ministro Edmundo Lins), o *habeas corpus* preventivo nº 4.781 que pelo seu advogado, Dr. Artur Pinto da Rocha, RUI BARBOSA requereu em seu favor e dos Srs. Miguel Calmon, Pedro Lago, Simões Filho, Medeiros Neto, João Mangabeira e outros, a fim de poderem exercer na capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele “o direito de reunião e usar, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculo de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem a censura nem impedimento de qualquer autoridade local ou da União” (RSTF, v. 24, fasc. 1º, pp. 15 e seguintes).

Desempenhou, assim, um papel de extraordinário alcance na vida brasileira, enquanto manteve a forma pela qual fora inicialmente modelado no sistema jurídico de 24 de fevereiro de 1891.

Semelhantes desenvolvimentos, segundo CARLOS MAXIMILIANO, dilataram a eficácia e sublimaram o valor do instituto, sem o desnaturarem.

A Emenda Constitucional de 1926, obtida do Congresso pelo Presidente Arthur Bernardes, causou-lhe um retrocesso de graves consequências, pois o art. 72, § 22, da Constituição, passou a ter a seguinte redação:

“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência *por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção*” (grifamos).

Findava aí a existência da chamada *teoria brasileira do habeas corpus* e este voltava a tutelar somente a *liberdade de ir e vir*. Os mais direitos, todos os direitos, em suma, cuja *liquidez* e *certeza* reclamavam uma garantia imediata e eficaz contra atos ilegais ou abusos de poder, garantia esta que até então vinha sendo dada pelo *habeas corpus*, ficavam subitamente desamparados. A reforma constitucional abria um grande vácuo na ordem jurídica, privando o País de um recurso jurídico da maior utilidade social.

E assim desprotegidos permaneceram até que, oito anos depois, veio a ser introduzido na legislação brasileira, também pela via de uma nova Constituição e com apelido proposto por um seguidor das doutrinas de RUI BARBOSA (Deputado João Mangabeira) — o *mandado de segurança*. Os direitos “líquidos e incontestáveis”, que tiveram no *habeas corpus* da primeira fase republicana a sua plena guarda, recuperavam então

amparo privilegiado. Um nascia do outro ou foi por este inspirado, a fim de desempenhar idêntica função defensiva (4).

## 6. Luta pela proteção de direitos fundamentais

Com o *habeas corpus*, Rui tinha levado o Supremo Tribunal Federal a encontrar a “direção do progresso” e algumas vezes até a tomá-la impavidamente (5), como, p. ex., quando, em pleno estado de sítio de 1914, lhe impetrou ordem para a publicação, na imprensa brasileira, de seus próprios discursos parlamentares que o Governo só admitia fossem divulgados no *Diário Oficial* (6).

- (4) O art. 113, nº 33, da Constituição, de 15 de julho de 1934, regulou o mandado de segurança com a seguinte redação: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes”. A Carta de 1937 não o contemplou. Na Constituição de 1946 figurou assim: “Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 141, § 24). O art. 153 da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, por sua vez, dispõe: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.
- (5) A luta inicial foi duríssima, em parte porque o Governo não aceitava a idéia de submeter-se ao Judiciário, quando em jogo medidas restritivas da liberdade pessoal ditadas em nome da preservação da ordem pública e segurança do Estado; e, em parte, porque o Judiciário ainda não se havia apercebido bem de suas novas atribuições constitucionais. Um episódio ocorrido a 22 de setembro de 1894, sob os poderes de FLORIANO, define essa situação. O Presidente do Supremo Tribunal Federal comunicou, então, ao Ministro da Guerra haver sido dada ordem de soltura, mediante deferimento de *habeas corpus*, ao Capitão-Tenente Huet Bacelar Pinto Guedes e ao Segundo-Tenente Domingos Jesuino de Oliveira, presos sob acusação de prática de crime militar. Recebida a comunicação, o Ministro da Guerra, por ofício de 25 de setembro, respondeu declarando ao Supremo Tribunal, *de ordem do Marechal Vice-Presidente da República* (título que Floriano invariavelmente usou, em vez do de Presidente), o seguinte: *Que não pode o Governo dar execução àquelas decisões a esses dois oficiais, por contrárias a todas as leis e imemoriais estilos militares* (cfr. *O Direito*, revista de doutrina, legislação e jurisprudência, fundada por João José do Monte, ano de 1894, v. 65, p. 283). Era o Governo pretendendo corrigir — ou intimidar — o Judiciário.
- (6) Nesse pedido de *habeas corpus* (nº 3.536) o argumento fundamental do impetrante foi que proibir a publicação dos debates do Congresso Nacional atentava contra os direitos do Poder Legislativo e dos mandatários do povo, atacando, nestes, a sua “inviolabilidade no exercício dos atos do mandato”, assegurada pela Constituição. Logo — dizia — “se a redução da publicação ataca esse mandato nos seus elementos essenciais levantando uma verdadeira muralha entre o mandante e o seu mandatário, entre a Nação e o seu representante, claro está que essa medida absurda ataca no representante um dos direitos, que a Constituição abroquelou com a égide suprema da inviolabilidade”. E isso não se continha na competência, dada ao Poder Executivo, para usar o estado de sítio. Tratava-se simplesmente de uma “insolência policial”, de uma “monstruosidade administrativa” que, atingindo a regra da subsistência das imunidades parlamentares durante o estado de sítio, lesava a Constituição. Esse caso configurava mais uma hipótese típica da natureza privilegiada do remédio jurídico do *habeas corpus*, segundo o primitivo texto constitucional de 1891. O que se queria garantir era um direito derivado, imediata e diretamente, da Constituição, direito que hoje o mandado de segurança garantiria. Nesse tempo — como se lembrou no discurso de sustentação oral da impetração — “as reivindicações constitucionais” tinham o seu escudo no *habeas corpus*.

Mediante *habeas corpus* o STF reconheceu, em 1898, a legitimidade do princípio de que uma vez expirado o prazo de duração do estado de sítio, cessavam, *ipso facto*, os efeitos das medidas restritivas da liberdade pessoal no seu período decretadas, assim como que o estado de sítio não alcançava as imunidades parlamentares. O STF, “ainda incôscio de seu poder ou dele assustado”, por dez votos contra um, antes recusara-se a proclamar a verdade disso, quando Rui pediu *habeas corpus* em favor de onze parlamentares (Senadores e Deputados) mantidos presos e deterrados, ainda *depois de expirado o estado de sítio* de abril de 1892.

Em março de 1898, reproduzindo-se, sob o governo do Presidente Prudene de Moraes, quadro idêntico de inconstitucionalidade, com a prisão e o desterro, para Fernando de Noronha, do senador João Cordeiro e dos Deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima, o patrono da legalidade bateu novamente à porta do STF, fundado nas mesmas razões jurídicas de 1892, afirmando ser o acórdão negativo de 27 de abril daquele ano um grave erro judiciário que toldava a transparência do direito, e assim não podia ser mantida agora a jurisprudência então iniciada.

A sessão de julgamento desse histórico *Habeas Corpus* (nº 1.063), a 26 de março de 1898, durou oito horas, duas das quais consumidas na sustentação oral do pedido. Mas o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Aquino e Castro, repetindo o erro de 23 de abril de 1892, de que “só ao Congresso compete o exame das providências tomadas pelo Chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio”, repeliu, uma por uma, as teses do requerente e negou a ordem impetrada, por cinco votos (Bernardino Ferreira, Relator; Ribeiro de Almeida, André Calvacanti, Augusto Olinto, Pindaíba de Matos) a quatro (Manuel Marinho, Macedo Soares, Hermínio do Espírito Santo, Ferreira Franco).

Mas *vinete dias depois*, julgando o *Habeas Corpus* nº 1.073, pedido por outro advogado (o ex-Ministro do STF, Dr. Joaquim da Costa Baradas), em favor dos mesmos pacientes, o STF voltou atrás, acolheu os princípios anteriormente defendidos acerca dos efeitos do estado de sítio e sua influência sobre as imunidades parlamentares — e concedeu a ordem por oito votos, entre estes o de João Barbalho, pouco depois comentador da Constituição de 1891. Era uma vitória indireta de Rui. Analisando a *lição desses dois acórdãos*, diria ele:

“... O acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, teve o brilho, a solidez e a força dos grandes acertos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as Constituições escritas” (cfr. *O Direito*, v. 76, pp. 406-426, Rio de Janeiro, 1898).

O entendimento do caráter especial impresso ao *habeas corpus* pela Constituição permitiu que *direitos pessoais* de variados tipos passassem a ser por ele protegidos. Governadores de Estado e Prefeitos Municipais tiveram *eleição e reconhecimento de poderes* assegurados e se *empossaram nos seus cargos*; Mesas de Casas Legislativas puderam *reunir-se e funcionar*; Senadores, Deputados, Vereadores conseguiram *exercer seus*

*mandatos*, em ocasiões difíceis da vida brasileira, e funcionários públicos lograram *exercer seus cargos e receber vencimentos*, munidos de ordens de *habeas corpus* que o Supremo Tribunal concedeu.

Até a vitaliciedade de Juizes (como no caso a seguir indicado dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas) foi preservada por *habeas corpus*, com o qual se mantiveram *no exercício de suas funções legais e constitucionais*.

Em 1913 o Congresso estadual amazonense (como se sabe, na chamada Primeira República as Unidades da Federação em geral tinham Câmara e Senado) fez uma reforma constitucional por via da qual ao Chefe do Poder Executivo foi conferida a ampla faculdade de considerar avulsos em disponibilidade ou aposentar os magistrados de primeira e segunda instância. Ficava assim por um fio a *vitaliciedade* dos juizes que a Constituição federal lhes reconhecia.

O atentado estava prestes a receber lei regulamentadora que habilitaria o governador a praticar atos administrativos de execução da subversiva reforma. Como resguardar o direito líquido e incontestável dos magistrados, a sua *liberdade política de continuarem a exercer as atribuições dos seus cargos*, nos quais estavam legalmente investidos? Qual a garantia acauteladora, de desenlace expedito e eficiente, contra provável lesão causada por ato ilegal do governador?

A exemplo do que fizera em anteriores situações semelhantes, RUI BARBOSA requereu em favor de todos os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas um *habeas corpus* preventivo (de nº 3.205), cuja sustentação oral perante o Supremo Tribunal ocorreu em sessões de 20 e 23 de agosto de 1913, quando foi concedido por unanimidade.

Hoje aí teríamos um caso por excelência de mandado de segurança, sucedâneo do *habeas corpus* originalíssimo das três primeiras décadas republicanas.

Governadores depostos — como o do Amazonas — também recuperaram o *exercício de suas funções públicas* mediante ordem de *habeas corpus*. No tumultuoso caso Franco Rabelo, presidente do Ceará, o Supremo Tribunal, conquanto julgasse prejudicado o pedido (HC nº 3.514), considerou *incontestável a propriedade do "habeas corpus" para garantir a funcionários, eletivos ou não, no legítimo exercício de seus cargos contra abuso de poder* (Acórdão de 1º de abril de 1915).

Na maioria dos casos o advogado impetrante não era RUI, mas as razões de pedir ou de julgar coincidiam com as que ele vinha sustentando na exegese do *habeas corpus*, desde o início de sua nova fase judiciária.

8. Para o bom sucesso daquela penosa campanha de *resistência constitucional* muito concorreu, a partir de certa altura, o espírito liberal de alguns grandes juizes, entre os quais avulta PEDRO LESSA, que em 1907 havia passado diretamente da cátedra paulista de Filosofia do Direito para o Supremo Tribunal Federal.



Segundo o seu modo de ver sustentado em numerosos casos, o *habeas corpus* protegia todo direito líquido e juridicamente indiscutível por ele apelidado *direito escopo* — para cujo exercício a liberdade de locomoção fosse uma condição, um meio, um caminho. “Desde que” — dizia — “esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um direito líquido, não é lícito negar o *habeas corpus*. Pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe concedido o *habeas corpus* sob a exclusiva cláusula de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito escopo” (Do seu voto no HC nº 3.539, que RUI impetrou, mas foi indeferido, para a livre circulação de órgãos da imprensa carioca, sob o estado de sítio de maio de 1914). PEDRO LESSA declarou ao assinar o acórdão: *Vencido, em tudo*.

Sem embargo desse modo de pensar — que não se harmonizava com o texto constitucional, sendo apenas coerente com a concepção tradicional e anglo-americana do instituto — PEDRO LESSA concedeu várias ordens de *habeas corpus* em que a liberdade de locomoção não era invocada nem figurava como condição de exercício do direito violado (7).

LESSA considerava os pacientes (diretores, redatores, revisores, compositores, impressores e vendedores dos jornais e revistas cariocas sob

(7) Haja vista a de nº 3.604 (recurso de ofício, originário do Paraná), deferida pelo juiz seccional para excluir do estado efetivo da Escola de Aprendizes Marinheiros de Paranaguá um menor sob pátrio poder, que nela se havia matriculado contra a vontade de sua mãe. Por acórdão unânime de 26 de agosto de 1914 o STF confirmou a sentença recorrida. No HC nº 3.618 (recurso originário de São Paulo) o STF, por acórdão unânime de 9 de setembro de 1914, confirmou a sentença do juiz seccional que dera a ordem pedida para o fim de desligar do serviço militar o paciente menor de 21 anos que tinha assentado praça sem o consentimento paterno. Também aí o direito-escopo não dependia necessariamente da liberdade pessoal para ser exercido. Em 23 de dezembro de 1918, PEDRO LESSA foi voto vencido no acórdão que cassou a ordem de *Habeas Corpus* nº 4.708, outro caso em que a liberdade física não estava em jogo, não era condição do exercício do direito alegado. Acontecera que uma lei paraense havia anulado os diplomas de alguns membros do Conselho Municipal da cidade de Cachoeira. Estes, invocando unicamente lesão à autonomia do Município, a cujo Conselho, segundo o direito vigente, competia verificar os poderes de seus vereadores, pediram e obtiveram ordem de *habeas corpus*. Mas o STF, revendo a sentença do Juiz federal, cassou a ordem, pelo fundamento de não se conter, necessariamente, na autonomia do Município, assegurada pelo art. 68 da Constituição de 1891, a verificação dos eleitos pelos próprios Conselhos Municipais. PEDRO LESSA assinou vencido esse acórdão, com o seguinte voto: “É mais que evidente que, confiada ao Poder Legislativo, poder essencialmente político, a função de em grau de recurso declarar quais são os cidadãos eleitos intendentos ou vereadores, ou, sob qualquer denominação, membros de um conselho municipal, ou chefes ou representantes do Poder Executivo de um Município, está extinta a autonomia municipal” (grifou-se). E para assegurar essa autonomia foi que ele concedeu a ordem impetrada. Onde entrava aí a liberdade de locomoção? Nos casos citados acima — que não foram os únicos — o grande juiz dava ao *habeas corpus* a aplicação que RUI BARBOSA reivindicava, a saber, *remedium iuris* apto a proteger, segundo a fórmula constitucional em que estava concebido, quaisquer direitos derivados da Constituição (direitos que hoje o Mandado de Segurança protege).

censura) ameaçados de prisão, sem terem cometido crime algum, nem ato ilegal, e assim o *habeas corpus* não lhes podia ser negado. Mas, acrescentava (e aí o seu pensamento corroborava a tese de RUI sobre o assunto), “se se entender que os pacientes estão impedidos unicamente de exercitar a liberdade de imprensa” (como alegava o impetrante), “ainda o caso é de *habeas corpus*, visto como a posição legal dos pacientes é indiscutível”. O único obstáculo a esse exercício — explicou — “é o ato inconstitucional do Presidente da República que decretou em estado de sítio uma parte do território nacional”. E concluiu: “Uma só questão poderia ser suscitada: é permitido ao Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional a decretação do estado de sítio pelo Poder Executivo, e garantir direitos individuais lesados por um estado de sítio assim inconstitucionalmente decretado? Ao contrário do que afirma um dos considerandos do acórdão, em face da doutrina e da jurisprudência da Nação que nos deve servir de modelo na prática do direito público federal, sem dúvida nenhuma que sim” (grifamos).

Não foi outra coisa que RUI demonstrou ao Supremo Tribunal Federal nos pedidos de 18 de abril de 1892 e 16 de março de 1898.

Também no *Habeas Corpus* nº 3.528, impetrado por Leônidas Rezende em favor próprio, por ter sido preso durante o estado de sítio, o relator PEDRO LESSA foi o único voto pela concessão da ordem (sessão de 25 de abril de 1914), baseado na *inconstitucionalidade do sítio decretado*. O seu argumento fundamental, nesse caso, coincide com o de RUI BARBOSA, quanto ao poder dado ao Supremo Tribunal Federal de, em processo de *habeas corpus*, examinar a legitimidade constitucional da conduta do Poder Executivo durante sítio, cuja execução ferisse direitos individuais.

Outro caso significativo foi o do Senador Nilo Peçanha, decidido em 16 de dezembro de 1914. Eleito presidente do Estado do Rio, e receoso do propósito governamental de prestigiar a posse de seu competidor, que também se considerava eleito, Nilo Peçanha, por seu patrono Astolfo Rezende, pediu ao Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* preventivo (nº 3.697) para se empossar no cargo de presidente do Estado do Rio de Janeiro e exercê-lo durante o período. A ordem foi deferida.

PEDRO LESSA, relator, não conheceu do pedido, mas pelo argumento de não reputar *líquido e certo* o direito do paciente, à vista da dualidade de candidatos eleitos para o mesmo cargo. “Uma só questão” — disse no seu longo voto vencido — “pode ser discutida nestes autos. Não se tratando de paciente preso ou ameaçado de prisão, mas de uma pessoa a quem se pretende tolher a liberdade individual necessária para o exercício das funções de certo cargo político, o que importa é averiguar se o paciente tem o incontestável direito de tomar posse do cargo e exercer as funções de presidente do Estado do Rio.” E concluiu: “Sem resolver a questão da dualidade, não é possível conceder ou negar o *habeas corpus*. Sem julgarmos primeiramente que o paciente é o presidente legal, não podemos conceder a ordem impetrada.”

Ele não questionava que o recurso adequado para garantir a Nilo Peçanha *posse e exercício no cargo político* fosse o *habeas corpus*. Tanto

que teria concedido a ordem, se provada a *liquidez e certeza* do direito alegado. O *habeas corpus* não era, isto sim, o meio próprio para dirimir a questão de saber quem efetivamente estava eleito, e a prova suficiente desse fato é que inexistia nos autos. “Ninguém, no Tribunal (afirmou), poderá saber qual o candidato realmente eleito”. (H.C. nº 3.697 — in *Revista do STF* — v. 3º — Primeira Parte — Rio, 1915 — pp. 95-138). Por isso não conheceu do pedido (8).

Os direitos, cuja garantia, segundo RUI, residia no *habeas corpus*, eram todos inquestionavelmente *liquidos e certos*, atenta a sua origem constitucional (direito dos militares às suas patentes, direito ao exercício de cargos vitalícios, direito às imunidades parlamentares e à liberdade de pensamento, entre outros da mesma natureza).

9. Nessa grande fase da jurisprudência brasileira, que se não teria iniciado sem o concurso de RUI BARBOSA e que finalmente desembocaria na criação do MANDADO DE SEGURANÇA — o último dos *habeas corpus* mais tamosos foi talvez o de nº 8.584, pedido pelo Dr. José Joaquim Seabra, em 1922, “para que ante a liquidez de sua situação de eleito, comprovada pelas conclusões decorrentes da apuração completa, fosse admitido a, no período de 15 de novembro de 1922 a 15 de novembro de 1926, exercer as funções de Vice-Presidente da República, para que fora eleito, presidir o Senado Federal e praticar todos os atos inerentes ao seu mandato” — conforme constava das alegações do seu advogado, Dr. Arlindo Leoni.

---

(8) No episódio da sucessão governamental fluminense de 1914 o Supremo Tribunal deferiu nada menos de três *habeas corpus* sucessivos para assegurar o exercício de *direitos políticos*, a posse de *mandatos eletivos*, em harmonia com a extensão conferida ao instituto pela Constituição. Com o primeiro ficou decidido ser competente para presidir aos trabalhos da convocação extraordinária da Assembléia Legislativa a Mesa legalmente eleita na anterior sessão legislativa ordinária. O segundo acórdão (n.º 3.584), deferido em sessão de 25 de julho de 1914, garantiu o funcionamento da Assembléia no edifício designado pela sua Mesa e aos pacientes assegurou o exercício ali de suas funções decorrentes da qualidade de deputados eleitos e reconhecidos. Finalmente, o terceiro *habeas corpus* da série (n.º 3.597) garantiu a posse de Nilo Peçanha, presidente eleito do Estado, e sua manutenção no cargo durante o quadriênio para que fora designado (sessão de 16-12-1914). O relator do primeiro caso (HC nº 3.554, julgado em sessão de 6 de junho de 1914) foi o Ministro Enéas Galvão, cujo voto começava lembrando que o rumo da jurisprudência brasileira vinha sendo até ali no sentido do *amplo conceito do habeas corpus*, sem o cuidado de amparar a livre locomoção, mas sim de dar à liberdade individual uma garantia tão plena que a personalidade moral pudesse exercer, sem peias, a sua atividade, a função, o mandato, libertando os pacientes de qualquer ameaça ou constrangimento ou coação no exercício de um direito reconhecido incontestado, acima de todas as dúvidas (Ver *Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. 1.º, primeira parte, pp. 43 e seguintes). A *ementa* desse acórdão dizia: “Dos termos amplos do parágrafo 22 do art. 72 da Constituição depreende-se, facilmente, que o *habeas corpus* garante a liberdade individual qualquer que seja a forma por que se possa manifestar dentro da lei. Coerentemente, o Supremo Tribunal Federal, acatando o princípio constitucional e verificada a legitimidade de exercício das funções dos pacientes, de acordo com a jurisprudência em hipóteses idênticas, concedeu-lhes o *habeas corpus* para que naquele exercício permanecessem até que o poder competente, que é a Assembléia estadual, os substitua, observando o seu regimento.

Seabra, como se sabe, fora companheiro de chapa de Nilo Peçanha, e obtivera 330.520 votos. Seu competidor, Urbano Santos, morrera antes de iniciada a apuração do pleito pelo Congresso Nacional, e assim Seabra se julgava com o direito de ocupar a Vice-Presidência da República, em vez de se proceder a uma nova eleição para o cargo. Questão esta de reconhecimento de *direito político*, sem vínculo de espécie alguma com a liberdade de locomoção.

O Juiz Federal da 2ª Vara do Distrito Federal, Dr. Otávio Kelly, concedeu a ordem, houve recurso para o Supremo Tribunal Federal a que este, em agitada sessão de 3 de julho de 1922, deu provimento para cassar a ordem. O julgamento durou oito horas — e o acórdão respectivo ocupa oitenta e cinco páginas da *Revista do Supremo Tribunal Federal*, (v. 42, pp. 135-221).

Houve quem dissesse ter havido manobras para evitar que o Ministro Hermínio do Espírito Santo, então afastado da presidência por motivo de saúde, reassumisse o seu posto no dia do julgamento, pois assim André Cavalcanti (tido como contrário à pretensão de Seabra), indo presidir à sessão sem direito a voto, causaria empate na votação, conforme cálculo dos seabristas. Se tal sucedesse, o *habeas corpus* seria concedido pelo voto de Minerva (9).

Mas o Ministro H. do Espírito Santo compareceu ao julgamento e, contra os votos dos Ministros Pedro Mibielli, Sebastião Lacerda, Guimarães Natal, Leoni Ramos e Hermenegildo de Barros, negou-se a ordem. A matéria do pedido, segundo a maioria, era *eminentemente política* (eleição e verificação de poderes do Vice-Presidente da República), cabia só na competência do Congresso Nacional.

10. A utilização do instituto com o alcance dado pela Constituição atingia o máximo do seu desenvolvimento. Para tanto, fora decisiva a hermenêutica de RUI BARBOSA, o pioneiro da luta pela aceitação do *habeas corpus* como remédio jurídico protetor de direitos. Ele é que lhe desvendou a verdadeira índole e conduziu o Supremo Tribunal Federal a construir uma jurisprudência de tal modo contrária aos planos políticos do Poder Executivo, que este, por fim, estrangulou o instituto, e o fez retrogradar a 1832.

A reação da consciência jurídica do País, no entanto, não tardou. Os direitos *líquidos e certos* que o *habeas corpus* vinha amparando e com a reforma constitucional de 1926 subitamente ficaram desprovidos de tutela jurídica eficaz, recuperaram a sua plena garantia com a criação do MANDADO DE SEGURANÇA.

#### *Defesa de direito líquido e certo pelos interdictos possessórios*

11. Outro instrumento de que se valeu RUI BARBOSA — na luta judicial contra atos ilegais da Administração — foi o *interdictio retinendae pos-*

(9) O livro *Arthur Bernardes — Estadista da República* (Coleção Documentos Brasileiros, Rio, J. Olympio, 1962), de BRUNO DE ALMEIDA MAGALHÃES, refere-se ao episódio. Mas BRIGIDO TINOCO, em *A vida de Nilo Peçanha* (Coleção Documentos Brasileiros, v. 114, Rio, J. Olympio, 1962), não toca, nem de leve, no caso do *habeas corpus* impetrado por Seabra.

*sessionis*, o mandado de manutenção de posse, que a seu ver protegia também a posse dos *direitos pessoais*, em situações semelhantes às que hoje encontram pleno amparo no mandado de segurança.

A tal respeito ficou célebre a sentença do Juiz federal do Rio de Janeiro, Dr. Aureliano Campos, deferindo *mandado liminar* na ação possessória proposta pelos Professores Paulo de Frontin, Vieira Souto, Carlos Sampaio, Paula Freitas e outros, todos catedráticos da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, os quais tinham sido suspensos por três meses do exercício de seus empregos vitalícios, com privação dos respectivos vencimentos, por simples decreto do Presidente Prudente de Moraes (16 de julho de 1896).

Não fosse a impetração de medida judicial de rápido desfecho — manutenção possessória *initio litis* — teriam aqueles professores de percorrer por tempo indefinido as vias do processo ordinário, que lhes não dariam atendimento imediato ao direito *liquido e certo* à posse dos cargos e à percepção dos vencimentos correspondentes.

O governo ficou meio perplexo com a inesperada estratégia do patrono dos lentes, que lhe desmontava o projeto perseguidor, enfureceu-se e quis até forçar o Procurador da República (futuro romancista de Canaã) a processar o juiz, mas Graça Aranha preferiu demitir-se a servir de instrumento de punições arbitrárias. A União agravou da sentença, mas o Supremo Tribunal Federal menos de um mês depois confirmou-a, não conhecendo do recurso (acórdão de 29 de agosto de 1896).

Esse aresto e os julgamentos de inúmeros *habeas corpus* pleiteados em defesa de *direitos pessoais líquidos e certos*, mesmo de natureza política, figuram com relevo na história da longa gênese do mandado de segurança. São os seus antecedentes imediatos os genuínos causadores de seu advento. Em 10 de setembro de 1921, num acórdão da lavra do Ministro Edmundo Lins, o Supremo Tribunal Federal voltaria a confirmar a tese de RUI BARBOSA, quando assentou:

“O interdito proibitório não protege somente a posse dos direitos *reais*, aplica-se também à dos direitos *pessoais*; pois a lei, quando a ele se refere, fala simplesmente em *direito*, e onde a lei não distingue, a ninguém é lícito distinguir” (10).

(10) RUI utilizou-se um dia da ação de manutenção de posse por uma razão pragmática — é que com ela podia obter mandado *initio litis* e assim assegurar prontamente o direito pleiteado. O mandado liminar — conforme explicou em carta ao *Jornal do Comércio* (2 de agosto de 1896), respondendo a um juriconsulto que fizera comentários à ação proposta no caso dos professores da Escola Politécnica — “tem efeitos imediatos, de natureza transitória, os quais não se confundem com o império da sentença que põe termo à ação. Esta pode ser contrária àquele e, nesse caso, as conseqüências legais da presunção jurídica inerentes à posse cessam em resultado da discussão e da prova, quando uma e outra mostrarem a inexistência da posse, que o interdito se destina a assegurar”. Isso precisamente ocorre no mandado de segurança (com a diferença de que sua prova é pré-constituída): a liminar pode ser revogada depois pela sentença denegatória. RUI BARBOSA invocava o direito anglo-americano que tinha no “*urit of mandamus*” o meio rápido de corrigir a turbação possessória, equivalente ao nosso mandado de manu-

12. Por tudo isso, repercutiu no Congresso Nacional, três anos depois da morte de RUI, a controversa teoria jurídica da proteção da posse dos direitos pessoais. Tramitava então na Câmara o Projeto Gudestou Pires, criando o “mandado de proteção” e o “mandado de restauração”, para, respectivamente, evitar ou desconstituir os efeitos de atos governamentais lesivos de direitos *líquidos e certos*.

O Deputado Afrânio de Melo Franco, por volta de julho de 1927, veio a oferecer-lhe substitutivo, cujo art. 1º prescrevia:

“Art. 1º — Todo aquele que for ilegalmente privado do exercício de um direito pessoal, turbado no mesmo exercício, ou sob ameaça de o ser, por ato ou decisão de autoridade administrativa, poderá requerer à justiça um mandado de reintegração, de manutenção, ou proibitório.”

Era uma forma de restaurar a homogeneidade da ordem jurídica atingida pelo retrocesso operado no *habeas corpus* e também uma virtual consagração da doutrina acerca da proteção jurídica dos direitos pessoais pelos interditos clássicos.

Como ressalta o biógrafo Melo Franco, o substitutivo deste só não venceu por ter sobrevivido, com a Constituição de 1934, a idéia de João Mangabeira, criando o atual mandado de segurança (11).

O discípulo de RUI vingava o Mestre, ao contribuir para o preenchimento do vazio deixado, na esfera de defesa dos direitos fundamentais do homem, pela Emenda Constitucional de 1926. Um sem-número de direitos individuais *líquidos e certos* tinham ficado expostos ao arbítrio da autoridade, por falta de um simples e pronto meio de proteção. Assim, o mandado de segurança, surpreendendo talvez as expectativas do Poder Executivo, assumiu o lugar do *habeas corpus* instituído em 1891 para servir de âncora àqueles direitos, e tornou dispensáveis os *interditos possessórios* para a tutela desses mesmos direitos.

Razão por que não podemos deixar de associar o advento desse egrégio instituto jurídico, de tanto alcance social, ao nome de RUI BARBOSA, seu autêntico precursor. Quanto a isto, conferimos-lhe as *certidões*, como recomenda o pregador jesuíta, cujas palavras foram aqui tomadas por epígrafe, e vimos que *todas são verdadeiras*.

Continuação da Nota 10

tenção. O emprego do funcionário indemissível, como o dos lentes suspensos irregularmente, dava-lhe um direito igual ao denominado *direito líquido e certo* de hoje e por isto era objeto incontestável de posse civil. Daí por que — dizia — a jurisprudência americana assegurava os remédios usuais da posse em auxílio do empregado arbitrariamente exonerado ou removido. Esse argumento, não fundado imediatamente em texto constitucional, era por certo de mais difícil assimilação pelos nossos tribunais da época, o que talvez explique haver RUI BARBOSA preferido o remédio jurídico do *habeas corpus* nos demais casos de ofensa a direitos constitucionais.

(11) Ver, de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Um Estadista da República — Afrânio de Melo Franco e sua época* (Rio, J. Olympio, Coleção Documentos Brasileiros, 1955, v. 3º, pp. 1.287-1.291).