

A História do *Habeas Corpus* no Direito Brasileiro e Português

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ¹

Resumo

O trabalho desenvolvido pretende expor a história do *Habeas Corpus* no Direito brasileiro e português; instituto de grande relevância à contemporaneidade. Não apenas pela proteção da liberdade de ir, vir e ficar, direito fundamental, mas pela contenção da arbitrariedade dos poderes públicos, ou seja, do afastamento da interferência do poder público das prerrogativas do cidadão. A história, portanto, mostra o desenvolvimento, lento e gradual, do *writ* e sua eficácia e utilidade na manutenção do direito de deambular.

Palavras-chave: História do Direito; Habeas Corpus; Brasil; Portugal.

Abstract

The work aims to expose the history of the Habeas Corpus Law in Brazilian and Portuguese; Office of great relevance to contemporary. Not only for protecting the freedom to go, come and stay, fundamental right, but by the arbitrary control of public authorities, namely the removal of the interference of public citizen's rights. The history, therefore, shows the development, slow and gradual, the writ and their effectiveness and usefulness in maintaining the right to roam.

Keywords: History of law; Habeas Corpus; Brazil; Portugal.

Introdução

O trabalho desenvolvido pretende expor a história do *Habeas Corpus* no Direito brasileiro e português; instituto de grande relevância à contemporaneidade. Não apenas pela proteção da liberdade de ir, vir e ficar, direito fundamental, mas pela contenção da arbitrariedade dos poderes públicos, ou seja, do afastamento da interferência do poder público das prerrogativas do cidadão. A história, portanto, mostra o desenvolvimento, lento e gradual, do *writ* e sua eficácia e utilidade na manutenção do direito de deambular.

No esforço de atingir o objetivo será necessário cumprir determinadas etapas de curial importância na compreensão do instituto, as quais matizam o contemporaneamente considerado direito-garantia da pessoa humana. A análise da conjuntura, pelo menos político-

Constitucional com breves menções, é de suma importância, seja no caso inglês, norte-americano, brasileiro e português. Isso devido ao *status* alcançado pelo *Habeas Corpus* de direito-garantia fundamental. Juntamente e automaticamente se esclarecem peculiaridades do funcionamento do *writ*. Embora o tema denote uma simplicidade, no seu âmago surgem peculiaridades desuniformadoras no tangente ao tratamento em cada época e Estado. Outro fator de complexidade é relacionado à questão política que matiza a regulamentação, a prática e a eficácia. Como o fôlego deste trabalho encontra-se nos aspectos históricos, procurar-se-á não sair da esfera proposta.

Inicia-se com o instituto romano *Interdicto de Libero Homine Exhibendo*, esse, em sua configuração, aproxima-se do conhecido *Habeas Corpus*; a similaridade entre esses dois institutos faz com que alguns autores atribuam a origem do *writ* inglês ao *Interdicto* romano.

A história do Direito Inglês vem em sequência, a mostrar o começo e o desenvolvimento do *Habeas Corpus*. Os *casos* e os precedentes daí advindos compõem, juntamente com os *Act*, o que se pode admitir como o nascimento e o desenvolvimento do guardião da locomoção. Sua delimitação nos planos teórico e prático se dá neste interregno espaço-temporal inglês. Com a colonização da América do norte, houve a recepção dos costumes e instituições inglesas, por consequência ocorreu a absorção do *Habeas Corpus*. Até mesmo essa recepção proporcionou um uso dilatado do *writ* em relação à Inglaterra.

Sob a influência do constitucionalismo norte-americano, o Brasil acabou, em 1891, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, por constitucionalizar o *Habeas Corpus*, já previsto no Código de Processo Criminal de 1832. O texto constitucional surgiu com uma redação tipificando amplamente o *Habeas Corpus*; a partir desse texto começa a se falar da teoria brasileira, que foi, em 1911, recepcionada pela Constituição Portuguesa.

Em Portugal o mandado foi previsto em 1911, mas a constituição remeteu a regulamentação à lei infra-constitucional que, até 1945, não havia sido confeccionada, por motivos políticos: o ambiente português não admitia, ainda, o ensejo de regulamentar um mecanismo que fornecesse garantia para a liberdade (locomoção); as discussões circundaram no binômio de ordem e liberdade; também porque se entendia que havia outros remédios possíveis de serem utilizados quando ocorresse uma arbitrariedade. Neste intervalo temporal, adveio a constituição portuguesa de 1933. Hodiernamente previsto no Artigo 31, da Constituição de 1976, com seu procedimento regulado pelo Código de Processo Penal nos Artigos 220.º ao Artigo 224.º. Destarte, o *Habeas Corpus* português distanciou-se, na prática, do *Habeas Corpus* brasileiro.

É possível observar, na história desse instituto, a sua adaptabilidade em cada ordenamento jurídico, seja no inglês, no português ou no brasileiro. No entanto, sua essência permaneceu imutável, qual seja a proteção da liberdade de ir, vir e ficar. As variações sofridas ocorreram no âmbito periférico, ou seja, na formatação do entorno, sua maior ou menor amplitude no referente à interpretação de coação ilegal.

História Geral do *Habeas Corpus*

A história do *Habeas Corpus*²³, como é conhecido atualmente, tem seu início gravado em 1215 na Inglaterra⁴. Foram estabelecidas, nesta ocasião, as bases desse instituto que, ao longo do tempo, sofreu algumas alterações, mas percorreu o processo civilizador e se encontra, na contemporaneidade, detentor de importância significativa em termos instrumentais de garantia, ou seja, o seu escopo é resguardar a liberdade de locomoção contra arbitrariedades do Poder Público. Como acima foi exposto, a liberdade de ir, vir e ficar, se constitui em épocas do império romano elemento substancial do indivíduo. Por isso, alguns autores buscam em Roma as origens do instituto ora em análise. Com base nestes dados traçar-se-á um breve quadro histórico-funcional de institutos precedentes ao *Habeas Corpus*.

Instituto Precedente

Interdictum de Libero Homine Exhibendo

Embora sua história remonta a idos milenares, é possível identificar diversas peculiaridades entre a época romana e a época contemporânea. Dessa forma, a principal, relevante aos limites deste trabalho, é relacionada a condição de liberdade⁵ ou escravidão e o meio jurídico de proteção da liberdade; o *ius libertatis* era a condição de contraposição ao *servus* em Roma. Giza-se que os *servus* eram tratados como coisas, no sentido jurídico. Conforme o *status* social delimitava-se à esfera de direitos e deveres, isso implica uso de prerrogativas em relação a sua condição de homem livre e como defesa da liberdade. Somente o homem livre podia pleitear a restituição de sua liberdade. Portanto, para tal, no Direito Romano, havia o *interdictum de libero homine exhibendo*.

O *interdictum de libero homine exhibendo* tem como objetivo restituir o *ius libertatis* a qualquer homem livre que tenha sido privado, por ações arbitrárias de terceiro, de usar sua faculdade decorrente do *ius libertatis*. Assim, o Pretor, mediante a *postulatio* do *interdicto*, não cogitava sobre a existência de dolo⁶ *malo* da pessoa detentora (coactora); mas observava a condição de liberdade de qualquer homem segundo Ulpiano⁷, a não ser no caso dos escravos. No condizente aos escravos, os seus proprietários têm o legítimo direito de retê-los, da mesma forma, o pai que retém o filho (*patria potestas*), o marido a mulher, o credor em relação ao devedor *addictus*, o *interdicto* não lograva proveito devido à legitimidade de direitos que tem, no caso, o detentor sobre os “constrangidos” em sua liberdade⁸.

Para além dessas considerações, caracterizadas pelo aspecto da liberdade, o *interdicto* possuía algumas peculiaridades de suma importância ao tema do trabalho, que reforçam a semelhança ou a possibilidade de o *Habeas Corpus* ter sido objeto de conhecimento desse instituto romano na Inglaterra e influenciado a criação dos mandados ingleses relativos à liberdade⁹.

Assim, é possível destacar a possibilidade de qualquer indivíduo, salvo os impedidos de postularem em favor do retido, usarem o *interdicto* considerando-o como remédio público¹⁰. No entanto, há exceções a regra, como nos indica a capacidade de mulher e/ou pupilo de intervir com o *interdicto*¹¹ em favor de parentes.

Pode-se, ainda, sem se olvidar de semelhanças maiores com o instituto inglês, ressaltar que a finalidade do *interdictum de libero homine exhibendo* consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público; advém daí a ideia de *exhibere* que significa deixar fora de segredo. Gaio, como destaca Hanisch (1984:25), tece uma comparação entre a exibição e a restituição distinguindo a relação de ambos: *Exhibir es tener a la vista el cuerpo ordenado mostrar, o sea, traer a la presencia del magistrado lo que se há ordenado exhibir de um modo físico praesentiam corporis habere, lo que permite su perceoción directa por los sentidos*. Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público.

Nem todos os casos de restrição de liberdade eram ilegítimos. O direito romano, como patrimonial-individualista, proporcionava a possibilidade de retenção de pessoas por motivação patrimonialista, que justificava a atitude de reter, ou seja, a existência de um *potestas* contra o retido. Há a cogitação de retenção por vontade do retido, desta forma, o *interdicto* não manifestaria nenhum efeito; no entanto, se o detentor tiver usado de malícia, astúcia, engano, sedução ou qualquer outra forma de ludibriar o retido possibilitar-se-á o

reconhecimento de dolo *malo*¹². A vontade do retido deve ser espontânea sem que tenha havido nenhuma influência que pudesse interferir em sua livre resolução.

A tramitação do *interdicto* se dava de maneira formal, como característica do direito romano, iniciada por uma petição (ignora-se as palavras), mas que deveriam aproximar-se destas: *Ait Praetor: Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*¹³. No entanto as palavras que o magistrado proferia encontram-se no D. 43.29.3.14 (Ulp. 71, ed.): *Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed si non defendendatur, in Bona eis eundum ait*. Quando a interposição do *interdicto* tivesse a intenção de injuriar o retentor, no seu exercício legítimo de retenção, poderia incorrer em responsabilidade se o injuriado opusesse ação de calúnia sendo obrigado a pagar determinada quantia¹⁴. A celeridade da apresentação do retido consistia num dos aspectos do *interdicto*, assim a prestação à ordem do magistrado deveria ser imediata. A finalidade desse instituto é cessar retenção injusta e recuperar o *ius libertatis* do retido através da apresentação ao magistrado; mesmo com a desobediência à ordem e à sanção pecuniária, decorre disso a permissão de reiterar várias vezes o pedido. Desta feita, durante o lapso temporal do processo havia a possibilidade de obter a liberdade em três momentos, como acentua Hanisch (1984:37):

Uno es cuando se obtiene la exhibición inmediata por el cumplimiento estricto de la orden interdictal del pretor. El segundo es a través del juicio arbitrario que se sigue a la orden por pedir el reus que retiene al hombre libre un arbiter como lo indica Gayo 4.163. (...) El tercero se desprende del texto de Ulpiano que autoriza a reiterar el interdicto muchas veces contra el reus aunque éste se hubiere allanado a pagar el valor o la estimación del retenido en varias ocasiones, pues el interdicto puede reiterarse hasta obtener la libertad.

Como se denota havia sanção pecuniária¹⁵ se, em decorrência à desobediência da ordem do magistrado o homem livre não fosse exibido.

Ao expor o instituto do *interdicto de libero homine exhibendo* constata-se diversas semelhanças com o *Habeas Corpus*. Não só no destacado empenho em proteger a liberdade de locomoção, mas nas suas peculiaridades institucionais, no seu processamento, na sua dinâmica temporal, no status de “ação” pública, etc. Reconhece-se aí a existência de duas correntes: uma que defende a origem do *Habeas Corpus* no direito romano e outra que defende a origem na Inglaterra com a *Magna Charta*; é notória a similitude entre ambos institutos e sua função de resguardar a liberdade do Homem. O pretendido com esta exposição não é defender nenhuma destas correntes, mas o valor inestimável que a história nos presta na compreensão do atualmente vigente e destacar a importância do *Habeas Corpus* na defesa da liberdade de locomoção.

***Habeas Corpus* em Seu Percurso Histórico**

A origem do percurso histórico do instituto tem seu início na sociedade inglesa, isso devido ao reconhecimento histórico de um marco constitucional – cunhado sobre a paixão do povo inglês pela liberdade – que é a *Magna Charta Libertatum* de 1215. É de fácil reconhecimento que, a partir deste momento, houve o início do modelo constitucional e, também, o início para a proteção das liberdades; sem o qual a liberdade, a igualdade e as demais garantias contra o soberano seriam inócuas. Baseado no respeito e consolidação de regimes constitucionais, é encontrada a garantia de liberdade e segurança contra o Estado.

A propriedade e a liberdade constituíam valores basilares do povo inglês. A partir desses dois valores, foram formados e aperfeiçoados expedientes jurídicos que defendiam esses direitos *absolutos da cultura jurídica inglesa*¹⁶. Anteriormente à *Magna Charta*, é possível identificar na *Common Law* três procedimentos que objetivavam resguardar a liberdade pessoal, que são: a) o *writ de homine replegiando*, que tratava de uma ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança; b) o *writ of mainprize*, que era destinado ao sheriff, para que estabelecesse as bases do Livramento do detido mediante fiança; c) o *writ de ódio et atia*, segundo o qual antecipada sobre os motivos da acusação¹⁷. Esses remédios não tiveram a abrangência e nem a eficácia do *Habeas Corpus*, seja pelo facto de terem se exaurido na Idade Média, seja pelo facto de serem procedimentos especiais para situações especiais¹⁸. Além do mais, pairava sobre esses *writs* a impossibilidade de deferimento contra as prisões oriundas de ordens da Coroa¹⁹. Já com o *Habeas Corpus*, em épocas mais avançadas, era admissível ir de encontro as ordens da Coroa²⁰.

Magna Charta

A *Magna Charta* é um marco histórico ao constitucionalismo ocidental²¹, cunhado por um espírito de liberdade e controle do poder do monarca pela regra da legalidade. Embora o processo civilizador fosse modificando e aperfeiçoando os mecanismos jurídicos, é preciso delimitar um marco inicial para o estudo histórico. Sem dúvida que, anteriormente, na Grécia e no Império Romano, encontravam-se alguns traços do que hoje tenta-se ou implementa-se no condizente a normas e institutos jurídico-políticos. É interessante ressaltar que a Constituição britânica é produto da história²² e, mais, não tem todos os seus preceitos situados

em textos escritos²³ (apenas alguns), mas no costume; esse, por sua vez, constitui-se a principal fonte de Direito Constitucional inglês, ao contrário dos demais países ocidentais.

Para além do constitucionalismo, a *Magna Charta* funde um ponto de partida à afirmação de direitos cujo valor se tornaram fundamentais para o ser humano; não será, fundamentalmente, neste momento histórico. Mas pode-se dizer que se deu um “pontapé” inicial para a relevante questão da liberdade, principalmente a locomotiva. O alcance do respeito ao direito de liberdade de ir, vir e ficar foi tangido ao longo do aperfeiçoamento do *Habeas Corpus* e as diversas defrontações entre o Reinado e o Judiciário, explicita-se desta forma.

Com a supremacia do Monarca frente aos barões, na Inglaterra do século XI, começam a surgir movimentos reivindicatórios contra o Rei João Sem-Terra²⁴. No entanto, torna-se mais veemente a revolta dos barões, quando o Rei decide aumentar exações fiscais para patrocinar suas aventuras bélicas. Os barões, oprimidos pelo fator fiscal, e ainda pelas ações autoritárias de João, resolvem mobilizar-se em um movimento para exigir do Rei certos direitos – garantias²⁵. Em 1215²⁶, “tendo de enfrentar a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para cessação de hostilidades”²⁷.

Desta forma, acredita-se que o campo econômico – no caso fiscal – foi o *estopim* para a revolta dos barões. Algo similar aconteceu, séculos após, na Revolução Francesa, em que a classe burguesa exigia melhor tratamento, principalmente na área econômica-jurídica, que envolvia seus negócios comerciais e, também, fiscais. O escopo era acabar com os privilégios que a nobreza detinha, o *status* de classe mais importante do Reino Francês. Os direitos conquistados nesse momento marcante dizem respeito a uma mudança radical nos moldes da sociedade Estatal. De fato, os direitos referentes à *Magna Carta* não se estenderam a todos. Só usufruíram desta prerrogativa aqueles pertencentes à classe privilegiada. Só os nobres e barões detinham as qualidades necessárias, ou seja, o elemento econômico, para desfrutarem dos privilégios obtidos.

Sem sobejos de dúvidas, a *Magna Carta* foi uma conquista de liberdade de grande relevância ao povo Inglês e, por reflexo, se estendeu com o tempo aos outros rincões do mundo, pois embora no primeiro momento tenha sido restrito apenas aos nobres, com sua evolução, estendeu-se a todas as pessoas, sem distinções, chegando aos dias de hoje. Claramente temos o *Habeas Corpus* como o remédio mais eficiente para a cura da ilegal retenção de uma pessoa nos “tentáculos” do poder público; o exemplo de arbitrariedade se

mostrava na França através da *lettre-de-cachet* utilizada pelo poder real²⁸ para controlar determinados grupos²⁹.

O reconhecimento da *Magna Charta* como o documento que dá fôlego – pode-se dizer, também, que estrutura a base – ao *Habeas Corpus* é devido pela implementação da regra da legalidade e do *due process of law*³⁰; pois não há qualquer indicação de positividade do instituto pela *Charta*, a não ser pela garantia da liberdade pessoal, que possibilitou a germinação do instituto. Assim, as condições de florescimento da proteção da liberdade estava posta, no entanto, não quer isso dizer que da *Magna Charta* até o estabelecimento do *Habeas Corpus*, como conhecido contemporaneamente, a liberdade esteve amplamente protegida. Pelo contrário, foi através de diversas situações (*case law*) que o instituto inglês³¹ foi modelado.

A Trajetória do *Habeas Corpus*

A expressão *Habeas Corpus* advém de uma fórmula latina: *Praecipimus tibi corpus x, in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem x censeatur in eadem, habeas coram nobis, apud Westminster, ad subjiciendum et trecidiendum ea quae cúria nostra de eo ad tunc et ibidem ordinari contingeret in hac parte*³². Ainda, a expressão denominava uma série de procedimentos designados a apresentar uma das partes ao juízo, ou seja, haviam diversos *writs of habeas corpus*³³ com escopos processuais tanto na esfera civil quanto penal, quais sejam: *ad deliberandum et recipiendum, ad prosequendum, ad respondendum, ad satisfaciendum, ad testificandum, etc*³⁴. Dentre estes *writs* o condizente ao tema ora exposto é o *Habeas Corpus ad subjiciendum*, que fundava-se numa ordem do juiz à autoridade policial detentora de uma pessoa, para apresentá-la perante o mesmo, para justificar a legalidade da detenção.

No século XIII, o procedimento servia como instrumento do suserano, na administração da justiça, que controlava as jurisdições inferiores; determinava, assim, a “que a apresentação do preso se fizesse na corte do Rei (a Court of King’s Bench), onde o caso era examinado e julgado”³⁵. Surge, neste contexto, a possibilidade de julgamentos viciosos, parciais, pois ao tempo o Rei e o *Privy Council* detinham a prerrogativa de ordenar prisões sem qualquer justificativa sobre a causa³⁶. Contudo, haviam tribunais ordinários que divergiam do Tribunal Real, desafiando-o por meio de ordens de *Habeas Corpus* requisitadas por presos. Alguns casos surgiram em que houve oposição declarada, do judiciário, contra as

ordens de prisão injustificadas³⁷. Tentativa de consolidar o que estava assente na *Magna Charta*.

O processo político da Inglaterra desenvolvia-se juntamente com a consolidação do seu direito envolto em princípios jurídicos modernos; a inabalável busca da liberdade pelo povo inglês propiciou um ambiente favorável para a estruturação de diversos mecanismos jurídico-políticos expressos no surgimento da *Petition of Right*. Com isso, indubitavelmente, a conquista do povo inglês ganha fôlego, e para tal o caso *Darnel* é exemplo. O caso *Darnel* é derivado de uma imposição de Carlos I, em 1627, no condizente ao recolhimento de impostos, sem que o Parlamento houvesse aprovado. *Darnel* e mais quatro fidalgos recusaram-se a pagar e acabaram sendo presos, através da execução do *speciale mandatum regis*, sem que constasse a causa legal³⁸. Por óbvio, avivou-se o instituto do *Habeas Corpus*. O pedido feito pelo advogado de *Darnel* fundamentou-se nas

garantias estabelecidas no capítulo 29 da Magna Charta invocando a necessidade de a ordem de prisão obedecer à lei do País (*legem terrae*), e nos estatutos do Rei Eduardo III, que preconizavam a impossibilidade da perda de liberdade em razão de mandado do rei ou de seu conselho, em que não constasse acusação legal e precedente ou writ da Common law.³⁹

No sentido contrário, o Procurador-Geral, defensor da Coroa, alegou que a expressão *legem terrae* não obstava os poderes reais, portanto, conforme esse entendimento, não jungia o poder do Rei às leis inglesas. Acabou por não conceder fiança aos fidalgos.

Em decorrência dos movimentos contra seu reinado, Carlos I convocou uma reunião do Parlamento e foi obrigado a aceitar a *Petition of Right* apresentada pelos membros da casa; esses, por sua vez colocaram-se como fiscais dos atos reais, uma espécie de instância de legitimação das imposições reais e, ainda, consolidou o uso do *Habeas Corpus* na guarnição contra atos atentatórios contra a liberdade. A *Petition* tem uma peculiaridade: ela ficou na seara de compromisso do rei, não constituindo-se lei ordinária⁴⁰.

No eterno confronto entre o absolutismo e a liberdade, a Coroa não tarda a desrespeitar a *Petition*; o exacerbamento do poder ocasiona, novamente, despautérios por parte do governo real. Novamente Carlos I e seu conselho, antes de serem depostos, usam de seu poder de prisão sem justificativa legal. Embora, os juízes “tenham admitido a imposição de um novo imposto sem aprovação do Parlamento, no caso Shipmoney (...)”⁴¹ posicionaram-se de maneira sólida em favor da garantia da liberdade nos casos: Lawson e Barkhams (1638). Portanto, com a revolução que retirou o poder de Carlos I foi estatuído o *Habeas Corpus Act* (1640)⁴²; efetivaram-se regras processuais cimentando a garantia e, além do mais, estatuiu

multa e responsabilização, se o ofendido sofresse prejuízo, ao juiz ou oficial que não cumprisse o estabelecido⁴³.

O tempo percorrido entre a *Magna Charta* e o *Habeas Corpus Act* (1640) ainda não foi suficiente para definitivamente colocá-lo entre os arautos da liberdade, no entanto, já ocupa um lugar de destaque na luta contra o autoritarismo. Mas surgiram outras oportunidades de reforçar e exaltar tal posição de proeminência.

A liberdade, consolidada como direito essencial para o inglês, reforça-se com o *Habeas Corpus Act* de 1679, de 27 de Maio, consubstanciado no século XVII, “quando ocorre a revolução que depõe o absolutismo e a posterior Restauração, com o fim da curta República de Cromwell”⁴⁴. A estrutura contextual da época e os precedentes formados anteriormente ajudaram a climatizar, favoravelmente, o surgimento do *Habeas Corpus Act*; na referência de 1679 há quem considere como “outra Carta Magna”, neste momento, o surgimento do *Habeas Corpus*. No entanto, como foi exposto, pode-se considerar o *Act* de 1679 como marco consolidador da importância deste instituto e que delimitou sua feição moderna⁴⁵ – como hoje ele é conhecido; elevou-o à posição de destaque no Direito Inglês⁴⁶.

E para isso contribuíram os casos Jenke (1676) e Bushell (1670). O primeiro caracteriza-se pelo surgimento da questão do processamento, ou seja, se o pedido de *Habeas Corpus* poderia ter sido expedito durante o período de férias dos juízes. Esse caso tomou repercussão devido a condição de Jenke, pois ele era orador do partido popular e foi preso ao pronunciar um discurso qualificado de sedicioso, por ordem do Conselho, com a agravante de após ter sido preso terem-lhe negado, pelo *Chief of Justice* da *Court of King's Bench* e pelo *Lord Chancellor*, o livramento com fiança, embora todos os requisitos o favorecessem durante o período de férias dos juízes.

O caso Bushell traz à baila o problema do conhecimento do pedido devido a (in)competência dos órgãos judiciais. A divergência relacionava-se ao entendimento entre a *Common Pleas* que julgava os crimes ordinários e a *King's Bench* que detinha a competência no conhecimento dos pedidos de *Habeas Corpus*. No caso Buschell, a *Common Pleas* julgou seu pedido de *Habeas Corpus* “incidente num processo em que se apurava a responsabilização pela prática de crime comum, tornando-se favorável a aceitação desta jurisdição para a concessão do writ”⁴⁷. Contudo isso adveio o *Habeas Corpus Act* de 1679⁴⁸.

O *Act* de 1679 deixou de regulamentar o processamento civil do *Habeas Corpus* e concentrou-se na área penal⁴⁹. Ainda, permaneceram alguns fatores a serem aperfeiçoados, como em relação à fiança e seu excesso e sobre a veracidade da resposta fornecida pelo coator, assim destaca Guimarães (1999:166). Não cessa o aperfeiçoamento, como

característica da *Common Law*, do *writ* nesse *Act*, a história formadora de precedentes ainda modelou o instituto inglês. As modificações estruturais na essência operaram nesse momento (1679).

Com o desenrolar do tempo e novas exigências no campo político jurídico, e pela flexibilidade do mecanismo processual – “informalidade” e “agilidade” – do *Habeas Corpus*, ou seja, com a possibilidade ampla de abranger várias situações de fato, é cabal gizar o *Habeas Corpus Act* de 1816; esse alargou o raio de ação do *Act* de 1679, atingindo situações de limitações de liberdade oriundas da esfera civil e aquelas respeitantes à atuação do poder discricionário administrativo⁵⁰. Na contemporaneidade surge o *Administration of Justice Act* de 1960, concernente ao *Habeas Corpus* que trouxe algumas modificações, mas que em nada alterou a substância desse prestigiado instituto⁵¹. A história inglesa reflecte a relevância da liberdade e do remédio eficaz, consagrado, capaz de curar qualquer abuso restritivo contra o ir, vir e ficar.

A aplicação do *Habeas Corpus* não é ilimitada e irrestrita. É preciso ter em conta as limitações e restrições sofrida por esse instituto. A limitação é dirigida à esfera de atuação e hermenêutica do texto regulador, como se verá na teoria brasileira. No tangente à restritividade, é possível evocar momentos que exigem do poder administrativo medidas enérgicas para a manutenção do Estado, principalmente de Direito. Devido a importância da liberdade de locomoção e a estratégia de controle do poder estatal, medidas são tomadas no sentido de restringirem ou suspenderem a aplicação do *Habeas Corpus*. Mas isso implementa-se em situações de exceção e de acordo com a legalidade. Cada Estado tem, em regra, sua legislação reguladora de determinadas situações de exceções; é comum a previsão de medidas a serem implementadas em caso de insegurança, comoção nacional. Verificou-se, predominantemente, em caso de guerra e outras situações atípicas pelas quais o Estado possa atravessar, por isto, e no escopo de resguardar a segurança interna e, por consequência, a soberania; para tal, adoptam-se medidas restritivas do *Habeas Corpus*. Dessa forma, na Inglaterra, houve períodos em que o *writ* foi suspenso⁵². Nesses períodos decretaram-se prisões, geralmente baseadas em argumentos de segurança a favorecer a proteção da soberania, não podendo os juízes apreciarem o pedido de *Habeas Corpus*. Pode-se destacar, historicamente, o período das duas guerras mundiais, em que foi suspenso o *Habeas Corpus in forza di ordinazione emanate rispettivamente sulla base del Defence of the Realm Consolidation Act del 1914* (5 e 6 Geo. V, cap. 8) e degli Emergency Powers (Defence) Acts del 1939 (2 e 3 Geo. VI, cap. 62) e del 1940 (3 e 4 Geo. VI, cap. 20)⁵³.

É cabal sublinhar as palavras de Pontes de Miranda (1999:109-110):

o que se suspende não é, tampouco, o gozo dos direitos absolutos do indivíduo, liberdade de **andar**, de **ir**, de **vir**, e de **ficar** e de se **mover**, pois esses inerem à natureza humana. O que se excetua por algum tempo é o direito ao **writ**, isto é, o privilégio, não da liberdade física, que é inalienável, mas do remédio jurídico célere e eficaz para as restrições que tal liberdade porventura sofra.

A história do instituto em voga demonstra a sua inseparável e indelével ligação com os precedentes ingleses, não só em relação ao nascimento, mas ao desenvolvimento do que hoje em dia conhecemos por *Habeas Corpus*. Virá à tona, nos tópicos subsequentes, a similitude entre o *Habeas Corpus* dos Estados, em análise, com o inglês. Se, por característica imanente do povo inglês ou por acaso da vida, a liberdade de locomoção obteve seu instrumento garantidor originado no ambiente da *Common Law*⁵⁴ e viu-se adotado em outros Estados. Embora o direito romano conhecesse o significado (*Interdictum de Libero Homine Exhibendo*) da proteção da liberdade, foi na modernidade a elevação à última potência do significado de ser livre e do nexos que esse direito – valor – tem com o ser humano. Os ingleses souberam lapidar o *Habeas Corpus*.

Recepção do *Habeas Corpus* no Brasil

No ano de 1500 os portugueses chegam ao litoral brasileiro, numa época de domínio dos mares por parte de Portugal. A partir desse momento, a metrópole inicia a ocupação dos pontos estratégicos do litoral e após começou a expandir seus domínios a terras distantes. Séculos se passaram, o Brasil, com seu “governador-geral a que por vezes era dado o título de vice-rei (...)”⁵⁵; no entanto, a época em que o Brasil passa a ser impulsionado político-econômico-administrativamente de maneira a viabilizar uma organização estruturadora de metrópole, e não de colônia; foi quando em 1807 Portugal recusou-se “a acatar o bloqueio continental decretado por Napoleão para ferir os interesses britânicos”⁵⁶. Com isso, o Governo e a corte, ameaçados pela invasão de Napoleão a terras portuguesas, embarcaram em Lisboa, 1808, em direção à cidade de Salvador. Logo, estabeleceu-se o Rio de Janeiro como capital do reinado. Desde esse momento o Brasil começa lentamente a desatar suas amarras de Portugal, pois a estrutura econômica e administrativa propiciada pelo Governo, então sediado no Rio de Janeiro, possibilitou que em 1815 o Brasil fosse “erguido à categoria de reino, formando com Portugal um reino unido”⁵⁷.

A autonomia⁵⁸ conquistada pelo Brasil facilitou o movimento de independência; começou a haver atritos entre os dois governos – Lisboa *versus* Rio de Janeiro – que propiciaram o movimento de independência, com a aquiescência de D. Pedro, que, em Setembro de 1822, proclamou a independência do Brasil (Império Constitucional)⁵⁹.

Durante o período do descobrimento até a independência, as leis e instituições portuguesas vigoraram no Brasil. As leis chegaram com os primeiros portugueses a desembarcarem na colônia; em decorrência dos contatos com os nativos, os colonizadores toleraram os usos e costumes dos povos indígenas, ressalvados os casos que se defrontavam com os “interesses da humanidade”⁶⁰; conforme a interação ocorrida entre os colonizadores e os nativos, esses entronizavam a cultura estrangeira. Mas é preciso levar em consideração o período da codificação em Portugal foi no meados do século XV sob a designação de Ordenações⁶¹. Em decorrência do aparecimento das ordenações e com o processo colonizador, o Brasil acolheu efetivamente as *Ordenações Filipinas*, que foram substituídas tardiamente, no ano de 1916, com o advento do Código Civil Brasileiro. Nota-se que juridicamente, em determinados âmbitos, o Brasil manteve leis portuguesas temporalmente além de Portugal, pois nesse país o Código Civil surge em 1867, substituindo as leis filipinas⁶².

A Constituição brasileira foi outorgada pelo Imperador em 25 de Março de 1824 (Constituição do Império do Brasil); influenciada pela teoria de Benjamin Constant – Poder Neutro ou Moderador⁶³. É importante salientar as dimensões destoantes entre a realidade e o texto constitucional imperial: de base liberal, a Constituição dispõe a declaração de direitos e garantias do cidadão, mas manteve a escravidão que só veio a ser abolida em 1888, movimento que acelerou a criação da República. Dominava um regime aristocrático conservador ostentado pelos plantadores de café e produtores de açúcar.

As considerações traçadas indicam o processo de ligação entre Brasil e Portugal e como esses dois países adotaram o *Habeas Corpus*. A liberdade no Brasil começa ao tempo das Ordenações, com a *carta de seguro*⁶⁴, que vigoravam em Portugal e no Brasil; ainda, anterior à Constituição Imperial, com o retorno D. João VI a Portugal o Conde dos Arcos referendou o Decreto 23 de Maio de 1821, condizente à restrição da liberdade, orientadas pelos critérios da judicialidade e do processo legal⁶⁵. No entanto, esse Decreto não regulamenta e nem expõe o instituto do *Habeas Corpus*, apenas insere no ordenamento jurídico princípios que, também, são inerentes ao *mandado*, o do processo legal e da judicialidade⁶⁶.

A Constituição Imperial é tida como o documento inseridor do *Habeas Corpus* no Brasil; ressalva-se a não enunciação explícita – nominalmente – do instituto como outras constituições o fizeram⁶⁷. A “*Magna Charta*” brasileira trazia direitos de liberdade, mas não havia, como nos Estados Unidos da América, mecanismos de garantia e defesa desses direitos, ou seja, há a previsão textual do direito, no entanto, não há de fato como concretizar essa prerrogativa quando violada. Em 1832, surge o Código de Processo Criminal do Império (Lei de 29 de Novembro de 1832) e trouxe consigo o instituto do *Habeas Corpus*. O artigo 340 dispunha: Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor.⁶⁸ O texto do Código de Processo Criminal adotou uma postura restritiva quanto o *Habeas Corpus Act* de 1679; nesta fase o instituto brasileiro não passou de instrumento da seara criminal. A prática brasileira assumia um escopo mais amplo do que o texto preceituava. Isso deve-se ao Aviso do Ministério da Justiça de 30 de Agosto de 1863, que considerava equivalente qualquer constrangimento ilegal, seja de ordem administrativa ou do judiciário, a restrição da liberdade de ficar, vir e ir⁶⁹. Ainda, houve modificações importantes, Decreto 2.033 de 20 de Setembro de 1871, no âmbito regulativo do instituto em questão, pois estruturaram-se duas modificações⁷⁰ relevantes ao sistema, quais sejam: estruturou-se os dois tipos de *habeas corpus*, o preventivo e o liberativo, que são utilizados/normatizados; deu-se a introdução do princípio da igualdade, igualando o estrangeiro com o brasileiro no requerimento do mandado.

Com a queda da monarquia houve uma completa mudança no sistema político-jurídico-econômico. Para corroborar o fim da escravatura, imprimiu um ritmo acelerado no uso de mão-de-obra livre (remunerada). Logo, começa o crescimento da indústria e a degradação da área rural incentivou a proclamação da República, em 15 de Novembro de 1889, estabeleceu o regime federativo (Primeira República).

Em 1891, surge a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – presidencialista, inspirada nos Estados Unidos da América –, promulgada em 24 de Fevereiro, que acolheu as regras do Código do Processo Criminal⁷¹. O *Habeas Corpus* se enquadrou no regime principiológico previsto constitucionalmente, ou seja, as regras regulamentadoras foram constitucionalizadas; no entanto, a Constituição, no seu artigo 72, § 22, traz textualmente uma previsão⁷² ampliada do instituto dantes regulamentado. Com isso, surge a teoria brasileira do *Habeas Corpus*. O *Habeas Corpus* suscitou, na época, diversas divergências sobre a intencionalidade do Legislador Constituinte, em relação à abrangência do texto, já que esse não era estranho ao ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de estar

tipificado no Código de Processo Criminal. A amplitude do texto se coaduna com o cunho liberal adotado pelo Texto Magno e seu extenso rol de direitos individuais.

Essa teoria permitiu fazer do *writ* um instrumento eficaz contra a ilegalidade e abuso de poder. O conteúdo do texto ofereceu interpretações ampliadas; sua redação não focalizou somente o constrangimento físico, ou seja, deslocou o foco do abuso de poder e ilegalidade sobre a liberdade de locomoção para o termo ampliativo de sentido “qualquer”: “sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade e abuso de poder”. O espectro de atuação não se concentra no ir, vir e ficar, mas em qualquer ilegalidade e abuso de poder em que o cidadão possa vir ou esteja a sofrer. Outra questão constitucionalizada, e que ainda é usada, consiste na possibilidade da prevenção – do abuso de poder e ilegalidade – de danos pessoais; a exegese do enunciado permite na iminência, ou seja, não estava concretizada a ilegalidade, concentrando-se numa mera hipótese/especulação, de vir a concretizar-se faticamente, violência futura.

Os tribunais brasileiros seguiram a amplitude do texto e garantiram, através do mandado em voga, direitos políticos, de exercício de profissão, de reunião, religião, etc. Pontes de Miranda (1999:254) convoca o acórdão do Supremo Tribunal Brasileiro de 14 de Janeiro de 1903⁷³.

Embora sendo avalizada pela Suprema Corte, a interpretação *lata* do sentido do texto constitucional, continuaram vozes a defender a aplicabilidade restrita, baseando-se na liberdade física do remédio. Logo, essa doutrina, defensora do sentido *estrito*, ganhou força; reforçou-se, assim, a ideia de assegurar direitos que tivessem na liberdade de ir, vir e ficar o meio de seu exercício. Começa o início da restrição da ampliada concepção jurídica do *Habeas Corpus*.

Alguns anos após a promulgação da Constituição de 1891 começam políticos e doutrinadores do calibre de Rui Barbosa, Silveira Martins, J. F. de Assis Brasil, etc., a propalarem a necessidade de revisão constitucional. Em 1926 deu-se a publicação da reforma que absorveu mudanças propugnadas por Rui Barbosa como a enumeração dos princípios constitucionais⁷⁴; a reforma, também, modificou o *Habeas Corpus*, ou melhor, restringiu a possibilidade de “concessão aos casos de liberdade individual”⁷⁵.

O movimento político-constitucional brasileiro, do começo de sua história até a atualidade, apresenta problemas de estabilidade. As constituições brasileiras nascem e logo são alteradas, não conseguem sobreviver por período temporalmente prolongado e de concretização de seus ditames. Com isso, após a reforma de 1926, eclode, em 3 de Outubro de 1930, uma revolução, que contou com o apoio de chefes de governos como Antônio Carlos

(Minas Gerais), João Pessoa (Paraíba) e Getúlio Vargas (Rio Grande do Sul). O Movimento ganhou força, com o apoio do povo, dos estudantes, dos operários, das Forças Armadas que ajudaram a depor o presidente em 24-10-1930, e compondo-se de uma junta governativa provisória constituída pelos Generais Augusto Tasso Fragoso e João de Deus Mena Barreto, afora o Contra-Almirante José Isaías de Noronha⁷⁶. Essa junta empossa Getúlio Vargas em 3 de Novembro de 1930, candidato derrotado na eleição. Imediatamente surgiu a Lei Orgânica do Governo Provisório (Decreto n. 19.398) com a finalidade de estruturar uma nova República. Constituiu-se uma comissão de elaboração de anteprojeto de constituição, ainda, nova Assembleia Constituinte foi eleita, em, 16 de Julho de 1934 foi promulgada a nova Constituição (Segunda República).

A Constituição de 1934 manteve a tripartição dos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, o regime federativo, mas sua inovação, inspirada na Constituição de Weimar (1919), concentrou-se nas áreas econômica e social. No tangente ao *Habeas Corpus* a Constituição recepcionou-o no artigo 113, 23.

O Brasil continuava sofrendo os efeitos de uma efervescência política. Sobre o comando de Júlio Prestes, o Partido Comunista provoca o início de um movimento revolucionário de pronto detido. A ameaça comunista “força” o Congresso Federal, 1935, a emendar a Constituição. As alterações focaram-se no âmbito da segurança nacional, ou seja, o objetivo perseguido foi o enfraquecimento da democracia na intenção de proporcionar maior controle Estatal; o ambiente⁷⁷ tornou-se favorável à instalação dum governo ditador. A democracia, não tardou, foi substituída por um ditadura de direita, mas que acenou a configuração de nova legislação de cunho social.

Em 10 de Novembro de 1937, deu-se o golpe de Estado. O então Presidente Getúlio Vargas violou de maneira cabal a Carta anterior, pois estatuiu a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Instaurou-se, neste momento, como de costume na América Latina, o Estado autoritário. Desse ato podem-se destacar pontos relevantes como: 1) a atribuição de poderes absolutos ao Presidente; 2) a autonomia dos Estados-membros foi limitada; 3) dissolveu os órgãos legislativos federais e Estaduais; 4) restaurou a pena de morte; etc. Embora houvesse Constituição, o ditador não a observou, no decorrer do seu governo, diversos atos – Decretos-Leis – foram emitidos no intento de consolidar o regime, influenciado pelo cenário internacional da época (fascista). Com a queda do fascismo, começam haver vozes favoráveis à redemocratização do país. Logo Getúlio é deposto. O *Habeas Corpus*, embora o ambiente desfavorável a sua plena aplicabilidade, constava do artigo 122, 16, da Carta de 1937.

Em 1946, retornou-se à democracia com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Essa Constituição seguiu em determinados aspectos as orientações da Constituição de 1934, ou seja, intermediou o socialismo e a linha individualista, buscou, assim, inspiração weimariana. O *Habeas Corpus* se encontra regulado no artigo 141, § 23, nos mesmos moldes das Cartas anteriores. A ideologia política brasileira contrabalançava-se entre uma política de orientação social e a ideologia conservadora. Esta tensão ideológica provoca conflitos políticos intestinais que ocasionaram o golpe, político-militar, de 1964, que depôs o Presidente João Goulart e conduziu o Marechal Castello Branco, eleito pelo Congresso. Como de regra o novo Presidente convocou uma comissão de juristas para a elaboração de um novo texto Constitucional. Surgiu, dessa forma, a Constituição do Brasil de 1967, que previa o *Habeas Corpus* no artigo 150, § 20. Banhada pelo espírito desenvolvimentista, de alçar o Brasil em novos rumos em sua economia. No entanto, a insuperada crise político-militar, reflexo de 1964, jogou o País novamente a viver tempos de arbitrariedades desmesuradas. As sucessões de Atos Institucionais alteram profundamente a Constituição de 1967; e para a uniformização da legislação Constitucional e infra-constitucional, o governo institui a Emenda Constitucional número 1. Essa medida descaracteriza cabalmente a Carta de 1967 sendo considerado uma nova Constituição da República Federativa do Brasil (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969), em que o *Habeas Corpus* teve acolhimento no artigo 153, § 20.

O instituto em voga tornou-se, em momentos autoritários, letra “meio morta”, ou seja, as interpretações de abuso de poder e ilegalidade variou conforme a “dança” política desenvolvida. No entanto, é notável a positivação do *Habeas Corpus* em todas as Constituições brasileiras a partir de 1891. Com essa, como acima exposto, surge a teoria brasileira que logo se coaduna com a orientação inglesa da liberdade de locomoção. Embora na prática histórica não mantivesse sua regular aplicação, variou conforme os tempos e as influências políticas.

***Habeas Corpus* em Portugal**

Inicia-se a exposição da história do *Habeas Corpus* em Portugal. Sua importância no ordenamento em análise se mostra aquém, em relação, dos já expostos. A conjuntura político-jurídica, embora tenha acolhido o *writ*, deixou-o, em seu sistema, cumprindo uma função secundária, voltada para o controle dos atos judiciais e governamentais. Pode supor-se que o

regime político autoritário foi um dos principais responsáveis pela colocação, num plano, afastado de suas virtudes garantidoras, extraordinário.

Para a abordagem do tema fulcral do trabalho, procurar-se-á seguir diretrizes formativas e informativas de institutos portugueses precedente e, logo, engranjar-se-á no *Habeas Corpus*, sua regulamentação jurídica, e o *Habeas Corpus*, seu envolvimento político.

Segurança Real e Carta de Seguro (Forais)

Este tópico não tem o condão de sustentar antecedente formativo do *Habeas Corpus*, mas de expor os precedentes portugueses condizentes à liberdade e sua proteção. Conforme a organização política portuguesa centralizada nos tentáculos do Rei, a absorver toda a vida da comunidade sobre seu manto, intervindo na esfera pública e, inclusive, na esfera privada dos seus súbditos. O absolutismo reinante na época exigia a direta intervenção real no controle dos seus súbditos; a manutenção da ordem interna favorecia-lhe no seu reinado, logo qualquer movimento de desequilíbrio social poria a sua autoridade-poder em risco.

Dantes cabe uma breve referência sobre a origem da *Segurança Real* e da *Carta de Seguro*. Figuras oriundas do *foral*, que se constituía numa concessão do rei⁷⁸, senhorio ou um eclesiástico com o objetivo de regular as relações dos membros do povoado entre si, e com o outorgante⁷⁹, de acordo com os domínios territoriais. São documentos rudimentares que de início serviam ao povoamento de determinada localidade, ou seja, “se estruturam fundamentalmente como contratos agrários colectivos: as cartas de povoação, onde avulta o intuito de povoar o que está ermo ou apenas atrair mão-de-obra a locais já habitados”⁸⁰.

Portanto, o monarca português interferia diretamente nos conflitos públicos e privados, ocupava-se, desta forma, desde as guerras até os conflitos entre vizinhos (entre o povo); isso para afirmar seu poder hierárquico superior, no interesse de manter a paz e a ordem⁸¹ em seu reino o monarca concedia *cartas de privilégio – forais*⁸² – que as principais eram chamadas de *Carta de Seguro* e *Segurança Real*.

A vindita privada era prática tradicional. Isso abalava a estrutura medieval da sociedade, pois conforme ocorriam as vinganças a sede por estas aumentava, ainda, pelo fato desse procedimento não se esgotar na pessoa culpada, ou seja, os familiares poderiam ser vítimas dos atos de vingança; com isso, poderia chegar ao ponto de contínuo movimento de vinganças, uma suscitando a outra, perpetuando-a. Contra esse movimento que colocava em risco a ordem social da época e a estabilidade do poder, implementaram-se medidas no

sentido de regulamentar essa prática e colocá-la sobre as rédeas do governo. Caetano destaca progressos nas esferas do Direito Criminal e do Processo, durante a segunda metade do século XIII e século XIV⁸³. Até então, as normas consuetudinárias juntamente com os privilégios locais são as fontes principais do direito; com D. Afonso III deu-se, apenas para situar no tempo, o começo de uma nova configuração do Direito Português, pois há o início da prevalência de normais gerais escritas com espírito legislativo do Direito Imperial Romano e Canônico, sobre os costumes⁸⁴.

No intento, então, de estabelecer a ordem e a paz encontram-se, ao que toca o assunto em voga, nas Posturas de Afonso II (de 1211)⁸⁵ em que o rei proibiu, na casa⁸⁶ do inimigo, a vingança privada. Ainda mais, a concessão da *carta de segurança real*, pelo rei ou seus juízes, arrefecia a vontade de vingança entre as famílias. Caetano informa que a *carta de segurança* já havia sido utilizada no século XII, reinado de D. Afonso Henriques, concedida em 1170 uma *carta de fidelidade e segurança* que favoreceu os muçulmanos contra a perseguição por parte dos cristãos, na conservação da liberdade⁸⁷. A manutenção do uso da carta de segurança prolongou-se durante anos e recebeu modificações que ampliaram seu escopo. Há registro histórico de que o mercador Albertim Montasselli recebeu de D. Afonso IV a *carta de segurança* que protegia-lhe o direito de deambular livremente com suas mercadorias pelo território português sem ser importunado em seus bens e fisicamente⁸⁸. Desse documento, extrai-se, para a concessão, a presunção de inocência, ou melhor, o requerente deve gozar do estado de inocência, não poderia pender sobre os “ombros” do requerente nenhuma prova de prática danosa.

O poder real era capaz de conceder o estado de segurança, por intermédio de juízes e por vezes – em, certos casos – pelo próprio Rei⁸⁹. Para tanto, o autor de ameaças, seja em relação a integridade física ou a vida, era convocado a comparecer diante de um juiz com o objetivo de estabelecer um acordo de garantia ao requerente (segurado)⁹⁰; caso não houvesse êxito no firmamento do compromisso poderia o autor ser preso até aceitar os termos do acordo.

Originária da mesma fonte, advém a *carta de seguro*, passou do costume a figurar nas Ordenações, inclusive vigorando no Brasil colônia. Da mesma forma essa carta coloca em segurança a integridade física do segurado, mas, no entanto, se distinguia do instituto precedente por ter uma amplitude maior. A distinção radical a ser destacada em relação a *carta de segurança* é a possibilidade de o requerente responder ao processo criminal em liberdade, assemelhando-se à liberdade provisória hodierna. A evolução sofrida pela *carta de seguro* atravessou o período de atenuação da autotutela e tornou-se, também, instituto

processual. A *carta de seguro* auxiliava àquele contra quem pendesse um processo. Logo, surgiram dois tipos de carta: a confessativa e a negativa. A primeira refere-se à confissão do crime, mas sobre justificativas excludoras da culpa, que ao final do processo deveriam restar provadas. A *carta* negativa servia àquele que negasse a autoria do crime, tendo a eficácia até a decisão final⁹¹.

A observação a ser relevada relaciona-se à finalidade desse instituto, ou seja, não objetivava o controle da legalidade dos atos de autoridades e nem elegia a liberdade como fundamento principal da *carta*; consistia, sim, em um favor real, uma atitude que externava a bondade do soberano, sua preocupação com os súbditos.

Do Habeas Corpus

O *Habeas Corpus* em Portugal tem uma história diminuta. Não se pode dizer que são exuberantes as peculiaridades envolventes ao *writ* português. Talvez sua maior riqueza esteja nas conjunturas político-jurídicas contornadoras do instituto em voga. As condições políticas pouco permitiram a adoção desse instituto, ou, melhor expondo, não facilitaram a implementação do máximo potencial do *Habeas Corpus*, como ocorreu em outros países. Mesmo na legislação hodierna esse mandado continua com feições restritas do que aquelas que poderiam ter sido implementadas. Mais uma vez, agora em Portugal, a liberdade se defronta com a ordem-autoridade e o garantidor da liberdade se vê, de certa forma, reprimido. Ressalva-se que há, no direito português, outros mecanismos de controle dos atos das autoridades públicas de ilegalidades. O que se pretende ressaltar é a possibilidade de usufruir a potencialidade do *Habeas Corpus* aproveitando-se da experiência de outros países; nos demais, não cabe a discussão neste trabalho que tem o escopo de expor a história do *Habeas Corpus* em Portugal.

Chega-se, nesse tópico, com uma vasta – mas não totalizante – compreensão do percorrer histórico do *Habeas Corpus*, ainda, de institutos dele aproximados, seja pela semelhança de objetivos ou seja pela história do Estado analisado. Isso auxilia o conhecimento da dimensão do instituto e sua história em Portugal, mas, também, traz aos holofotes a parca utilização do direito-garantia da liberdade de deambular. Há no entanto de frisar a grandiosa estrutura constitucional⁹² criada para os direitos fundantes da dignidade humana. Isso não é somente atributo da Constituição de 1976 e sim de outrora.

Com enfraquecimento da monarquia, ou seja, esse ambiente político começa a sofrer ataques contra sua própria estrutura, a família Real, à determinada altura da Revolução, se viu forçada a se desligar de Portugal. Como de costume as revoluções ocorrem em momentos de instabilidade jurídico-política-econômica; no Reino português a baixa estima e a depressão pela qual o país passava refletiu na ânsia de instaurar um novo regime, o Republicano. Aproveitou-se das ideias do movimento francês, tardiamente. Dessa forma, através do azo criado pela crise instalada no reinado, o movimento republicano aproveitou-se e concretizou seus planos revolucionários⁹³. Surgiu a República (5 de outubro de 1910). Sobre o sentimento de esperança de novos tempos e promessas espelhadas no que ocorreu em França, acatou-se, de modo geral, a nova realidade política⁹⁴. Instalou-se, com isso, o governo provisório que de logo se deparou com a euforia popular, que, com as armas em mãos, devido à luta revolucionária, começou a criar um ambiente de violência; assim, o governo teve que apelar para o civismo do povo⁹⁵, que respondeu prontamente.

O governo começou a implementar medidas de estruturação da nova realidade e de ruptura com a anterior, para tanto, atingiu diversas crenças, tradições e costumes que estavam enraizados na atmosfera portuguesa⁹⁶. Também, enfrenta alguns contratemplos relacionados a reivindicações trabalhistas que tensionavam o ambiente, mas não passavam de um período de adaptação à nova realidade, ou seja, as reivindicações referiam-se à defesa de seus direitos; novos tempos, novos rumos.

No tangente à preparação da Constituição, formou-se, através da eleição de Deputados, ocorrida dia 20 de Maio de 1911, a Assembleia Constituinte. Em 20 de Junho os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte iniciam-se com as seguintes finalidades: “elaborar o texto da Constituição da República e proceder à eleição do chefe de Estado”⁹⁷.

A Carta Constitucional de 1911 recepciona⁹⁸ o *Habeas Corpus* inspirada na Constituição Brasileira de 1891: “A nossa constituição, no art. 3.º, n.º 31, falla do habeas corpus, e diz que se dará o habeas corpus, sempre que o individuo soffrer, ou se encontrar em imminente perigo de soffrer violência ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder”⁹⁹. Interessante se faz frisar a visão de Anthero (1919) em defender a desnecessidade do *Habeas Corpus* no ordenamento constitucional português. Baseou-se, ele, nos seguintes argumentos: 1) legislação vigente suficiente para defender a ilegalidade e o abuso de poder; 2) criação de mais um instituto a avolumar o número de processo nos tribunais; 3) facilitação da atuação do criminoso e carência de prevenção de crimes; 4) falta de condições, homologas à Inglaterra, de Portugal em relação aos costumes e a prática de crimes; 5) como última justificativa o autor escreve o seguinte:

Deve mesmo ponderar-se que, na Inglaterra, quando foi estabelecido o habeas corpus, os abusos vinham, muitas vezes, até da corte e dos membros do conselho da corôa e grandes magnates o que principalmente originou esse recurso. Actualmente, porém, não é preciso recurso especial contra os grandes da nação, porque, felizmente, estamos, e desde ha muito tempo, em epoca de egualdade perante a lei¹⁰⁰.

Nota-se, do exposto, embora sendo a opinião de apenas um jurista, que o instituto do *Habeas Corpus* não seria de imediato regulamentado por legislação infra-constitucional, pois o mesmo autor destaca, no início de sua exposição, a seguinte informação: “Entre nós não está ainda regulamentado o habeas corpus; mas, na sessão parlamentar de 30 de junho de 1911, o deputado Adriano Mendes de Vasconcellos apresentou um projecto de regulamentação, em que tractava de resolver as principaes questões a que o habeas corpus dava logar”¹⁰¹. Logo, nota-se a falta de interesse em disciplinar, pois o decreto-lei que disciplina o remédio vem a surgir em 1945, sobre a vigência da Constituição de 1933. De fato, a posição dominante era contrária à regulamentação do instituto.

Isso torna-se mais evidente pelas considerações traçadas por Alvaro de Castro que, ao dissertar sobre *Tentativas de Reforma* (1923) – no Instituto Criminal – destaca sua tentativa de materializar, em lei, o *Habeas Corpus* que acabou não logrando êxito¹⁰².

Surge uma nova Constituição (1933) que, também, acolheu em seu texto o *Habeas Corpus*¹⁰³, e, da mesma forma, deixou a incumbência de regulá-lo à legislação infra-constitucional. O momento político pelo qual Portugal passava não era dos mais confortáveis pois havia instabilidade política mas, mesmo assim, a Constituição surgiu através de votação direta como Serrão:

O texto constitucional foi distribuído pelas Câmaras Municipais e pelas regedorias das freguesias, cabendo aos administradores dos conselhos e aos regedores proceder à sua afixação, até o dia 12 de Março, em lugar público. Eram considerados eleitores os chefes de família inscritos no recenseamento de 1932 incluindo as mulheres naquela situação. Contavam-se a favor os votos dos eleitores que não comparecessem ao acto sem haverem feita nos três dias anteriores prova de impossibilidade física ou doença impeditiva¹⁰⁴. O artigo 2.º estabelecia uma só pergunta aos eleitores: «Aprova a Constituição Política da República Portuguesa?» Quem negasse a aprovação, devia escrever a resposta: Não¹⁰⁵. A tanto se resumia o dilema posto à consciência dos cidadãos.

O plebiscito decorreu sem qualquer agitação, antes «com a tranquilidade própria dum acto de grande civismo»¹⁰⁶. O Presidente da República estivera doente, mas pôde ainda votar na secção de Caiscais. O mesmo semanário titulava a notícia da eleição da seguinte forma: «Oliveira Salazar, o ditador português, vota a, Nova Constituição.»¹⁰⁷ Quanto o Diário de Notícias, de 20 de Março, previa que 95 por cento do eleitorado havia comparecido nas urnas. A assembleia geral de apuramento, efectuada no dia 11 de Abril, registou os seguintes números: eleitores inscritos no continente, ilhas adjacentes e colónias, 1335268; votos que aprovaram o

projecto, 1292864; votos que o reprovaram, 6190; votos nulos, 666; eleitores que não intervieram no plebiscito, 30538.¹⁰⁸

O Estado Novo podia considerar-se institucionalizado. Como referia o Dr. Teotónio Pereira: «Foi vencida uma dura curva do caminho. E mais uma vez o País viu coisas grandes e graves passarem-se numa atmosfera de maravilhosa facilidade, com tanta espontaneidade e com tão perfeita simplicidade que mesmo os mais confiantes não puderam furtar-se a uma certa surpresa tocada de emoção.»¹⁰⁹ Após o plebiscito, bailava no espírito de muita gente uma pergunta: «O Parlamento vai reabrir?»¹¹⁰ Apenas em Dezembro do ano seguinte teriam lugar as eleições para a futura Assembleia Nacional, pelo que se advinha a impaciência que muitos sectores da população sentiam por tamanho atraso no regresso à normalidade constitucional. Mas, o que cumpria agora era retirar as implicações políticas do recente plebiscito¹¹¹.

O clima de Estado-Constitucional era latente entre os portugueses; o governo sem grandes alterações em seus nomes começa logo a organizar o aparelho de estado para uma nova realidade, assim se esperava. Como acima exposto, havia a expectativa de reabertura da Assembleia Nacional. No entanto, os primeiros atos legislativos do governo executivo constitucionalizado foram:

Os Decretos-Leis n.º 22468 e n.º 22469, de 11 de Abril de 1933, emanados do ministro do Interior, Dr. Albino dos Reis, sobre o regime de reunião pública e da censura à informação. Os promotores de qualquer tipo de reunião deviam informar os governadores civis ou os administradores dos conselhos, com uma antecipação de 48 horas, do dia, local, hora e fins da reunião¹¹².

No mesmo sentido, a liberdade e a igualdade de expressão do pensamento, em qualquer publicação gráfica, ainda ficou submetida a restrições nos termos da Lei n.º 22469 de 11 de Abril de 1933. Mas, ato ainda mais veemente contra a liberdade de imprensa deu-se em 30 de Junho de 1934, através do Decreto-Lei n.º 24124 que mandava extinguir a Imprensa da Universidade de Coimbra¹¹³. Denota-se que a liberdade – de uma forma geral – não era valorizada, pelo contrário era controlada.

A situação de controle-autoritário *versus* liberdade só aumentou com o decorrer dos anos. O regime salazarista apertou as rédeas¹¹⁴. Com a Segunda Guerra Mundial e o lento, gradual e progressivo domínio dos aliados frente ao exército alemão, forçou Salazar a reconhecer sua condição de fragilidade; ainda, as crises decorrentes de influências internas e externas por volta de 1943 e 1944 forçam-no a tomar medidas de cautela frente aos aliados que estavam perto de vencer a Segunda Grande Guerra¹¹⁵.

Foi sobre esse ambiente político de término de guerra que surge o Decreto-lei n.º 35.043 de 20 de Outubro de 1945, que regulamentou o *Habeas Corpus*, funcionalizando o texto constitucional de 1933. Longo período se passou sem que o *Habeas Corpus* fosse posto em prática. É relevante notar a preocupação em contrabalançar a ordem e a liberdade; o

Decreto-lei em seu texto de introdução e, até mesmo, na estruturação do remédio, é cauteloso nesse aspecto. Justifica-se pelo momento vivido pelo governo, país e mundo. Sendo assim, cabe destacar trecho que resume a função do *Habeas Corpus* para a mundividência portuguesa determinada pelo Decreto-lei¹¹⁶.

Depreende-se do texto introdutório do Decreto-lei a relação entre a ordem e a liberdade, num sentido de equilibrar a relação entre essas duas figuras culturais. A coexistência dessas duas formas é enfatizada pela intencionalidade do legislador de ressaltar a ordem – entenda-se, também, controle – perante a liberdade (de ir, vir e ficar) que, nesse momento, conhecia um remédio denominado de *Habeas Corpus* sendo considerado uma providência extraordinária pelo artigo 7.º do Decreto-Lei 35.043/45. Além de ser considerada uma providência extraordinária, ou seja, para pleitear o efeito do remédio era necessário que a retenção em causa se enquadrasse nas alíneas do artigo 7.º, § único, do referido Decreto-Lei¹¹⁷. Ainda, como referencial do estudo, o Decreto-Lei, citado, regulamenta o internamento em estabelecimento de detenção, ou seja, esse Decreto-Lei em seus primeiros artigos – artigos 1.º ao 6.º – trata da detenção de pessoas e não somente do *Habeas Corpus*.

Esse Decreto-Lei, embora confeccionado em 1945, resistiu ao tempo e foi recepcionado pela Constituição de 1976, haja vista a letra da lei processual penal que, em muitos aspectos, manteve, ainda, algumas disposições do Decreto-Lei. Basta, para tal constatação, a comparação textual entre o processamento do remédio do Decreto-Lei e do Código de Processo Penal atual. É de se considerar a decorrente instabilidade política pela qual Portugal passava, portanto, no período revolucionário e pré-constitucional foram publicados dois decretos-leis nos quais o artigo 325.º do antigo Código de Processo Penal¹¹⁸ assimilou e trouxe algumas modificações substanciais condizentes, principalmente devido à época, aos indivíduos sujeitos ao foro militar¹¹⁹.

Como intitula Faria Costa em seu artigo *Habeas Corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade*, a liberdade sempre esteve em confronto com o poder, principalmente arbitrário, e essa disputa favoreceu o desenvolvimento do *Habeas Corpus*. Como foi visto na Inglaterra, Brasil e Estados Unidos, Portugal não foge à “regra”.

Conclusão

Como considerações finais pode-se destacar algumas peculiaridades vertentes do texto. A liberdade de locomoção, antes mesmo do surgimento do *Habeas Corpus*, é um valor protegido; melhor dizendo, o valor objeto de proteção é de longa data resguardado. Isso conduz à importância atribuída e a luta travada para a consolidação da liberdade. Assim, deu-se o desenvolvimento do instituto ora em voga. Do seu surgimento na Inglaterra até a implantação em Portugal, foram transpassadas etapas de defrontação entre a liberdade e o poder-arbitrário.

A *Magna Charta*, embora símbolo do constitucionalismo, não assegurou de fato a devida realização de seu texto. Os *cases law*, juntamente com os *Act's*, forjaram, pelo impulso das arbitrariedades real, o que hoje se conhece do *Habeas Corpus*. Sua migração ocorreu juntamente com a colonização dos Estados Unidos da América. Os colonos, na América do norte, não admitiram maiores interferências arbitrárias em suas vidas e, como defesa, valeram-se do *Habeas Corpus*, que ganhou dimensões mais dilatadas na sua utilização.

Devido a influência da política-econômica norte-americana, os preceitos jurídicos-políticos foram adotados pelo Brasil e o *Habeas Corpus*, como peça importante no cenário jurídico-político, foi recepcionado pelo Código de Processo Criminal e logo constitucionalizado de modo amplo e inovador; a inovação, no entanto, durou poucos anos, pois adveio a reforma constitucional que acabou por restringir sua incidência ao âmbito da ilegalidade e arbitrariedade contra a liberdade de deambular – permanece essa configuração até a atualidade.

Influenciada pelo Constitucionalismo brasileiro, pelo menos em determinados aspectos, a Constituição Portuguesa de 1911 textualizou, copiando a Constituição Brasileira de 1891. O *Habeas Corpus*; porém, pela inaplicabilidade imediata do texto Magno e pela falta de regulamentação infra-constitucional, não seu efetivou de imediato, pois que essa só adveio em 1945 através do Decreto-lei n.º 35.043. O Código de Processo Penal atual manteve alguns aspectos do Decreto-Lei; no entanto, a conjuntura sócio-política, democratizada, é completamente diferente do passado próximo de 1945. No entanto, o *Habeas Corpus* continua sendo considerado medida extraordinária, ou seja, esgotadas as vias jurídicas para cessar a detenção ou a prisão, recorre-se ao remédio.

A exposição da história do *Habeas Corpus*, principalmente sua história no Brasil e em Portugal, teve seu escopo voltado a destacar a importância do fato histórico que nada mais faz do que iluminar o caminho rumo ao um futuro “melhor”. É possível notar a ligação entre o Direito Romano até o contemporâneo e a influência que épocas anteriores exerceram nas posteriores, seja no sentido de acolhimento do *writ*, no seu parcial acolhimento ou no seu não

acolhimento, seja por fatores políticos, jurídicos sociais, etc. Ainda serve como objetivo guia a importante função exercida e ainda atuante do *Habeas Corpus* em relação a um direito fundamental do Homem que se constitui em ser de dignidade, objetivo último do Direito. Por isso a denominação de direito-garantia fundamental.

Referências

ANTHERO, A. O Habeas Corpus. *Revista dos Tribunais*, Porto, Anno 37, n 881, p. 257-258, 1919.

_____. O Habeas Corpus. *Revista dos Tribunais*, Porto, Anno 37, n 883, p. 289-290, 1919.

BELAUNDE, D. G. Naturaleza Jurídica del Hábeas Corpus. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, v. 37, n. 2, may-agosto, p. 263-276, 1973.

CAETANO, M. As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, Ano XVII, 1964.

_____. *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*. v. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1959.

_____. *Em Defesa da Liberdade*. Tomar: Secretaria de Estado da Informação e Turismo, 1973.

_____. *História do Direito Português [1140-1495]*. Lisboa: Verbo, s.d.

_____. *Lições de História do Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1962.

_____. *Tratado Elementar de Direito Administrativo*. v. 1. Coimbra, 1943.

CAMPANHOLE, A. e CAMPANHOLE, H. L. *Constituições do Brasil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s.d.

CARVALHO, J. L. F. *Memórias da Vida de José Liberato Freire de Carvalho*. 2. ed. Lisboa: Assírio e Alvim, 1982.

CASTRO, Á. Tentativas de Reforma. *Boletim do Instituto de Criminologia*. Lisboa, Tomo I, Ano II, v. III, II Semestre, Gráfica da Cadeia Nacional, p. 109-123, 1923.

CESARIS, A. M. Habeas Corpus. *Enciclopedia Giuridica*. v. XV. Roma: Istituto Della Enciclopedia Italiana, 1989.

COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, J. F. Habeas Corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, [separata] p. 538-552, 1999.

COSTA, M. J. A. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

DIAS, J. F.(Dir). *Código Penal – Código de Processo Penal – Legislação Complementar*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1979.

FERREIRA, L. P. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, M. C. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Lisboa: Editora Danúbio, 1986.

FONSECA, G. F. D. P. A Defesa dos Direitos (Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais). *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 344. Março, p. 11-117, 1985.

FOUCAULT, M. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GONÇALVES, M. M. *Código de Processo Penal Anotado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

GUIMARÃES, I. N. B. S. *Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas – Um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1999.

GOTTSCHALL, C. A. M. *Do Mito ao Pensamento Científico: A Busca da Realidade, de Tales a Einstein*. São Paulo: Atheneu, 2003.

HANISCH, H. La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso, v. IX, p. 13-40, 1984.

JOWITT, E. *The Dictionary of English Law*. v. 1. London: Sweet & Maxwell, 1959.

LEAL-HENRIQUES, M. *Medidas de Segurança e “Habeas Corpus”*. Lisboa: Áreas Editora, 2002.

MATTOSO, J. (Direcção). *História de Portugal – O Estado Novo (1926-1974)*. v. 7. Lisboa: Editorial Estampa, s. d.

MIRANDA, J. *As Constituições Portuguesas: de 1822 ao texto da actual Constituição*. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1992.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980.

- MUSSO, R. G. Habeas Corpus. *Digesto Delle Disciplina Penalistiche*. v. VI. Utet, 1992.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *História e Prática do Habeas Corpus*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.
- RUFFIA, P. B. Habeas Corpus. *Enciclopedia Del Diritto*. Milano, v. XIX, Giuffrè, 1970.
- SERRÃO, J. V. *História de Portugal [1910-1926]*. v. XI. 2. ed. Lisboa: Verbo, s. d.
- _____. *História de Portugal [1926-1935]*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d.
- SERRÃO, J.(Direcção). *Dicionário de História de Portugal*. v. III. Porto: Livraria Figueirinhas, s. d.
- _____. *Dicionário de História de Portugal*. v. V. Porto: Livraria Figueirinhas, s. d.
- SILVA, D. P. *Vocabulário Jurídico*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, G. M. *Curso de Processo Penal*. v. II. Lisboa: Editorial Verbo, 1993.
- SHARPE, R. J. *The Law of Habeas Corpus*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

¹ Doutorando em Direito pela Unisinos (Bolsista Capes).

² BELAUNDE, D. G. Naturaleza Jurídica del Hábeas Corpus. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, n. 2, v. 37, may-agosto, 1973 pp. 263-264.

³

⁴ FONSECA, G. F. D. P. A Defesa dos Direitos (Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais). Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n. 344, Março, 1985. p. 16.

⁵ HANISCH, H. La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Valparaíso, IX, 1984. p. 13.

⁶ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 26.

⁷ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 19.

⁸ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 20.

⁹ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 25.

¹⁰ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 20.

¹¹ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 21.

¹² HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 31.

¹³ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 33.

¹⁴ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 36.

¹⁵ HANISCH, La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano. p. 38.

¹⁶ GUIMARÃES, I. N. B. S. Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas – Um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do Direito Constitucional. Curitiba: Juruá, 1999. p. 156.

¹⁷ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 157.

¹⁸ SHARPE, R. J. The Law of Habeas Corpus. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 3.

¹⁹ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 157.

²⁰ SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*. p. 3-4.

²¹ Vide: CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, s.d. pp. 49-50.

²² CAETANO, Curso de Ciência Política e Direito Constitucional. v. 1. p. 37.

²³ Vide: CAETANO, Curso de Ciência Política e Direito Constitucional. v. 1. p. 37.

²⁴ O reinado de João teve influência negativa até nas artes. PONTES DE MIRANDA, F.C. História e Prática do Habeas Corpus. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999. pp. 43-44.

²⁵ Exposição calcada em COMPARATO.

²⁶ COMPARATO, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. p. 67 (Grifo do autor).

²⁷ COMPARATO, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. p. 70.

²⁸ FOUCAULT, M. A Verdade e as Formas Jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 98.

²⁹ “Perseguido na França, Voltaire foi para a Inglaterra. Sua estadia lá colocou-o em contato com a obra não só de Locke mas também com a de Bacon, Shakespeare, Newton e de outros grandes pensadores e cientistas ingleses. A democracia inglesa e o respeito pelas liberdades pessoais mostravam enorme contraste com o que acontecia na França. Lá, nenhum *lorde* poderia colocá-lo na prisão por meio de uma *lettre de cachet*, e ainda

haveria o *habeas corpus* para livrá-lo de uma acusação injusta.” GOTTSCHELL, C. A. M. Do Mito ao Pensamento Científico: A Busca da Realidade, de Tales a Einstein. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 201.(grifo do autor)

³⁰ MIRANDA, J. Textos Históricos do Direito Constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980. p. 15.

³¹ Como curiosidade histórica tem-se: “Assim como acabo de referir este pouco airoso procedimento do governo inglês, e como por causa dele falei em Napoleão, ligarei aqui outro facto notável, que presenciei, e que mostra, entre os vícios que possam ter as leis inglesas, qual é a extensa e ampla liberdade civil de que goza o povo inglês. É sabido como Napoleão, escapando-se de França, depois dos *cem dias*, fora agarrado pelos ingleses. A nau, que o aprisionou, foi postar-se na costa de Inglaterra, defronte de Portsmouth; e assim que ali chegou, foi tal a curiosidade dos ingleses para verem o grande colosso abatido, que era imenso o número de pessoas de todas as classes, e de todos os sexos que povoavam a praia, e muitas das quais se metiam em botes para chegarem à nau, e o verem de perto. Ora é de saber, que o grande inimigo, que, enquanto poderoso, metera tanto medo aos ingleses, começou, depois da sua queda, a achar simpatia entre eles; e houve mesmo muitos indivíduos, que muito se interessaram pela sua sorte infeliz. Entre eles houve um que concebeu a atrevida ideia de o fazer desembarcar, e talvez impedir, que fosse para Santa Helena. Foi o seguinte o projecto, que imaginou para conseguir o seu fim. Em virtude do notável acto denominado – *Habeas Corpus*, fez um requerimento ao magistrado competente em que dizia precisava da presença de Napoleão Bonaparte para lhe servir de testemunha em um processo que andava. O magistrado, que lhe não podia negar, segundo a lei, o que o homem lhe pedia, deferiu-lhe como requeria. No mesmo instante porém deu aviso ao governo do que se passava. Este pelo telégrafo avisou logo o comandante da nau para se pôr ao largo, e em distância do que se entendia não ser domínio de Inglaterra. Assim se frustrou esta ideia a favor de Napoleão, que, se não pudesse ser impedida, poderia ter feito variar muito os destinos do ilustre proscrito.” CARVALHO, J. L. F. Memórias da Vida de José Liberato Freire de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Assírio e Alvim, 1982. p. 88.

³² CESARIS, A. M. Habeas Corpus. Enciclopedia Giuridica. Roma, v. XV, Instituto Della Enciclopedia Italiana, 1989. p. 1. Da mesma forma: RUFFIA, P. B. Habeas Corpus. Enciclopedia Del Diritto. Milano, v. XIX, Giuffrè, 1970. p. 941; MUSSO, R. G. Habeas Corpus. Digesto Delle Disciplina Penalistiche, v. VI, Utet, 1992. p. 58.

³³ CESARIS, Habeas Corpus. p. 1.

³⁴ CESARIS, Habeas Corpus. p. 1. RUFFIA, Habeas Corpus. p. 941. MUSSO, Habeas Corpus. p. 58. JOWITT, E. The Dictionary Of English Law. London, v. 1, Sweet & Maxwell, 1959. p. 886.

³⁵ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 159.

³⁶ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 159.

³⁷ RUFFIA, Habeas Corpus. p. 942.

³⁸ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 161.

³⁹ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 161.

⁴⁰ SHARPE, The Law of Habeas Corpus. p. 13.

⁴¹ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 162.

⁴² RUFFIA, Habeas Corpus. p. 942. Também: MUSSO, Habeas Corpus. p. 59; CESARIS, Habeas Corpus. p. 2; SHARPE, The Law of Habeas Corpus. p. 15; GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 162.

⁴³ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 162.

⁴⁴ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 163.

⁴⁵ CESARIS, Habeas Corpus. p. 2.

⁴⁶ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 163.

⁴⁷ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 165.

⁴⁸ MIRANDA, Textos Históricos do Direito Constitucional. pp. 22-23.

⁴⁹ RUFFIA, Habeas Corpus. p. 942.

⁵⁰ CESARIS, Habeas Corpus. p. 2.

⁵¹ RUFFIA, Habeas Corpus. p. 943.

⁵² RUFFIA, Habeas Corpus. p. 943. Também: CESARIS, Habeas Corpus. p. 2.

⁵³ RUFFIA, Habeas Corpus. p. 943.

⁵⁴ CAETANO, M. Tratado Elementar de Direito Administrativo. v. 1. Coimbra, 1943. p. 25.

⁵⁵ CAETANO, M. As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, a. XVII, 1964. p. 96.

⁵⁶ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 97.

⁵⁷ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 97 (Grifo do autor).

⁵⁸ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 97.

⁵⁹ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 97.

⁶⁰ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 99.

⁶¹ CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 99.

⁶² CAETANO, As Garantias Jurisdicionais dos Administrados... p. 100.

⁶³ FERREIRA, L. P. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 49.

⁶⁴ Será exposta no tópico referente ao *Habeas Corpus* em Portugal.

⁶⁵ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 184.

⁶⁶ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. pp. 184-185.

⁶⁷ “Art. 179, VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.” CAMPANHOLE, A. e CAMPANHOLE, H. L. Constituições do Brasil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 674.

⁶⁸ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 185.

⁶⁹ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 186.

⁷⁰ “O § 1º do artigo 18 dispunha: «Tem lugar o pedido de habeas corpus quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado». (...) O § 8, do artigo 18 do referido decreto, ao dispor que «Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar».” GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 186.

⁷¹ “Art. 83 – Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nella consagrados.” CAMPANHOLE, e CAMPANHOLE, Constituições do Brasil. pp. 614-615.

⁷² Art. 72, § 22 – “Dar-se-há o habeas corpus sempre que o indivíduo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violência, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”. CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, Constituições do Brasil. p. 611.

⁷³ Dos amplos termos do art. 72, § 22, da Constituição federal, que manda dar o habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer violências, ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder, se depreende que esse remédio jurídico pode ser aplicado à proteção da liberdade individual tomada na acepção mais lata do que o simples direito de não ser preso e conservado em prisão (...)

Não procedem contra esta ilação necessária e imediatamente deduzida do conceito constitucional do habeas-corpus, os argumentos fundados na construção jurídica dada a esse instituto na doutrina inglesa e americana. Imediatamente criado como remédio específico contra a detenção ilegal, no direito anglo-saxônico, o habeas corpus foi mantido com esse caráter, em várias leis processuais que o regulam, e nenhuma das quais define em absoluto, porque, ao lado dele, a *common law* e estatutos estabeleceram diferentes *writs* para a defesa dos outros direitos da liberdade pessoal e semelhantes, aplicando geralmente, quando outro não houver criado, e a violação partir de autoridade ou funcionário público, o *writ of mandamus*. A doutrina dos povos de onde importamos o nosso instituto funda-se, pois, na especialização processual dos remédios, distingue e designa os meios de ação segundo as variações do direito – não isenta nenhuma dessas de um remédio reparador. Entre nós, onde não estão criados esses remédios, razão não prevalece, e como a Constituição estende amplamente o habeas-corpus a todos os casos de coacção ilegal ou violência contra o indivíduo, é forçoso admiti-lo como instrumento próprio para suspender ou prevenir tais infrações pela aplicação do brocardo – *ubi ius ibi remedium* – máxima que resulta tanto do nosso regime político como das instituições daqueles povos.

⁷⁴ FERREIRA, Curso de Direito Constitucional. p. 52.

⁷⁵ FERREIRA, Curso de Direito Constitucional. pp. 52-53.

⁷⁶ FERREIRA, Curso de Direito Constitucional. p. 54.

⁷⁷ Três emendas alteraram a Constituição: “A primeira equiparava o estado de comoção intestina grave ao estado de guerra. A segunda permitia a perda da patente e posto, sem prejuízo de outras penas, ao oficial das Forças Armadas que participasse de movimento subversivo ou praticasse ato subversivo das instituições políticos-sociais. A terceira permitia a demissão do funcionário civil, sem prejuízo de outras penas, em idênticas condições à dos oficiais. (...) Leis fortes asseguram a aceleração da ditadura: a Lei n. 38 de Abril de 1935, capitulando os crimes contra a ordem pública e social, e a Lei n. 244, de 11-9-1936 criando o Tribunal de Segurança Nacional.” FERREIRA, Curso de Direito Constitucional. p. 55.

⁷⁸ “A estruturação hierárquica da sociedade português – tal como à ásture-leonesa, que lhe serviu de paradigma – presidiram dois conceitos fundamentais e interdependentes: o de *liberdade* e o *privilégio*. Significava o primeiro a capacidade de escolher domicílio e de dispor da própria pessoa; correspondia o segundo à fruição de direitos não concedidos aos res antes indivíduos. E daqui resultava, naturalmente, a oposição entre os fruidores de liberdade e os que a não disfrutavam, bem como, entre aqueles, a nítida separação dos indivíduos cumulados de regalias dos que tinham sobre si o pesado fardo dos encargos. À nobreza e ao clero – classes privilegiadas – opunha-se, assim, a massa populacional genéricamente designada vilã, que constituía o elemento tributário e manualmente trabalhador.” SERRÃO, J.(Direcção). Dicionário de História de Portugal. v. V. Porto: Livraria Figueirinhas, s. d. p. 186.

⁷⁹ COSTA, M. J. A. História do Direito Português. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 188. Ver também: SERRÃO, J.(Direcção). Dicionário de História de Portugal. v. III. Porto: Livraria Figueirinhas, s. d. pp. 55-56.

⁸⁰ COSTA, História do Direito Português. p. 188.

⁸¹ “Se o ameaçado se temer de pessoa poderosa a quem não se atreva a pedir segurança, poderia dirigir-se à corte, onde se expediria, sendo caso disso, a carta dirigida ao corregedor da comarca ou ao juiz da terra. Porém, se estivesse em causa «o senhor da terra onde viver que tenha sobre ele jurisdição», o peticionário teria de alegar «grande e justa razão, mostrando primeiramente, por escritura pública, tais agravos haver dele recebido por que lhe não possa com justa razão ser denegada a dita segurança».” CAETANO, M. História do Direito Português [1140-1495]. Lisboa: Verbo, s.d. pp. 578-579.

⁸² “As preocupações de conquista e de povoamento das terras, que, em última análise, se reconduziram às de defesa contra as investidas sarracenas e as ameaças de absorção leonesa, determinam a necessidade de conceder cartas de povoação e forais. Estes constituem, sem dúvida, até Afonso III (1248/1279), uma das mais importantes fontes de direito português.” COSTA, História do Direito Português. pp. 193-194.

⁸³ CAETANO, História do Direito Português [1140-1495]. p. 359.

⁸⁴ CAETANO, História do Direito Português [1140-1495]. p. 359.

⁸⁵ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 150.

⁸⁶ “Portanto, a partir de 1211 a protecção da casa passou a ser Direito de todo o reino, o que parece dever transformar a sua quebra em delito contra o rei. Todavia nos forais concedidos por D. Afonso II e nos reinados seguintes continuam a ser insertas disposições especiais referentes à paz da casa.” CAETANO, História do Direito Português [1140-1495]. p. 256.

⁸⁷ CAETANO, M. Lições de História do Direito Português. Coimbra: Coimbra Editora, 1962. pp. 196 e ss.

⁸⁸ GUIMARÃES, Habeas Corpus: Crítica e Perspectivas. p. 151-152.

⁸⁹ CAETANO, História do Direito Português [1140-1495]. p. 579.

⁹⁰ COSTA, História do Direito Português. p. 189.

⁹¹ CAETANO, História do Direito Português [1140-1495]. p. 579. (grifo do autor)

⁹² MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional. Tomo I 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 244.

⁹³ SERRÃO, J. V. História de Portugal [1910-1926]. v. XI. 2. ed. Lisboa: Verbo, s. d. p. 27.

⁹⁴ SERRÃO, História de Portugal [1910-1926]. p. 14.

⁹⁵ SERRÃO, História de Portugal [1910-1926]. p. 52.

⁹⁶ SERRÃO, História de Portugal [1910-1926]. pp. 56-57.

⁹⁷ SERRÃO, História de Portugal [1910-1926]. p. 93.

⁹⁸ “E as marcas da constituição brasileira – não só a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis mas também o *habeas corpus*, a equiparação de direitos de portugueses e estrangeiros, a cláusula aberta dos direitos fundamentais, a distinção entre leis e resoluções nos actos do Congresso, o regime do estado de sítio – embora significativas, não se projectariam no espírito geral da Constituição.” MIRANDA, Manual de Direito Constitucional. Tomo I. p. 286.

⁹⁹ ANTHERO, A. O Habeas Corpus. ANNO 37.º N.º 881. Porto: Revista dos Tribunais, 1919. p. 257. “Artigo 3.º, 31.º – Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se encontrar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.

A garantia do *habeas corpus* só se suspende nos casos de estado de sítio por sedição, conspiração, rebelião ou invasão estrangeira.

Uma lei especial regulará a extensão desta garantia e o seu processo;” MIRANDA, J. As Constituições Portuguesas: de 1822 ao texto da actual Constituição. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1992. p. 213.

¹⁰⁰ ANTHERO, A. O Habeas Corpus. ANNO 37.º N.º 883. Porto: Revista dos Tribunais, 1919. p. 290.

¹⁰¹ ANTHERO, O Habeas Corpus. ANNO 37.º N.º 883. p. 289.

¹⁰² “E é lamentável que até agora nenhuma providência tenha sido adoptada pelo Parlamento em matéria de tanta monta. É certo que outras leis mais importantes, tais como o *habeas corpus*, ainda não foram discutidas, apesar da letra expressa e terminante da Constituição. Ainda na sessão legislativa de 1923 consegui fazer uma proposta minha para que, em quarenta e oito horas, entrasse em discussão um projecto apresentado em 1913 e de que fora renovada a iniciativa. A comissão, de que faziam parte hábeis jurisconsultos, nunca apresentou parecer. Particularmente fui informado de que os próprios membros da comissão se aterraram com a aprovação d’uma lei regulando o *habeas corpus* que, segundo julgaram, deixaria as autoridades desarmadas em face do crime. É certo que as autoridades ficavam desarmadas, mas somente d’aquelas disposições que hoje lhes consentem tripudiar e até escarnecer das liberdades individuais.” CASTRO, Á. Tentativas de Reforma. Boletim do Instituto de Criminologia. Lisboa, A II, v. III, II Semestre, Gráfica da Cadeia Nacional, 1923. pp. 110-111.

¹⁰³ “Artigo 8.º, 20.º, § 4.º – Fora dos casos indicados no parágrafo antecedente, a prisão em cadeia pública ou detenção em domicílio privado ou estabelecimento de alienados só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito da autoridade competente, e não será mantida oferecendo o inculcado caução idónea ou termo de residência, quando a lei o consentir.

Poderá contra abuso de poder usar-se da providência excepcional do *habeas corpus*, nas condições determinadas por lei especial.” MIRANDA, As Constituições Portuguesas: de 1822 ao texto da actual Constituição. p. 272.

¹⁰⁴ Decreto n.º 22.229. *Diário do Governo*, I Série, n.º 42, de 21 de Fevereiro de 1933, pp. 215-216. In: SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. p. 247-248.

¹⁰⁵ Suplemento ao *Diário do Governo*, I Série, n.º 43, de 22 de Fevereiro de 1933, pp. 227-236. SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. p. 247-248.

¹⁰⁶ O *Notícias Ilustradas*, ano V, Série II, n.º 250, Lisboa, de 26 de Março de 1933. SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. pp. 247-248.

¹⁰⁷ “Por razões geográficas, a Portaria n.º 7540, de 6 de Março, tinha autorizado a votação nos Açores somente no dia 26 de Março.” *Diário do Governo*, I Série, n.º 52, de 6 de Março de 1933, p. 282. In: SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. p. 247-248.

¹⁰⁸ *Diário do Governo*, I Série, n.º 83, de 11 de Abril de 1933, p. 649. Na mesma data inseriam na Constituição: pelo Decreto-Lei n.º 22465, pp. 650-652, o Acto Colonial; e pelo Decreto-Lei n.º 22466, a Lei Orgânica do Conselho de Estado. In: SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. pp. 247-248.

¹⁰⁹ Carta de 20 de Março de 1933. Correspondência de Pedico Teotónio Pereira para Oliveira Salazar, vol. I (1931-1939), Lisboa, 1987, p. 18, doc. 5. In: SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. pp. 247-248.

¹¹⁰ Artigo de Silva Bastos, *Notícias Ilustrado*, Ano VI, Série II, n.º 251, Lisboa, de 2 de Abril de 1933. In: SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. pp. 247-248.

¹¹¹ SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. pp. 247-248.

¹¹² SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. Lisboa: Editorial Verbo, s.d. p. 249-251.

¹¹³ SERRÃO, J. V. *História de Portugal*. v. XIII. p. 277.

¹¹⁴ FERREIRA, M. C. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Lisboa: Editora Danúbio, 1986. p. 257.

¹¹⁵ Ver: MATTOSO, J. (Direcção). *História de Portugal – O Estado Novo (1926-1974)*. v. 7. Lisboa: Editorial Estampa, s. d.

¹¹⁶ *A liberdade que se desgarrar da Ordem é crime; a autoridade que se desprende da Ordem é arbítrio. O primeiro desvio, porque individual, pode ser combatido com eficácia pela força do Estado. O segundo, porque praticado por quem detém a autoridade, só pela força do mesmo Estado, entregue a um órgão de jurisdição imparcial e independente, pode ser corrigido.*

É na solução deste problema que se insere a providência do habeas corpus, a qual, precisamente, consiste na intervenção do poder judicial para fazer cessar as ofensas do direito de liberdade pelos abusos da autoridade. Providência de carácter extraordinário, só encontra oportunidade de aplicação quando, por virtude do afastamento da autoridade da ordem jurídica, o jogo normal dos meios legais ordinários deixa de poder garantir eficazmente a liberdade dos cidadãos.

O habeas corpus não é um processo de reparação dos direitos individuais ofendidos, nem de repressão das infracções cometidas por quem exerce o poder público pois que uma e outra são realizadas pelos meios civis e penais ordinários. É antes um remédio excepcional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal de fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade. Com a cessação da ilegalidade da ofensa fica realizado o fim próprio do habeas corpus. De outro modo, tratar-se-ia de simples duplicação dos meios legais de recurso.

Do que fica dito se depreende qual o grau de perfeição e de fortaleza que as instituições devem possuir para exercerem uma função de tanto melindre e responsabilidade. E que assim é revela-o a circunstância de o habeas corpus, originário da Inglaterra, onde evoluciona com a própria organização jurídica, não ter conseguido implantar-se em nenhum outro país europeu, não obstante o reconhecimento dos seus efeitos e as reivindicações da doutrina.

A Constituição de 1911 prometia a sua regulamentação em lei. Porém as estereis convulsões políticas que durante tantos anos caracterizaram a nossa vida pública não tornavam fácil a efectivação da promessa. Na própria Inglaterra, quando das revoluções frequentes da Irlanda, suspendia-se a sua aplicação. Trata-se, realmente, de um processo de defesa dos direitos da pessoa só pode funcionar com segurança em situações de estabilidade política e de justo equilíbrio dos poderes do Estado. Texto introdutório do Decreto-lei 35.043, de 20 de Outubro de 1945.

¹¹⁷ “Art. 7.º, § único. a) Ter sido efectuada ou ordenada por quem para tanto não tenha competência legal; b) Ser motivada por facto pelo qual a lei não autoriza a prisão; c) Manter-se além dos prazos legais para a apresentação em juízo e para a formação de culpa; d) Prolonga-se além do tempo fixado por decisão judicial para a duração da pena ou medida de segurança ou da sua prorrogação.” Decreto-Lei n.º 35.043/45.

¹¹⁸ Ver: DIAS, J. F. (Direcção). *Código Penal – Código de Processo Penal – Legislação Complementar*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1979. pp. 326-333. O Código de Processo Penal anterior ao de 1987 é o Código de 1929.

¹¹⁹ “Este artigo, enquanto correspondente ao artigo 22.º do Decreto-Lei 35 043, tinha a seguinte redacção: «A providência extraordinária do *habeas corpus* não tem aplicação aos militares sujeitos a foro especial». E passou a ter estoutro teor: «O juiz da comarca e o Supremo Tribunal de Justiça são incompetentes para decretarem a providência extraordinária do *habeas corpus* relativamente a indivíduos sujeitos ao foro militar e que se

encontram detidos à ordem das autoridades militares»” (Decreto-Lei n.º 744/74, de 27 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 320/76, de 4 de Maio).

A alteração destinou-se a dar legitimidade formal às prisões arbitrárias ordenadas pelas autoridades militares revolucionárias, e impedir a intervenção judicial, da multidão de detidos, apodados de inimigos políticos, sendo que a competência para eventual julgamento fora atribuída a tribunais militares extraordinários.

O preceito, porém, não se encontra em vigor, desde a publicação da Constituição de 1976. Esta admitiu a competência para conhecer do *habeas corpus* à jurisdição penal ordinária (juiz de 1.º instância, ou Supremo Tribunal de Justiça, consoante se trate de validação da captura ou de *habeas corpus* em sentido estrito) ou à jurisdição militar (juiz ou Supremo Tribunal Militar); o Código de Justiça Militar, ainda promulgado pelo extinto Conselho da Revolução, instituiu o *habeas corpus* no foro militar e directamente A Constituição restringiu o foro militar aos militares quanto a crimes essencialmente militares. Por isso todas as condenações pelos tribunais militares de civis são ilícitas e nulas, pois que a excepção prevista no n.º 2 do artigo 218.º da Constituição só podia estatuída por lei da Assembleia da República, o que nunca aconteceu.” FERREIRA, Curso de Processo Penal. pp. 266-267. (grifo do autor)