

# **A Proteção Jurisdicional dos Direitos Humanos no Direito Positivo Brasileiro \***

HAMILTON DE MORAES E BARROS

Juiz de Direito da Justiça do Estado da Guanabara e professor catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara

## **SUMARIO**

- 1 — A Catalogação dos Direitos Humanos — Não É Exaustiva no Direito Brasileiro**
- 2 — A Necessidade das Garantias, ou Meios Técnicos**
- 3 — A Técnica de Proteção do Direito Brasileiro**
- 4 — Os Dois Grandes Remédios do Direito Brasileiro: o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança — A Ação de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei**
- 5 — O Problema da Suspensão Provisória da Plenitude da Proteção Constitucional — O Ato Institucional nº 5**

---

\* Relatório apresentado ao V Congresso Internacional de Direito Processual, realizado no México, em novembro de 1971.

## 1 — A CATALOGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS — NÃO É EXAUSTIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O homem, criador do Direito, é, também, sujeito de Direito, ou seja, é pólo de relações jurídicas.

É que, vivendo em sociedade por uma fatalidade orgânica, precisa de regras que disciplinem a sua convivência com os outros homens e com o Estado, também sua criação.

Quanto mais se expandem as suas relações; quanto mais se afirma a sua personalidade, tanto maior é a necessidade de normas que rejam o seu comportamento, abrindo-lhe franquias, ou impondo-lhe restrições.

São os chamados direitos humanos, essencial e fundamentalmente, proclamações em face do Estado.

Excepcionalmente é que o são em face de outras pessoas, ou indivíduos, como no que tange à proibição do trabalho gratuito, ou o trabalho perpétuo.

Como direitos do homem em face do Estado, há quase dois séculos eles vêm sendo catalogados e proclamados em cartas políticas. É que o Estado antigo não conhecia o direito de liberdade. Basta ver que a Magna Carta é de 1215, o "Habeas Corpus Act", de 1679, e o "Bill of Rights", de 1688. Não era, então, tolerada a oposição indivíduo—comunidade.

Na França, como se sabe, os constituintes de 1789 fizeram preceder a Constituição de uma "Declaração dos Direitos do Homem".

O debate que, a respeito de tal declaração, ali se instalou não ficou apenas nacional, dos franceses, mas saltou para outros povos, na interpretação dos seus sistemas constitucionais, e hoje é internacional e de grande atualidade, pois que renovável, em face da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas.

Seria a declaração dos direitos do homem um conjunto de regras de Direito Positivo? Seria um superdireito constitucional, acima da vontade

dos próprios constituintes, sem possibilidade de revisão no futuro? Era essa a opinião de DUGUIT. Seriam elas a indicação das regras cuja violação pelos governantes constituiria a opressão que legitima a resistência contra a opressão, que ela mesma proclamava ser um dos direitos do homem? Ou se reduziria, como quer ESMEIN, a um simples credo filosófico?

De qualquer modo, ao tratar de tais direitos, têm o jurista e o juiz de realizar o equilíbrio preconizado por JÉZE, quando diz que a polícia é “a conciliação entre as liberdades públicas e a ordem pública”!

O Brasil, separado de Portugal em 1822, teve, sob o Imperador Pedro I, que lhe proclamou a Independência, a sua primeira Constituição em 1824.

Ali, no artigo 179, está a nossa primeira declaração de direitos, que é ampla, pois que corresponde aos nossos desejos de paz, de liberdade e de afirmação do homem e de sua dignidade. Tais declarações se repetem nas Constituições republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e em sua Emenda, de 1969.

Verifica-se, assim, que o Brasil não foge à regra tão freqüente nos nossos tempos de oferecerem os países o espetáculo de códigos centenários e de constituições breves-duradouras. As constituições refletem a história e as vicissitudes políticas de um Estado, enquanto que os códigos mostram o espírito de uma sociedade.

As constituições rígidas, como as brasileiras, expõem-se a freqüentes fissuras, ou mesmo a rupturas, quando o fato político, ou social, relevante, não se contém em suas normas acanhadas ou inadequadas. É a velha luta entre o fato e o direito... Um aspecto dela.

Sabe-se, por outro lado, que tôda revolução é, em suma, uma ruptura de uma ordem jurídica. Tem, por isso, tôda revolução o poder constituinte. E é até louvável, como no caso brasileiro, na sucessão de textos constitucionais, preservar-se o válido, o legítimo, o eficaz, o pleno de préstimos, como tal já revelado no ordenamento jurídico anterior.

Como é óbvio, nem só as revoluções determinam entre nós a reforma, ou a mudança, dos textos constitucionais.

A inquietação criadora, a nobre insatisfação de juristas e políticos, o desejo de aperfeiçoar as instituições, a permanente crítica doutrinária e científica fazem que, com cada uma das constituições, em qualquer país, nasça a idéia de sua revisão.

Foi, assim, no Brasil, a respeito da Constituição Imperial de 1824, que teve o seu Ato Adicional e, a seguir, a Lei de Interpretação.

Também na República, com sua primeira Constituição, a de 1891, reformada em 1926, e a de 1946, votada logo após a Segunda Grande Guerra. Menos de dez anos depois de promulgada, já havia sido emendada e era objeto sua pretendida reforma, já então, de estudos feitos por políticos e juristas, sob a presidência do Ministro da Justiça. A Constituição de 1967, que se seguiu à de 1946, já sofreu alterações consubstanciadas na Emenda nº 1, de 1969, sendo que, como sempre, juristas e políticos pregam a necessidade, ou a conveniência, de umas tantas outras modificações, inconciliados os reformistas em suas tendências, às vezes conflitantes ou opostas.

Como uma constante nas constituições brasileiras, está a regra inserida no § 36 do artigo 153 do texto de 1969, artigo que trata dos direitos e garantias individuais:

“A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

Nossa catalogação dos direitos humanos não é, assim, exaustiva, restritiva, inampliável. A doutrina constitucional brasileira a respeito vem explicada por um dos nossos mais eminentes juristas, JOÃO BARBALHO, que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, nos seus comentários à Constituição, livro datado de 1902. A Constituição com que se instalou a República dispunha no artigo 78 de modo semelhante ao texto de hoje. Estabelecia que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

Comentando tal artigo, diz o autor: “**Outras garantias**, além das já mencionadas nos artigos 72 e seguintes, são asseguradas pela Constituição, como corolários da forma de governo por ela estabelecida e de seus princípios fundamentais. Esta disposição é similar da que se contém na Emenda IX das adicionais à Constituição dos Estados Unidos norte-americanos e foi aí estabelecida, dizem os comentadores, como cautela contra a má aplicação da máxima demasiado repetida que uma afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa. Tendo a Constituição mencionado tais e quais direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (**inclusio unius, exclusio alterius**). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração nela feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida

como supressiva de outros não mencionados, os quais ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da forma de govêrno que ela estabelece e dos princípios que consagra" (p. 344).

Esse entendimento, proclamado há tanto tempo e de tão alto, é tranqüilo no Brasil, desconhecendo contestações.

## 2 — A NECESSIDADE DAS GARANTIAS, OU MEIOS TÉCNICOS

É claro que de nada valeria uma declaração dos direitos do homem, seria uma inutilidade uma catalogação expressa de tais franquias, ainda que ampla e pomposa, se não houvesse um meio de os fazer valer, um expediente técnico para torná-los realidade, um **remedium iuris** que os protegesse.

Isso foi sentido e proclamado pelo mais eminente dos constitucionalistas brasileiros, RUI BARBOSA, um dos maiores vultos da América, quando assertou:

"A Constituição Imperial do Brasil tinha, nos trinta e cinco parágrafos do seu artigo 179, a mais copiosa e liberal declaração de direitos. A da nossa Constituição atual (referia-se à primeira Constituição Republicana, a de 1891) não lhe faz vantagens na liberalidade cu abundância dos princípios consagrados. Onde, porém, a segunda se avanta à primeira, com distância incomensurável, é que a Constituição de 1824, como as constituições francesas e tôdas as constituições monárquicas de hoje," (e RUI BARBOSA escreveu a passagem no limiar do século) "não dotava êsses direitos de um escudo, não cometia a proteção dêles aos tribunais; o que a nossa Constituição (a de 1891) veio a realizar de modo completo, cabal e perfeito" (Em "Comentários à Constituição Federal Brasileira", coligidos e organizados por HOMERO PIRES, volume V, pp. 175 e 176).

Com base, pois, na história constitucional do Brasil, pode-se afirmar que a proteção *jurisdicional* dos direitos humanos é, aqui, como já entendia RUI BARBOSA, completa, cabal, perfeita.

Para assegurá-la, para torná-la real, efetiva, e não fictícia ou precível, mereceram as galas de inscrever-se na Constituição vários institutos nítida e essencialmente processuais. Num País de constituição rígida, de máxima hierarquia da norma constitucional, isso é relevante e influente. Não poderia o legislador ordinário alterar, atenuando-o, o sistema de proteção, nem por disciplinação errônea ou destorcida, desfigurar ou esvasiar de efeitos institutos de préstimos conhecidos e amados.

Libertos, há muito, daquilo que o Professor AFONSO ARINOS chamou de "colonialismo cultural", sabem os brasileiros o sentido democrático e humano das garantias dos seus direitos; trabalham sua doutrina e os tribunais no sentido de aperfeiçoar os institutos, alguns dos quais de criação brasileira, como o mandado de segurança, de modo a não aceitar nossa consciência jurídica e política, o que seria a insinuação ou a instalação do desamparo do homem ou da *prepotência* do Estado ou, dentro do Estado, de uma casta dirigente.

As tormentas revolucionárias ou as exigências da guerra, trazendo limitações transitórias indispensáveis à defesa do Estado, restringem-nas, entretanto, ao mínimo exigido pelas circunstâncias e contingências, de modo a que a generalidade dos cidadãos, as grandes massas humanas, os vários grupos sociais nem sequer se apercebem de que está contida, no tempo, ou em determinada área geográfica, mesmo que seja a sua área geográfica, a plena e variada proteção a que já se acostumou.

A nossa técnica jurídica, a nossa prática política é a de restringir a proteção dos direitos humanos exatamente e tão-somente aos causadores, ou motivadores, da eventual limitação das liberdades. A liberdade aqui é a regra, e seu cerceamento, a exceção. As restrições fazem-se por uma causa grave, para obter um fim. Atingindo o fim buscado pela restrição e com a restrição, perde essa o seu objeto e desaparece na prática, mesmo, sem antes se revogarem os textos em que a restrição poderia fundar-se. A consciência nacional brasileira o sabe, o compreende e justifica.

### 3. — A TÉCNICA DE PROTEÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil é um país que consagra a unidade do Poder Jurisdicional. A primeira constituição republicana, a de 1891, já abolira o chamado contencioso administrativo, que nos vinha do Império.

No capítulo reservado à disciplina dos direitos e garantias individuais, no art. 153, § 4º, diz a Constituição brasileira, no texto de 1969: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

Assim, no Brasil, decide o Poder Judiciário qualquer litígio entre os particulares, como a eventual diversidade de pretensões entre o indivíduo e o Estado. Não tem o Brasil um juízo próprio nem um processo especial para os litígios com a Administração.

Muito embora tenha o Brasil juízes e tribunais especializados, todos êles são órgãos do Poder Judiciário e nenhum dêles é juízo, ou côrte de exceção. Nas condições estabelecidas na lei, ou na Constituição, os feitos poderão ir até o Supremo Tribunal Federal, que tem uma competência originária, uma recursal ordinária e uma competência recursal extraordinária. O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, além de ser a cúpula do Poder Judiciário, exerce o duplo papel de mais alto tribunal de justiça e de côrte constitucional (Constituição, art. 112 e 119).

Para começar, arma o Estado brasileiro os seus juízes de real segurança e forte provisão de autoridade. A investidura faz-se com os homens de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a sua indicação pelo Senado Federal. É êsse o processo de nomeação para o Supremo Tribunal e algumas outras côrtes federais. Na Justiça comum, que é dos Estados, menos no Distrito Federal e nos Territórios Federais, onde está ela a cargo da União, o provimento dos cargos se faz por promoção aceita e pelos critérios alternados da antigüidade e do merecimento. Um quinto das vagas nos tribunais esta-

duais é reservado para os advogados e membros do Ministério Público. Os governadores escolhem, para cada caso, um nome numa lista de três que lhes é enviada pelo tribunal de Justiça do Estado federado. A nomeação inicial na carreira de juiz é obtida após a prestação de concurso público de provas e de títulos, organizado pelo tribunal de Justiça e realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

Isso não só é um estímulo ao estudo, a base de seu bom nível cultural, como, também, dá ao juiz maior prestígio e autoridade moral em face dos governos e dos jurisdicionados.

Dos sistemas de investidura dos juizes, o concurso público, a prova pública da capacidade e de saber, além de ser o mais honesto e democrático, pois abre o exercício do poder a todos, é o menos imperfeito e de menores falhas.

Além de afastar o juiz das lutas políticas, da filiação ou da militância partidária, para que seja acreditado por todos, para que possa ser o juiz de todos, dêles merecendo a devida e justificada confiança, é, ainda, afastado o juiz brasileiro de qualquer emprêgo ou função pública que não seja o magistério superior ou secundário. Não pode exercer o comércio e está proibido de receber porcentagens nos processos sujeitos ao seu despacho ou julgamento.

Dá-lhe, em contrapartida, a Constituição as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. São garantias constitucionais que se explicam e se completam. De nada valeria uma sem as outras. É claro que paga o juiz brasileiro os impostos gerais, que perde o cargo por sentença judicial, que pode ser afastado do cargo por motivo de interesse público reconhecido por seu tribunal, depois de lhe apreciar a defesa, bem como será êle compulsoriamente aposentado aos setenta anos de idade, ou por invalidez comprovada, ou por desejo seu, após trinta anos de serviço público.

Garante o Estado brasileiro seu juiz, para, por meio dêle, garantir o direito das pessoas.

Tendo o Brasil grande extensão territorial e adotando o duplo grau de jurisdição, sua organização judiciária é interessante, pois que, na Justiça comum, é individual, ou monocrático, o juízo da primeira instância, enquanto o da segunda instância é sempre um colegiado.

Permite isso a presença permanente do juiz togado, de plena jurisdição, mesmo nas mais modestas circunscrições judiciárias. Isso quer significar, na prática, que a figura humana do juiz e a sua atuação se encontram ao alcance das mais distantes e relativamente modestas comunidades. A preocupação universal da justiça rápida e barata acrescenta-se uma cogitação marcadamente brasileira: a da justiça cômoda.

Tendo em sua organização judiciária criado quase o juiz onipresente, procurou, também, e principalmente, fazer fortes os seus juizes, torná-los realmente independentes. As chamadas garantias da magistratura serão, afinal, garantia dos jurisdicionados.

“O juiz” — já disse o Ministro JOSÉ LINHARES, do Supremo Tribunal Federal e que foi, também, Presidente da República — “deve ser suficientemente forte, para que não tenha um protetor, e suficientemente fraco, para que não tenha um protegido.”

Sòmente um Judiciário efetivamente forte pode estar investido do poder de realizar a plenitude de jurisdição, à qual está sujeita a própria Administração. Tem de ser efetivamente um poder, para contrastar com os outros e, até, quando necessário, nos têrmos da Constituição, fazer injunção aos outros Podêres.

Sabe o Brasil e procura, dentro da sua disponibilidade de meios, praticar a lição de que uma boa justiça está na dupla dependência de um processo ágil e seguro e de uma organização judiciária adequada.

Podemos, assim, agora, resumir a técnica brasileira da proteção dos direitos humanos: juiz efetivamente forte e independente e com plenitude de jurisdição; remédios jurídicos rápidos e eficazes colocados à disposição dos indivíduos e interessados.

#### 4 — OS DOIS GRANDES REMÉDIOS DO DIREITO BRASILEIRO: O **HABEAS CORPUS** E O MANDADO DE SEGURANÇA — A AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Dois grandes institutos processuais são os instrumentos da realização efetiva da proteção jurisdicional dos direitos humanos no Direito brasileiro: o **habeas corpus** e o mandado de segurança. São hoje remédios jurídicos já clássicos de nosso Direito. Já não se saberia viver no Brasil sem êles.

Poderiam situar-se modestamente nos códigos de processo e tão-sòmente nêles. Saltaram, entretanto, dali para a própria Constituição do Brasil. São, assim, remédios processuais constitucionais. Isso lhes dá maior estabilidade, maior divulgação, revelando a sua importância política de instrumento da democracia e da liberdade.

Vejamos a definição constitucional dos dois institutos e, imediatamente, teremos aprendido a destinação dos dois remédios.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 153, ao tratar dos direitos e garantias individuais, prescreve:

“§ 20 — Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá **habeas corpus**.

§ 21 — Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus**, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Vê-se, assim, que a própria Constituição delimitou o campo dos dois institutos.

Quando se tratar de proteger a liberdade de locomoção, o **ius ambulandi**, o direito de ir e vir e de estar, o remédio será o **habeas corpus**. Se, ao contrário, fôr outro o direito individual ameaçado ou violado, ter-se-á de valer o seu titular do mandado de segurança. Em outras palavras: todo o campo não reservado ao **habeas corpus** é coberto pela proteção do mandado de segurança.

Se não fôr o direito ameaçado ou violado o de locomoção, para o qual se reserva, como **remedium iuris**, o **habeas corpus**, caberá o mandado de segurança.

Em monografia dêste expositor, escrita em 1963, sôbre "As Liminares do Mandado de Segurança", teve oportunidade de assegurar que a história tôda do mandado de segurança é recente, de nossos dias. Surgiu êle em 1934, já na Constituição Federal, e é dali que partiu a nossa experiência específica do instituto. Muito embora a sua necessidade tivesse, há muito, sido sentida e a sua presença no quadro de nossos remédios viesse sendo reclamada pela consciência jurídica, sô então foi que tivemos êsse meio tão hábil e eficaz de fazer valer o direito subjetivo e de restaurar a ordem jurídica, quando violada por autoridades. Era instituto por completo estranho à história do Direito brasileiro e do Direito português, de onde veio o brasileiro.

Foi o mandado de segurança criado, no Brasil, depois que outros remédios processuais se revelaram impróprios e incapacitados para a proteção que, com êle, se assegura.

Primeiro, foram as tentativas de ampliar o uso do **habeas corpus**, erigindo-o em escudo de outros direitos que não fôsem a liberdade de locomoção. Quando essas tentativas já estavam praticamente vitoriosas, veio a reforma constitucional de 1926, restringindo o emprêgo do aludido **writ** à proteção da liberdade de ir e vir. Restaurava-se, dêste modo, a antiga e tradicional fisionomia do instituto, como no Direito inglês e americano.

Experimentaram-se, a seguir, as ações possessórias, dilatados os interditos, em generosa construção, para a proteção dos direitos pessoais.

Durante alguns anos, juristas e políticos, em laboriosas indagações, se esforçaram na escolha do remédio a ser ampliado, ou destorcido, desviado de seus préstimos tradicionais, a fim de dar-se a reclamada proteção. Contrariavam, com suas cogitações, o princípio das finalidades rígidas das ações especiais. Veio afinal, não como transformação ou ampliação, mas como criação nova e fresca, o mandado de segurança.

O **habeas corpus** sômente entrou para o direito brasileiro em 1832, quando surgiu o Código de Processo Criminal do Império, e, dentro dêsse diploma, era remédio adstrito aos casos de prisão ou constrangimento ilegal já efetuado. Seu artigo 340 assim dispunha:

"Todo cidadão que entender que êle ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de **habeas corpus** em seu favor."

A Lei nº 2.033, de 20-9-1871, mandou que o **habeas corpus** fôsse concedido preventivamente, ante uma ameaça (artigo 18, § 1º). Essa lei nada mais fez do que, em realidade, consagrar a jurisprudência já então seguida.

Foi com a República que teve o **habeas corpus** as galas de remédio processual constitucional. Sua primeira Constituição, a de 1891, no artigo 72, parágrafo 22, dizia: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder."

Daí até o meado da década de 1920, conheceu o instituto várias ampliações, vários novos empregos, constituindo essas distorções a chamada doutrina brasileira do **habeas corpus**. Tudo se resumia em utilizá-lo para a proteção de todos os direitos onde fôsse ferida uma liberdade.

Foi a reforma constitucional de 1926 que restringiu o uso do **habeas corpus**, recolocando-o, a partir de então, no conceito tradicional em que se mantém, de remédio protetor do direito de ir e vir e ficar. Seu texto era o seguinte: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção."

Ressalte-se que, no Brasil, a primeira Constituição republicana, a de 1891, ao contrário da Constituição Imperial, de 1824, e das constituições européias, que se não ocupavam do alienígena, assegura os direitos humanos de nacionais e estrangeiros.

Assim, sem qualquer restrição quanto à nacionalidade ou qualidade das pessoas, para a proteção do direito de locomoção, o **habeas corpus** é de impetrar-se seja em face de violação já realizada, seja ante simples ameaça. Pode o juiz estender a ordem a outros co-réus, no processo criminal, se a situação dêles fôr igual à de outros pacientes, para os quais se fêz o pedido, ou se puser fim ao processo em que figuram, desde que os fundamentos da concessão estejam em conflito com uma eventual continuação do processo (Código de Processo Penal, artigo 651).

Podem os juizes e tribunais conceder a ordem, de ofício, quando, no curso do processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (Código de Processo Penal, artigo 654, parágrafo 2º). Pode o juiz, se o paciente estiver prêso e isso lhe parecer necessário, determinar que lhe seja apresentado em dia e hora que designar (Código de Processo Penal, artigo 656). Além disso, se os documentos que instruíram a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, ordenará o juiz, desde logo, que cesse imediatamente a coação (Código de Processo Penal, artigo 660, § 2º).

Confirmando o sistema de liberdade, por disposição constitucional, o artigo 153, parágrafo 12, *in fine*, diz:

"A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal."

No processo criminal, ainda, assegura a Constituição aos acusados plena defesa com os recursos a ela inerentes. Não há *fôro privilegiado* nem tribunais de exceção (Constituição Federal, artigo 153, § 15). É claro que com tribunais de exceção não se podem confundir os juízos ou tribunais especializados.

O processo criminal brasileiro é contraditório, observada sempre a lei anterior na definição do crime e na fixação da pena, salvo quando agravar a situação do réu. Concede-se, ainda, a assistência judiciária aos necessitados, e toda a política do Código de Processo Penal é por que a citação, as intimações e demais atos de ciência sejam pessoais, efetivos, e não presumidos, ou fictos.

De outro lado, não tem o juiz a iniciativa dos processos crimes. A ação penal desencadeia-se por ato do Ministério Público, ou do ofendido, ou do seu representante, ou sucessor. Reserva-se, com isso, o juiz para a sua verdadeira e nobre missão, que é julgar e julgar sem compromissos com o desfecho do processo.

No processo criminal, é o **habeas corpus**, ainda, o remédio heróico a ser empregado, quando existe ilegalidade na prisão, ou na ameaça de prisão, ou por nulidade evidente do feito, ou por falta de justa causa para a ação penal. Cobre, dêsse modo, a prisão longa, seja por ir além da condenação, seja por prazo maior do que o determinado em lei. Por igual, é invocável contra a prisão ordenada por autoridade incompetente, ou quando já extinta a punibilidade. Na falta de justa causa para a ação penal, está o ato que não tiver sanção penal ou aquele que não tiver os requisitos legais para a sua configuração como ilícito penal, ou seja, placita o remédio o exame liminar e prévio da tipicidade penal.

É, no Direito brasileiro, o **habeas corpus** remédio de tão largo espectro que a boa doutrina se esforça por contê-lo, de modo a evitar que, com o mandado de segurança, se transforme em verdadeira panacéia jurídica, a curar todos os males do direito individual, substituindo seja o sistema de ações, seja o de recursos.

De qualquer modo, é, assim, no Direito brasileiro, o **habeas corpus** real e forte escudo a proteger a liberdade de locomoção.

Não menos útil e cheio de préstimos, pode-se dizer, não menos conhecido e amado, é o mandado de segurança. É uma criação do Direito brasileiro. É contribuição sua à ciência do processo.

Quanto à sua natureza, é uma ação cível especial, de rito sumaríssimo. É uma ação mandamental, na classificação de PONTES DE MIRANDA. Sua finalidade está bem explicada no diploma específico, a Lei nº 1.533, de 31-12-1951, que alterou disposições do Código de Processo Civil que regiam a matéria. Dispõe seu artigo 1º: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente, ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou haver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria fôr, ou sejam quais forem as funções que exerça." Para efeito de concessão de mandado de segurança, consi-

deram-se autoridade os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que se entende com essas funções.

O procedimento do mandado de segurança, em linhas gerais, é o seguinte: a inicial, contendo o pedido, o fato e os fundamentos jurídicos, será apresentada em duas vias, e os documentos que instrulem a inicial deverão ser reproduzidos por cópia na segunda via. O juiz, ao despachar a inicial, ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entrega-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante e as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias. Poderá o juiz, liminarmente, ordenar se suspenda o ato que deu motivo ao pedido de segurança, quando for relevante o fundamento jurídico do pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

A informação da autoridade coatora tem o valor técnico de uma contestação. Com essa informação, ou sem ela, os autos irão por cinco dias ao Ministério Público, para que diga de direito, na sua função de **custos legis**. Também dentro de cinco dias, deve o juiz sentenciar, concedendo, ou não, a segurança. O inteiro teor da sentença proferida é enviado à autoridade coatora. Da decisão do juiz concedendo, ou negando, a segurança caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação de suas posições perante o tribunal **ad quem**. Da decisão do juiz de primeira instância, concedendo mandado de segurança, há o recurso **ex officio**, manifestado pelo próprio juiz, sem que esse recurso tenha efeito suspensivo. É o recurso necessário, ou **ex officio**, um idiotismo do Direito brasileiro.

Na monografia deste expositor, "As Liminares do Mandado de Segurança", — ao estudar o mandado de segurança no Direito Comparado, teve oportunidade de asseverar que não é o mandado de segurança igual a qualquer outro instituto do Direito estrangeiro. Não é tão geral como o amparo mexicano nem tão especial como os vários **writs** do Direito anglo-americano. Também é dessemelhante do contencioso administrativo. É, por isso, inútil a pesquisa de um similar nos países que não admitem injunções à administração. Ousamos, por isso, afirmar que tudo que diga respeito ao mandado de segurança é sem exata correspondência no Direito Comparado.

Depois de longos debates doutrinários e de oscilações da jurisprudência, decidiu o legislador que cabia, também, o mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, quando não haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção. Ficou, deste modo, certo que era um remédio contra a ilegalidade, viesse ela de qualquer autoridade, ainda que a judicial. Não seria, entretanto, subversiva do sistema de recursos; ao contrário, pode-se dizer, ficou sendo a complementação deles, um meio subsidiário de impugnação.

Entre os temas relevantes do mandado de segurança, que é uma ordem do juiz à autoridade, para que pratique determinado ato, ou se absteinha de o praticar, destaca-se a existência da concessão liminar da medida, ou seja, a entrega antecipada e provisória do pedido.

Antes mesmo de ouvida a autoridade coatora, antes de pedida, com as informações, a palavra oficial, diante tão-sòmente da exposição do impetrante da medida, **iníto litis**, pode o juiz concedê-la, se da demora no desenvolver do processo puder resultar dano. A concessão da liminar pode ocorrer, assim, ante cognição incompleta, superficial, e **inaudita altera pars**.

Não admite o processo do mandado de segurança a produção de prova testemunhal ou pericial, pois que tôda prova permitida é, nesta ação, a documental e, no nosso sistema processual, é de juntar-se à inicial do autor e à contestação pelo réu. No caso, entretanto, de achar-se a prova documental em poder da autoridade, a coatora, ou outra, providenciará o juiz, antes, a sua vinda para os autos, de modo a poder considerá-la. Se o fato não fôr dos que devam ser confessados pela autoridade, a prova documental junta com a impetração — e só ela — já será processualmente válida e apta a convencer o julgador, permitindo-lhe a correta apreciação da viabilidade do pedido.

Essa medida liminar está prevista no artigo 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, que é a lei específica do mandado de segurança, e é de conceder-se pelo juiz, mandando se suspenda a execução do ato, que deu motivo ao pedido, quando fôr relevante o fundamento da ação e do ato puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. É dessa maneira que dispõe a lei: "O juiz, ao despachar a inicial, ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando fôr relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida."

A concessão da liminar da segurança deve ser objeto de um pedido especial do impetrante. Com isso, quero significar que não existe a liminar concedida de ofício. Mesmo sendo o mandado de segurança uma das ações em que se exerce o *contrôle judicial*, ainda aqui é irrenunciável o pedido da medida pelo impetrante. Além de ser a concessão de liminar não pedida uma decisão **ultra petita**, não pode o juiz dar à parte o que não pediu e pode até não querer, por razões de conveniência ou oportunidade. Essa é, a respeito, a opinião pessoal do expositor. Grande parte da doutrina entende de modo diverso, e os juizes e tribunais têm concedido a segurança liminarmente, independentemente de pedido especial do impetrante.

Competente, para concedê-la, é o juiz singular, ou o relator do feito, se couber a ação na competência originária de algum tribunal.

Não é, todavia, a concessão da liminar ato sem *contrôle judicial*. Pode a autoridade coatora pedir a suspensão da medida ao presidente do tribunal que tiver competência recursal sôbre o juiz que conceder a liminar ou a segurança, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O presidente do tribunal poderá, em despacho fundamentado, suspender a execução da liminar, ou da própria sentença, mas da sua decisão cabe recurso para a côrte a que preside.

Assim como a concessão da medida liminar do mandado de segurança não destrói, ainda, o ato impugnado, mas suspende, apenas, a sua eficácia, a providência tomada pelo presidente do tribunal, a pedido da pessoa de Direito Público interessada, contra o ato do juiz de primeira instância, ou pelo tribunal, contra o ato do relator, ou do presidente, não ataca diretamente a decisão, mas tão-somente a sua executoriedade. Suspende-se o efeito da decisão, não a decisão em si.

O ataque à decisão será feito pelo recurso previsto; a sustação da executoriedade será pedida ao presidente. Divide-se, desta maneira, o ataque ao julgado. O alvo do vencido inconformado é duplo. Um, imediato e urgente: o que suspende a execução, para conjurar-lhe os eventuais efeitos danosos. O outro, mediato e demorado: a reforma da decisão concessiva.

O mandado de segurança e a concessão liminar da medida, para a generalidade dos direitos individuais, bem como do **habeas-corpus**, para a liberdade de locomoção, constituem, assim, os instrumentos de assegu-  
ração dos direitos humanos no Brasil, quando o indivíduo os entende violados ou simplesmente ameaçados.

A impetração da segurança, porque ação cível especial, somente é de fazer-se por advogado, mas o **habeas-corpus**, remédio heróico da liberdade de locomoção, pode ser pedido pelo próprio paciente, ou por qualquer outra pessoa, ainda que leigos.

Adotando o Brasil, como adota, a unidade de jurisdição, tem, como consequência, de criar os meios de garantir os direitos dos indivíduos e das pessoas.

Não se esgota com o **habeas-corpus** e o mandado de segurança o elenco dos instrumentos de efetivação dos direitos individuais, muito embora a grande largueza e variedade da proteção assegurada pelo mandado de segurança.

A assistência judiciária aos necessitados, disciplinada em lei, é também garantia constitucional (artigo 153, § 32).

Além disso, assegura a Constituição a qualquer pessoa o direito de representação e o de petição aos Podêres Públicos, em defesa do direito ou contra abusos de autoridade (Artigo 153, § 30).

Merece referência, no Direito brasileiro, o sistema de controle da constitucionalidade das leis. Assegura-se a garantia do indivíduo não somente contra os caprichos e desvios do Poder Executivo e dos seus agentes, mas, também, contra os abusos e ilegalidades que venham do Judiciário e do legislador, quando edita lei contrária aos direitos fundamentais do homem ou das liberdades que a Constituição proclama e diz assegurar.

Assim sendo, é o controle da constitucionalidade das leis garantia complementar dos direitos humanos e da liberdade individual. Esse controle é feito, no Brasil, pela chamada ação de declaração de inconstitucionalidade. Está regulada pela Lei nº 4.337, de 1-6-1964.

É, também, direito assegurado pela Constituição a propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade, ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. Se houver divergência quanto ao justo valor da coisa, e os tribunais reconhecerem razão ao expropriado, a diferença de preço terá correção monetária, isto é, será corrigida e atualizada a quantidade de moeda até o efetivo pagamento. Está, dessa forma, protegido o desapropriado contra a demora do Poder Público na ulatimação do processo de desapropriação, e protegido contra a desvalorização da moeda.

O trabalho e o trabalhador merecem, por igual, especial atenção e proteção de nossa ordem jurídica.

Os litígios referentes a acidentes de trabalho são da competência da Justiça comum, ou ordinária, a cargo dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios Federais.

Para conciliar empregados e empregadores e julgar os dissídios individuais ou coletivos que entre eles se instalem, bem como outras controvérsias oriundas das relações de trabalho, existe a Justiça do Trabalho, Justiça especial, a cargo da União, sendo seus órgãos as Juntas de Conciliação e Julgamento, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Superior Tribunal do Trabalho.

Justiça especial, togada, órgão do Poder Judiciário, é instrumento efetivo de proteção ao trabalhador e de paz social. Tem, ainda, poder normativo e o de assentar prejudgados.

Nos seus Tribunais e nas Juntas de Conciliação e Julgamento — juízos de primeira instância —, existe a representação paritária de empregados e de empregadores. Onde não houver Junta de Conciliação e Julgamento, a jurisdição especial do trabalho será exercida pelo Juiz de Direito, que tem a jurisdição comum, ou ordinária, bem como a eleitoral, para o processo da investidura política.

##### 5 — O PROBLEMA DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DA PLENITUDE DA PROTEÇÃO JURISDICIONAL — O ATO INSTITUCIONAL Nº 5

A regra jurídica, no Brasil legal e no Brasil real, é a plenitude da jurisdição.

Dispõe a Constituição da República, no artigo 153, § 4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual”. Temos, em conseqüência, como regra, a plenitude e a realidade da proteção jurisdicional dos direitos humanos. A disposição dos interessados coloca a ordem jurídica brasileira vários caminhos. vários remédios, uns mais céleres e ágeis, mas, por isso mesmo, limitados na produção de provas e na possibilidade de pedidos; outros, mais

lentos, ensejando, com a ordinariedade, a mais completa indagação, pois que o procedimento comporta o máximo de postulação, a irrestrita produção de provas e o máximo de decisão.

Explica-se, dêste modo e por isso, o pleno e normal funcionamento dos juízos e tribunais, conhecendo dos feitos e decidindo-os no nível, no criminal, no administrativo, no eleitoral e nas relações de trabalho.

Estão, entretanto, excluídos da apreciação judicial os atos do Comando Supremo da Revolução, de 31 de março de 1964, os atos do Governo Federal com base na legislação revolucionária, as resoluções punitivas das assembléias legislativas dos Estados e dos Municípios, desde que fundadas nos atos institucionais e nos atos complementares, bem como os atos de natureza legislativa expedidos com base nos atos institucionais e complementares (Constituição, artigo 181).

Aliás, as constituições do Brasil não têm fugido à regra, à tradição de validarem as novas ordens jurídicas estatais, os atos de força das revoluções que as precederam e instalaram, retirando-os da apreciação dos tribunais. Relembre-se, a propósito, que o mérito do ato político, do mesmo modo que o mérito do ato administrativo, isto é, as razões de sua conveniência e oportunidade, escapam ao exame do Poder Judiciário. Ficam tais razões na zona da discricção dos poderes de que emanam.

Problema interessante, do ângulo político e do prisma do Direito Público, é o da sobrevivência do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e dos demais baixados depois dêle e de sua convivência com a Constituição.

Diga-se que são diplomas que vivem lado a lado, que tratam de matéria diferente, como que especializando ou excepcionando um as regras do outro.

Enquanto viver a Revolução de 1964 — e seus líderes asseguram que ela prosseguirá, que o processo revolucionário não poderá ser detido —, é de crer-se que o ordenamento jurídico da Revolução irá permanecer e prevalecer sôbre a própria Constituição, no sentido de que o poder de emenda, de que dispõe o Congresso Nacional, não irá desmontar ou enfraquecer o chamado Poder Revolucionário, ou seja, não irá despir o Presidente da República, que encarna e conduz a Revolução, da parcela adicional de poderes de que foi investido êsse alto mandatário.

Cartas políticas, aliás, existem que declaram imodificáveis certas matérias, como acontece conosco a respeito de emendas suprimindo a Federação e a República, as quais não podem ser apreciadas pelo Congresso.

No caso brasileiro, sômente o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar, no todo ou em parte, a cessação da vigência de qualquer dos diplomas revolucionários (Constituição da República, artigo 182, parágrafo único).

Ressalte-se que, embora armado de tão altos poderes, é o Presidente da República eleito e tem mandato a prazo certo. É o atual, o eminente

EMILIO GARRASTAZU MÉDICI, aliás, o terceiro govêrno saído da Revolução.

Em conseqüência, pois, do ordenamento jurídico da Revolução e, em especial, do Ato Institucional nº 5, expedido em hora difícil para o País, há um Brasil tranqüilo que aquiesce, trabalha, produz e prospera e existe um Brasil inconformado, saudoso dos velhos padrões, e, por isso, *critica, contesta, ou simplesmente clama por uma reforma.*

República presidencialista, é de sua essência concentrarem-se na pessoa física do Presidente da República não somente os poderes de chefe do Executivo, ou seja, chefia do govêrno, como, também, os de chefe do Estado, cabendo-lhe as grandes e graves decisões nacionais.

Há, no sistema brasileiro, um Executivo forte. Fortes, também, não deixam de ser os outros Podêres, a começar pelo Congresso, que elege o Presidente e o Vice-Presidente da República, êles também mandatários do povo e por prazo certo.

A convivência do Poder Revolucionário com as altas funções de Presidente da República é que explica o conteúdo dos artigos 10 e 11 do Ato Institucional nº 5, assim redigidos:

**Art. 10** — Fica suspensa a garantia do **habeas corpus** nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

**Art. 11** — Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acôrdo com êste ato institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos."

A coexistência da constituição com os instrumentos jurídicos da Revolução, fórmula que já vigorou em 1930 e que ressurge em 1968, é tipicamente uma solução brasileira, tentando conciliar o processo legal e o processo revolucionário.

Já foi dito que ninguém poderá sentir-se seguro se a lei não segurar também o inimigo. Convém, a respeito, lembrar as ponderações de BARBALHO, um liberal (obra citada, p. 327), ao comentar o artigo 72, § 21, da Constituição de 1891, quando louva a abolição da pena de morte para os crimes comuns, reservada que ficou à legislação militar em tempo de guerra. Dizia êle: "Em tempo de guerra, predominam sôbre tôdas as leis da guerra; e a principal é a destruição do inimigo; e inimigo se constitui quem quer que afronta a disciplina, planta a insubordinação e dá vantagens ao adversário. Desde que legítima a guerra, é preciso admitir os rigores excepcionais que ela exige. Mas nisto mesmo não haverá mero arbítrio; existem os regulamentos militares que a restringem, quanto possível, no caso, o poder discricionário dos chefes."

*Vivem hoje os países hora difícil criada pela eclosão da violência.* Não existe apenas oposição aos govêrnos, qualquer que seja o seu matiz: há prática isolada e coordenada de atos que tôdas as legislações definem como crime. Êsses crimes são considerados e declarados por aquêles que os praticam, ordenam ou concebem como atos de guerra. É a chamada

“guerra revolucionária”, guerra que é alardeada, cantada, louvada. Guerra importada e exportada. Com “guerrilheiros” da terra e de fora.

Hoje, como todos os Estados, tem o Brasil problemas de segurança interna. Não pode, não deve, não quer ignorá-los. Sua consciência nacional e seus juristas não ignoram, nem podem ignorar, as sucessivas agressões ditadas até do estrangeiro contra suas instituições.

Tem o Brasil uma oposição culta e vigilante e diàriamente conhece até contestações à sua ordem constitucional. O que não aceita, nem pode aceitar, é a prática reiterada de crimes, de atos de violência física, contra pessoas e bens, a pretexto de fazer política. São pesados ônus para a sua economia e perda das vidas úteis e do sangue generoso dos seus filhos.

É contra isso que reagiu a sua consciência nacional, armando-se a sua ordem jurídica dos instrumentos que lhe pareceram mais eficazes para esse combate nôvo, duro e multiforme.

As restrições à variedade e à plenitude das garantias são, assim, setoriais, no sentido de serem limitadas ao interesse da segurança nacional, segurança interna, isto é, à pessoa dos agentes da subversão violenta e aos casos de preservação da segurança e da economia nacional e popular.

Fora dessas matérias, nada restringe, nada limita. Afora isso, nenhum encurtamento das franquias, nenhuma diminuição da proteção jurisdicional dos aludidos agentes. Têm eles, como quaisquer criminosos, as importunações da investigação policial e os ônus dos processos, mas, dentro deles, que são sempre contraditórios, a mais plena defesa, isto é, a presunção de inocência, as faculdades indispensáveis e indispensadas de alegação e de produção de provas.

As restrições no emprêgo dos meios processuais, limitação provisória, imposta pela emergência, são de inspiração e natureza instrumental.

Acreditam tôdas as camadas pensantes do Brasil que, atingido o fim visado, perderão tais limitações o seu objeto, a sua razão de ser, e voltará, como sempre, em nossa tradição política, em nossa história, a plenitude das garantias, com o exclusivo ordenamento jurídico da Constituição. De qualquer modo, as restrições de hoje, como as similares de ontem, são restrições objetivas, **Ratione Materiae**. São transitórias e instrumentais.

Relembre-se e ressalte-se que a falta do **Habeas Corpus** não suspende o processo regular, nem o juiz natural, nem a amplitude da defesa. Subsistem os demais remédios e recursos, sendo de salientar que a apelação, além de ser julgada por um colegiado de maior hierarquia, devolve-lhe o exame **ex novo** de todos os problemas de fato e de direito que a hipótese possa comportar.

Com as medidas de defesa do Estado, com o transitório não emprêgo do **habeas corpus**, não se montou no Brasil uma máquina de condenar!

A reparação ou a justiça que não puder vir através do **habeas corpus**, mais rápido, porém mais limitado de meios e de provimentos, virá no processo regular de ampla indagação, no seu ato apoteótico, a sentença, ou com a apelação ou qualquer outro recurso ordinário, pois que eles têm efeito devolutivo pleno.