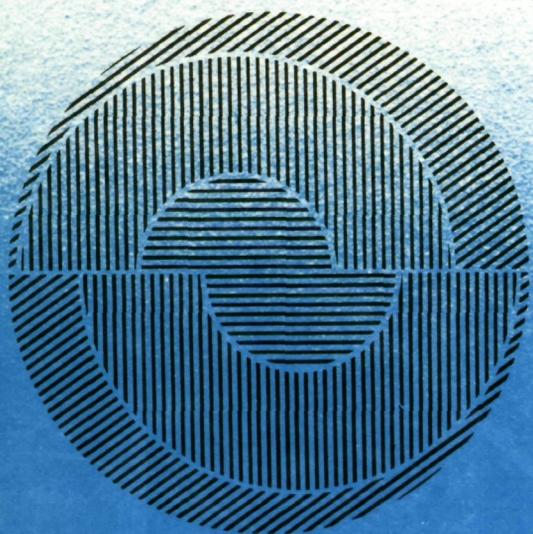


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1986

ANO 23 • NÚMERO 92

O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo

EDSON DE ARRUDA CAMARA
Magistrado

"Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, sowohl das Recht eines Volks wie das eines Einzelnen, setzt die stete Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus" (RUDOLF VON JHERING, in "Der Kampf um's Recht", op. cit.)

"... a liberdade, o único valor imperecível da História" (ALBERT CAMUS).

"Nem o Estado, nem sua soberania são um fim em si mesmos, mas estão a serviço do homem e são limitados pelos direitos humanos" (MONTESQUIEU).

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *A idéia de LIBERDADE entre os romanos*
3. *Os tempos modernos; LIBERDADE e ESTADO DE DIREITO*
4. *O habeas corpus -- suas origens; discussão*
5. *Os interditos; o interdictum de homine libero exhibendo*
6. *Conclusões*
7. *Bibliografia*

1. Introdução

Vários Autores têm visto no *interdictum de homine libero exhibendo* a origem romana do instituto do *habeas corpus*.

Tal posição doutrinária — com a qual não concordamos — chamou-nos a atenção, traduzido esse chamamento por um certo incômodo quanto ao citado posicionamento, e resolvemos analisar e observar mais de perto o problema. Disto resultou a elaboração do presente trabalho monográfico, em que procuraremos nos cingir ao cotejo crítico dos dois institutos — HC e interdito —, deixando, outrossim, de falar em institutos outros que guardam certa parecença com os institutos enfocados — como os forais e outros, referidos no direito português e passando, deste, ao brasileiro — por entendermos não serem verdadeiros elos de cadeia entre o HC e os *interdicta*, conquanto vozes existam a se oporem à nossa tese. Falaremos, aqui, sim, dos interditos e do HC, como dissemos, em cotejo crítico, simplesmente, deixando, inclusive, muitas de nossas assertivas adstritas a conhecimento anterior ou *a latere* da matéria.

Certos Autores têm visto nos *interdicta* dos romanos o proto-ovo do *habeas corpus*. Discordamos, como dissemos. E o demonstraremos.

Não nos parece, entretanto, que dita demonstração, dentro do tema que elegemos para o presente trabalho, seja viável de se desenvolver a partir de uma cronologia cujo “marco zero” se finque na distante Roma, e, a partir daí, cheguemos até aos dias que correm. O caminho inverso nos parece o ideal para uma melhor compreensão do tema, quando, inexoravelmente, constataremos a inexistência de liames espaço-temporais, quer objetivos, quer subjetivos, a vincular os dois institutos focalizados. E as razões são várias:

a uma, por tratar-se o *habeas corpus*, principalmente considerado em face de todos os aperfeiçoamentos que recebeu, de instituição relativamente recente, que se vincula a conceitos também recentes, (direitos humanos, estado de direito, liberdade individual, estado constitucional, etc., sendo de se considerar o aspecto da liberdade individual tal como a concebemos modernamente, em toda a sua plenitude, limitada apenas pela barreira da lei, sendo esta formalmente posta a partir de poder legitimamente constituído pela vontade popular), conceitos com os quais, ao que parece, não estavam os antigos romanos tão preocupados ou pelo menos comprometidos, embora o conceito liberdade surja nítido em alguns de seus institutos;

a duas, por vincular-se o *habeas corpus* a idéias consubstanciadas na existência mesma de um estado de direito, estado constitucional, desconhecido dos juristas romanos;

a três, em razão da própria concepção moderna de liberdade individual, tão distanciada daquela vigente na romana *societas*;

a quatro, por sugerir o instituto do *habeas corpus*, por várias razões, inclusive de raízes comuns, a idéia de um *direito penal* e, obviamente, de um *direito processual penal*, formalmente postos, em moldes jamais pensados pelos juristas romanos, além de várias outras razões (que expomos no corpo do presente trabalho), sendo uma das principais, quicá a principal, o fato de que o ponto de cotejo que iremos estabelecer no curso da presente monografia (*habeas corpus*, para o direito atual; *interdicta*, para o direito romano), não é, a nosso ver, jamais *origem e originário*, posto que não há entre os interditos e o instituto do HC um perceptível *processus* de evolução, não havendo, temporal e espacialmente, nenhum liame referencial, além do que eram os interditos instituições de direito privado, ao passo que o HC é, efetivamente, de direito público, até mesmo em se considerando a clássica divisão (a *summa divisio*) do direito romano em *publicum* e *privatum* e suas respectivas definições: *Ius publicum est quod ad Statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (ULPIANO — D.I, 1, 1, 2). Assim é que os *interdicta de homine libero exhibendo* visavam à garantia da liberdade em fatos ocorridos entre particulares (o “Estado” romano seria, aí, intocável), enquanto o HC protege o particular do arbítrio do próprio Estado, através de seus agentes. Deste modo, interditos e HC podem ser considerados como figuras que guardam entre si traços de identidade, mas que são fundamentalmente diferentes a partir mesmo de sua natureza, de sua *ratio essendi*.

Em realidade, conforme sugere MEZGER, *op. cit.* p. 27, a denominação DIREITO PENAL (que não pode estar apartada do conceito de *habeas corpus*) é bem recente e teria sido empregada por REGNERUS ENGELHAR em 1756 e, embora, como assinala MACALHÃES NORONHA, *Direito Penal, op. cit.*, p. 20, “a história do direito penal é a história da humanidade”, surgindo com o homem e o acompanhando através dos tempos, posto que o crime, “qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”, é inegável que os romanos, embora com vantagem sobre outros povos, não se elevaram no direito penal às culminâncias atingidas no direito civil, havendo mesmo quem se referisse ao fato como sendo os romanos gigantes no direito civil e pigmeus no direito penal. Em verdade, não tiveram os romanos o cuidado com a disciplina dos fatos puníveis, essencial para o estabelecimento de um direito penal, importando-se, tão-somente, a nível jurisprudencial dos casos particulares, a estabelecer regras destinadas à “prática do justo em relação aos fatos cotidianos”. “*Ars boni et aequi*” (ANIBAL BRUNO, *op. cit.*), muito embora os esparsos textos penais que legaram aos pósteros.

Fato é que, numa sociedade que admitia homens livres e escravos — estes entendidos como *res* —, os romanos trataram do bem liberdade a nível de direito privado.

Não poderiam, assim, admitir, os romanos, jamais o *habeas corpus* nos mesmos moldes pelos quais hoje — considerado o real desenvolvimento

histórico do instituto — o concebemos, ou mesmo como o conceberam as comunidades jurídicas do tempo de João Sem Terra, conquanto possuíssem os interditos exhibitórios citados (institutos de direito privado), que, tal qual o HC, visavam (a seu modo, diga-se) à garantia da liberdade de locomoção.

Realmente, numa sociedade em que a escravatura se institucionalizara, a distância axiológica é infinita em face do que hoje se pode admitir no contexto do estado de direito, onde a liberdade pessoal, constitucionalmente declarada em sua Carta Política, posta esta por Poder Constituinte legitimamente representativo da vontade popular, é a áurea pedra de toque e somente de forma excepcional pode ser restringida, assim mesmo nos casos em que a lei prevê tais restrições, ditadas estas por normas talqualmente postas pela vontade do corpo social através de seus legisladores, obedecidos princípios como os do *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale* (em cuja base, como assinala DONNEDIEU DE VABRES in *Les Leçons...*, *op. cit.*, p. 388, existe “une vérité de valeur permanente et universelle: savoir qu’un homme ne doit être frappé pénalement à raison d’un act dont il ne pouvait, au moment de sa commission, apercevoir le caractère délitueux”), para que não se retroceda ao estado de coisas denunciado pelo MARQUÊS DE BECCARIA, cujo desassombro se constitui em extraordinário débito da humanidade e sua obra o mais potente brado que jamais se ouvira em defesa do indivíduo; e para que não se tenha de escrever um novo *Dos Delitos e das Penas* e a fim de que, por mais outra vez não se tenha de advertir que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que só o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que represente toda a sociedade...” (BECCARIA, *op. cit.*, p. 35).

2. A idéia de LIBERDADE entre os romanos

Muito se tem escrito hodiernamente sobre LIBERDADE. Como demonstramos em o item nº 3 do presente trabalho, tem sido o conceito e a idéia de LIBERDADE um alvo permanente de diuturnas elucubrações por parte de filósofos, sociólogos, políticos e juristas. E as conotações dadas à palavra LIBERDADE através dos tempos têm sido as mais diversas. Até que, em face das imprecisões suscitadas, buscou-se a concretização do conceito e da idéia através da adjetivação, a fim de que se colocasse como direito: as liberdades... E entendidas como direitos, as liberdades se confirmam nessa caracterização, “já que a existência e a titularidade de direitos, em qualquer sentido, se compreendem sempre em sentido social” (SALDANHA, *Estado de Direito, Liberdades e Garantias op. cit.*, p. 41). E liberdade no direito, dentro de estruturas institucionais, de convívio comum com o Estado, com a autoridade, com o poder e com a ordem, com os demais indivíduos de que se compõe o grupo social.

Se hoje entendemos que o homem é livre por natureza, tal como afirma o artigo primeiro da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tomamos por *ratio essendi* do instituto do *habeas corpus*, de tal forma não pensavam os antigos romanos, embora mentores dos *interdicta* (uma das razões por que não podemos entender que este instituto seja origem do HC, apenas um remoto ponto de identidade com esta conquista da humanidade — conquista, sim, este; aquele, não, o que se constitui em um ponto a mais de reforço à nossa tese).

Assim é que, para os romanos, havia, basicamente, duas classes distintas de seres humanos, mercedores de tratamento diferenciado: os LIVRES e os ESCRAVOS. Embora admita JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 111, que “a liberdade é a regra; a escravidão é a exceção”. Todavia, exceção ou não, tal posicionamento jurídico se mostra flagrantemente contrário a tudo o que norteia o instituto do *habeas corpus*, às idéias que coexistem com este *remedium juris* sendo inconcebível nos dias que correm.

Deste modo, vamos encontrar em ULPIANO (5,3: 19,5) os seguintes dados que nos são particularmente interessantes na presente monografia:

— “Pessoa é o sujeito de direito. Se homem, chama-se ‘pessoa física’; se ente moral, ‘pessoa jurídica’.”

— “Capacidade de gozo (ou personalidade) é a aptidão do homem para adquirir direitos e ficar sujeito a obrigações.”

— “Capacidade de exercício (ou capacidade) é a responsabilidade de exercer seus (próprios) direitos.”

— “Para a capacidade do sujeito se exige sua liberdade (*status libertatis*), sua cidadania romana (*status civitatis*) e sua independência do pátrio poder (*status familiae*).”

Assim, a *liberdade* era fundamental para que o homem fosse sujeito de direito, coisa que, obviamente, não era o escravo.

Como prelecionou M. CANAAN, *op. cit.*, p. 201, “O estado de liberdade” (necessário para que o homem pudesse ter direitos e ser considerado pessoa) “podia existir por si só; os outros, porém, dependiam uns dos outros: o de família, do de cidade, e este, do de liberdade” — o que significa ser este o mais importante dos *status*, exatamente o dizente ao enfocado instituto do *habeas corpus*, que leva por *ratio* o fato de que todo homem é, em princípio, livre, coisa que, para os romanos, não era verdadeira ou fundamental (o que distancia infinitamente o HC dos *interdicta*).

Em J. 1,3,1; G. 1,9; encontramos: “Liberdade é a faculdade natural daquele a quem é dado fazer o que quiser, salvo o proibido *pela força* ou pelo direito” (*grifamos*).

“A suma divisão do direito das pessoas é esta, a saber: todos os homens ou são livres ou são escravos” (CAIO).

Por sua vez, os homens livres ou são *ingênuos* ou são *libertos*.

Ingênuos — são os nascidos livres, que nunca foram escravos. Gozam de todos os direitos.

Libertos — São os alforriados de justa escravidão (conforme as palavras do *Jus Civile*: “justa escravidão”, expressão que ao jurista moderno outro sentimento não pode motivar senão o da repulsa).

Em ULP. 1,5 vamos encontrar:

Há três classes de libertos:

I — *Cidadãos*: os escravos alforriados segundo o *Jus Civile*.

II — *Latinos junianos*: os alforriados segundo o direito pretoriano. Têm todos os direitos, salvo o *connubium* e o *testamenti factio*. Deriva seu nome da *Lei Junia Norbana*, que lhes regulou a condição, assemelhando-a àquela dos antigos habitantes do Lácio (latinos).

III — *Deditícios*: os escravos criminosos alforriados. Nunca se tornam cidadãos romanos; não podem residir em Roma ou dentro de 100 milhas. Derivam seu nome do fato de sua condição ser semelhante à dos inimigos que se entregam na guerra incondicionalmente.

O liberto deve para quem o alforriou (patrono):

a) *obsequium* — não pode acioná-lo sem a outorga judicial;

b) *operae* — prestação de vários serviços;

c) *bona* — metade de sua herança, se falecer sem filhos.

Em G. 1,159 encontramos:

Capitis diminutio — É a alteração da capacidade de gozo ou personalidade, *id est*, alteração de um dos três *status*. Pode ser:

Máxima — quando perde a liberdade.

Média — quando conservada a liberdade, perde a cidadania.

Mínima — quando se muda o estado de família (adção, ad-rogação, casamento *cum manu* da mulher, emancipação).

Finalmente, dispõe G. 1, 52 sobre os escravos:

“A escravidão é uma instituição do direito das gentes pela qual alguém está, contrariamente à natureza, sujeito ao poder alheio.”

Sobre a escravidão, informa GAETANO SCIASCIA, in *Sinopse...*, op. cit., p. 24:

“O escravo, perante o *Jus Civile*, é coisa (*res*); mas na realidade, sendo homem, sua personalidade, por influência da filosofia estoíca e do cristianismo, foi indiretamente reconhecida.”

“O senhor tem sobre o seu escravo o direito de vida e de morte (*ius vitae et necis*) e pode entregá-lo a terceiro prejudicado (*ius noxae dandi*). Na República, entretanto, o homicídio do escravo alheio é punido como o de qualquer pessoa. No império o senhor que castiga com demasiada crueldade seu escravo é obrigado a vendê-lo.”

“O escravo não tem direito de família, e sua relação conjugal se chama *contubernium*. Entretanto, aplicam-se-lhe os impedimentos matrimoniais dos homens livres.”

“O escravo não tem prioridade, e tudo o que adquire é de seu senhor. Entretanto, o senhor costuma deixar-lhe um *pecúlio*, com o qual o escravo chega até a resgatar-se.”

“O escravo contrata só em vantagem de seu senhor. Mas se este lhe tiver dado um pecúlio, responde para com os credores dentro de seu montante. A obrigação do escravo para com o senhor ou o terceiro é uma obrigação natural. O escravo juridicamente não pode prejudicar seu senhor. Desde que pratica um dano a um terceiro, o senhor atual pode isentar-se de pagar indenização, entregando à vítima o escravo (*ius noxae dandi*).”

Por tudo isto, e por todo o mais, as idéias romanas de liberdade jamais poderiam gerar um instituto que pudesse ser tido como a semente do *habeas corpus*, repetimos.

As *Institutas* de Justiniano indicam quais as fontes da escravidão (J. 1,3):

a) Fontes do *Jus Gentium*:

I – cativo de guerra: o inimigo, prisioneiro, torna-se escravo dos romanos (*servitus iusta*); o romano, feito prisioneiro, torna-se escravo do inimigo (*servitus injusta*);

II – nascimento: filho de escravo escravo é, salvo se a mãe, entre a concepção e o parto, ainda que por um momento, foi livre.

b) Fontes do *Jus Civile*:

I – devedor insolvente vendido além do Tibre;

II – réu de roubo flagrante;

III – aquele que se subtraiu ao *incensus* (recenseamento);

IV – o maior de 20 anos que se finge escravo e se deixa vender para dividir o preço;

V — a mulher que se uniu ao escravo alheio contra a vontade do senhor.

Pela alforria (*manumissio* — ULP. 1,6), o senhor libertava seu escravo e o fazia dentro de moldes e formas ditados pelo direito civil ou pelo direito pretoriano. A condição dos alforriados por direito pretoriano foi regulada pela *Lei Junia* (latinos junianos). Na época cristã se conhece a *manumissio in sacrossantis ecclesiis*, alforria feita na igreja em presença dos fiéis, constituindo-se, aí, um ponto de ligação do direito romano com o direito da Igreja, direitos que se chegaram a tocar intimamente, motivando, assim a observação de GABRIEL LE BRAS, *op. cit.*, p. 209: “sans le droit romain, y aurait-il un droit classique de l'Église? Sans le droit canon, le droit romain aurait-il pénétré dans la Chrétienté?”

A alforria adstringia-se a várias leis, todas do início do Principado, como a *Lei Sencia*, a *Lei Junia Norbana* e a *Lei Fufia Caninia*.

Disponha, ainda, o direito romano sobre as pessoas quase escravas (C. 1,138; ULP. 2.1) que eram as pessoas *in mancipio* (filhos vendidos, ou mancipados, pelo *paterfamilias*, em Roma, ou entregues a outrem para indenização por prejuízos, sendo livres em condição de escravos), o *statu-liber* (escravo alforriado sob condição suspensiva) e os *colonos* (homens livres, trabalhadores em latifúndio, que não podem se afastar da terra).

Tudo isto, afora a discriminação e a heterogênea distribuição de direitos sempre existente em Roma, conforme demonstra J. M. OTHON SIDOU in *A Privação...*, *op. cit.*, ao tratar da concepção de liberdades vigente no seio da romana sociedade, além do que, como assinala DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 389, era “la règle *nullum crimen nulla poena sine lege*, étrangère a notre ancien droit comme au droit romain...”

Ora, com tal concepção de liberdade (e a nossa possui raízes helênicas, ressalve-se), em nada se assemelham os romanos ao *homo contemporaneus*. Logo, não há por que se admitir os *interdicta* como origem, semente, do instituto do *habeas corpus*: enquanto este se vincula a uma concepção social de plena e irrenunciável liberdade, liberdade inerente a todo e qualquer indivíduo, aqueles tiveram sua vigência dentro de um panorama social e jurídico cujo conceito de liberdade era bem outro, bem distanciado desta *societas*, que vê na liberdade aquilo que viu ROUSSEAU, *op. cit.*, cap. IV (*De l'Esclavage*) — isto é, um bem inalienável, irrenunciável:

“Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit (...) renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs”.

3. Os tempos modernos: LIBERDADE e ESTADO DE DIREITO

A idéia de LIBERDADE é um tanto difusa e tão pouco precisa que sempre foi motivo de profundas elucubrações por parte de filósofos, juristas

— e toda uma gama de outros estudiosos — que jamais conseguiram transportá-la do plano do abstrato para o do concreto.

Tal idéia sobrenadava no momento historicamente grave da Revolução francesa, todavia sempre como um conceito baralhado, geral, indeterminado, abstrato: *liberté, égalité, fraternité*, era a trilogia revolucionária.

Esse conceito ideal, por inspiração dos pensadores franceses, foi se inserir na Constituição dos Estados Unidos da América como um vocábulo indefinido, misterioso, abstrato: LIBERTY.

Mas não era essa, a liberdade dogmática, a que aqui nos interessa. Interessa-nos, sim, a liberdade concreta e concretizada, tal como pensada pelos ingleses, que sempre a procuraram delimitar, dar contornos precisos, despir sua aura de mistério, definir, enfim. E o fizeram através da adjetivação, conferindo ao impreciso conceito um atributo: liberdade pessoal, liberdade de imprensa, etc.

Como adverte VICENTE FERRER NETO PAIVA in *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 66/67, ao tratar dos direitos absolutos do homem, “do direito do homem sobre suas ações deriva-se em primeiro lugar o *direito de liberdade*” (discordamos da terminologia, pois entendemos ser a liberdade, em si, um direito — direito subjetivo que se objetiva com a ordem jurídica formalmente posta)... “A liberdade é uma faculdade que, bem como todas as faculdades do homem, deve dirigir-se aos seus fins racionais (...). “E como os fins são muitos, pode dizer-se que há tantas espécies de liberdade quantos são os fins a que se refere. Assim é que há liberdade religiosa, liberdade moral, liberdade de ensino... , liberdade de comércio, liberdade jurídica ou política...”

Concretizada e definida a liberdade como liberdade de locomoção (que, aqui, é a que nos interessa, como *Leitmotiv* do instituto do *habeas corpus*), diremos que ela é aquela que exprime o direito de *ir, ficar e vir*, ou seja, *the power of locomotion* dos ingleses: o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, cujas privações ilícitas encontram como remédio legal o *habeas corpus*.

Através dos tempos, várias têm sido as conotações dadas à palavra LIBERDADE. Como assinala NELSON SALDANHA (verbete LIBERDADE in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, *op. cit.*), “a liberdade tem sido entendida em termos religiosos, metafísicos, psicológicos, sociais”.

Teologicamente, temos, a partir da Bíblia, três importantes conotações: a) a liberdade como oposição à escravidão (Êxodo, onde ressalta o sentido espiritual); b) a liberdade no sentido de oposição à escravidão — no sentido material (o cativo do Egito); e c) a liberdade como salvação: “a verdade vos libertará”. São Paulo define, ontologicamente, a liberdade como “a libertação do espírito da escravidão e do temor. O Novo Testamento, que fala abundantemente de liberdade, refere-se, principalmente, à liberação do pecado, da lei e da morte.

Filosoficamente, vários são os enfoques sob os quais é a liberdade colocada: para ARISTÓTELES, a liberdade é encarada como ausência de limitação; para SPINOZA, um estado de totalidade; para a filosofia moderna (a partir de HOBBS e LOCKE), a liberdade é possibilidade e opção, sendo finita e condicionada.

SÍLVIO DE MACEDO, *op. cit.*, p. 359, põe em foco o pensamento de vários filósofos acerca da liberdade:

SANTO TOMÁS DE AQUINO busca esgotar o tema no "livre arbítrio". Para ele a liberdade é o que se revela com a consciência individual e social. O homem *se sente* livre antes e depois de agir.

Para LOCKE, dois tipos de liberdade: liberdade de vontade, *freedom* ("we are born free as we are born rational"), e liberdade política, *liberty*.

STUART MILL segue os passos de LOCKE, além de entender a liberdade como um *fato moral*, como o fez KANT: *liberdade da vontade* (*Freiheit des Willens*), algo empírico-psicológico.

HEGEL conceitua a liberdade como ponto nodal da racionalidade, da filosofia, do direito, da moral e do espírito.

Para BERGSON: "On appelle liberté le rapport du moi concret à l'acte qu'il accomplit. Ce rapport est indéfinissable, précisément parce que nous sommes libres. On analyse, en effet, une chose, mais non pas un progrès; on décompose de l'étendue, mais non pas de la durée."

Para KARL JASPERS, "a liberdade é algo vazio se não se vincula à verdade da qual tem brotado e à qual ela serve".

MAX SCELLER ("Schristen aus dem Nachlass") afirma que "a liberdade é um termo cujo significado, no mínimo, contém um membro de um conjunto cuja qualidade só se entende na relação com esse conjunto".

Pode ainda a LIBERDADE ser enfocada sociológica e politicamente, sendo que sociologicamente se vê abandonado o aspecto *vontade*, discutindo-se, tão-somente, o problema da liberdade de ação (suposto de responsabilidade tanto moral como jurídica), enquadrando-se, aí, os conceitos romanos de *facultas agendi* (direito subjetivo) e a *libertas agendi* (direito objetivo).

Vimos, então, quão impreciso é o conceito-ideia de liberdade (*liberty*, *liberté*...), o qual deve ser concretizado e delimitado (*power of locomotion* etc.) em face do instituto do HC, que visa, em realidade, não à liberdade abstrata, mas, sim, ao *ius manendi ambulandi, eundi ultracitroque*, especificamente.

É o que, inescusavelmente, podemos entender, não só do que até aqui expusemos, também do que passamos a colocar, por acréscimo:

SMOU, *As garantias...*, *op. cit.*, p. 9, afirma peremptório que “a liberdade não é um direito: é um conjunto de prerrogativas que nascem com o homem e se desenvolvem em obediência a seus anseios, apuramento e idiosincrasias”. E argumenta o alentado Autor que “não é direito porque, independendo da coletividade humana e se prepondo a qualquer inter-relação entre os homens, antecede, naturalmente, à manifestação primária da vida jurídica...” (Crítica: parece que o consagrado Autor se esquece da elementar distinção entre direitos subjetivos e direitos objetivos e da existência dos chamados direitos *erga omnes*). E termina SMOU dizendo que, inobstante se nutra, a liberdade, do convívio social, independe da relação humana. *Data venia*, discordamos, ainda, do Autor: se, em geral, os direitos pressupõem dois pólos relacionais (credor/devedor, por exemplo), existem direitos — e isto é insofismável — que não exigem uma perfeita delimitação relacional: há um titular e o restante do corpo social deve respeitar essa titularidade, sendo direitos *erga omnes* oponíveis a todos indistintamente, sendo o difuso corpo social sujeito passivo deste direito chamado LIBERDADE.

Em nosso arrimo, o emérito PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* (*Tratado...*, vol. I, p. 162):

“O direito de personalidade, os direitos, as pretensões que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, *liberdade*, saúde (integridade física e psíquica), honra, *igualdade*” (grifamos a palavra “liberdade”).

Já em sua célebre *Posse de Direitos Pessoais*, *op. cit.*, p. 82, disse o insigne RUI BARBOSA, citando FELÍCIO DOS SANTOS:

“Dizemos ainda que alguém está na *posse de sua liberdade*. E haverá *direito* mais pessoal?” (grifamos a palavra “direito”, já grifada por RUI a palavra “liberdade”).

E é essa posse que visa garantir o instituto do habeas corpus...

Nos tempos contemporâneos (e, historicamente, começam estes com a Revolução francesa, como preleciona SOUTO MAIOR, *op. cit.* p. 20), vamos encontrar, a partir de 1789, uma permanente preocupação com os chamados direitos humanos, gerada no bojo dos ideólogos do séc. XVIII, cuja versão factual foi a Revolução francesa e que vai ser a pedra de toque da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948, cujo preâmbulo assim começa:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e

inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; . . .”

Isto é a evidência de que tais valores sociais e jurídicos são colocados acima de quaisquer outros, passando as instituições sociais a serem “marcadas pelo signo da liberdade, idéia nuclear a presidir a formação dos novos hipersistemas sócio-culturais” (SÍLVIO DE MACEDO, *op. cit.*, p. 364).

Assim é que no ESTADO MODERNO (e mais, e melhor: no ESTADO DE DIREITO) é fundamental o respeito ao valor LIBERDADE, o qual vai encontrar a sua máxima proteção a partir dos próprios textos constitucionais dos vários Estados, alguns dos quais transcrevemos a título de ilustração:

“Artigo XIII (aprovado em 1º de fevereiro de 1865, ratificado em 18 dez. 1865) — Seção I — Não existirá nos Estados Unidos ou em território sujeito à sua jurisdição nenhuma forma de escravidão ou de servidão involuntária, salvo tratando-se de punição de um crime e tendo sido o autor legalmente condenado” (*Constituição dos Estados Unidos da América*).

“Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos..

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. . .” (*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — França —, de 26-8-1789, constituindo direito em vigor, objeto de remissão da vigente Constituição em seu preâmbulo*).

“Art. 13. A liberdade pessoal é inviolável.

Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei

Art. 16. Qualquer cidadão pode circular e permanecer livremente em qualquer parte do território nacional, salvo os limites em geral estabelecidos por lei” (*Constituição da República Italiana, 27 de dezembro de 1947*).

“I – Dos direitos fundamentais

Art. 1º A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger.

2. O povo alemão reconhece, pois, a existência de direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.

Art. 2º

2. ... A liberdade da pessoa é inviolável. Só a lei pode restringir esses direitos” (*Constituição da República Federal Alemã*, Lei fundamental de 23-5-49).

“Art. 5º A Confederação garante aos cantões o território, a soberania dentro dos limites fixados no art. 3º, as suas *Constituições*, a liberdade e os direitos do povo”
(*Constituição da Confederação Suíça*, 29-5-1874, atualizada até 31-12-1969).

Assim se expressa a nossa Carta Fundamental (Emenda Constitucional nº 1/69):

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

.....

§ 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.

.....”

Como observa SIDOU (*Garantias...*, p. 37), “um excuro pelas páginas de quase todas as Cartas constitucionais vigentes, a quase unanimidade deste quartel de século permite observar como elas se comportam na garantia dos direitos coletivos (...) os estatutos básicos nacionais as consagram, num compromisso formal, solene e irrenunciável, contraído não apenas com seus jurisdicionados, porém com o homem de todos os quadrantes do mundo, comunheiro sem dúvida dos mesmos direitos coletivos, como se lê no pórtico da Declaração universal: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”

Assim, a maioria das Constituições enfoca concretamente o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, visando sua proteção, estatuindo sobre o respeito deste sagrado direito até mesmo por parte do próprio Estado, o que se verifica através do instituto do *habeas corpus*, o qual, conquanto tenha suas raízes fincadas na *Magna Charta Libertatum*, em seu § 29 (que acabou sendo desrespeitada, esquecida, postergada a cada passo e “sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta ora às decisões cobardes de certos juizes, ora às interpretações dos partidários da prerrogativa” — PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 55), passando pelo *Bill of Rights* (“e mesmo depois da petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento ... muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas”, PONTES, p. 55), chegando-se ao *Habeas Corpus Act* (1679), que, embora imperfeito como demonstra PONTES DE MIRANDA — *op. cit.* —, pode ser considerado como a pedra angular da defesa e da garantia à liberdade, atingindo o estado de direito, onde o *habeas corpus* se aprimora pela exaltação do sentido de liberdade.

Para PAULO BONAVIDES — *op. cit.* — “o estado de direito aparece historicamente como criação ideológica da sociedade burguesa, de suas lutas contra o absolutismo. A Constituição escrita é o coroamento desse ideal, a nascente legítima de uma ordem limitativa do poder numa escala de valores cuja hierarquia começa com o indivíduo, prossegue com a sociedade e termina com o Estado, o último dos três valores”.

Por essa conceituação, podemos assimilar um sentido de evolução — o mesmo sentido que subsiste no conceito de liberdade e no próprio instituto que a resguarda.

Deste modo, conquanto a liberdade haja nascido com o próprio homem, o seu anjo tutelar só vem a surgir numa fase bem posterior da história da humanidade (1215... 1679...), todavia, num momento em que o direito era ainda bastante incipiente, sendo tão-somente o “*droit du plus fort*” a que se refere ROUSSEAU em seu *Contrato Social*, e quando ainda não se podia falar em Estado (em realidade, só se pode falar em Estado na Idade Moderna — o ESTADO MODERNO, que tende a evoluir em ESTADO DE DIREITO).

Assim é que a evolução do conceito de liberdade e de suas garantias está adstrita à evolução do conceito de Estado.

Se tomarmos por base o ano de 1215, em que foi assinada a Carta por João sem Terra, partiríamos de plena Idade Média e teríamos de nos referir a um "Estado Medieval" (se é que este existiu, como Estado), com limites jurisdicionais confusos, direito eminentemente consuetudinário, ordenamento não unificado, "Estado" não nacional, não unitário, não soberano, presa do sistema feudal, com predominância de localismos, o imperador com pretensões de ser universal (sua autoridade não conhecia limites), etc. O Estado Moderno (verdadeiramente o *Estado* — embora não queiramos discutir a questão nesta monografia: se houve ou não Estado na Idade Média, se se pode precisar uma faixa temporal a que se denomine Idade Média, se Estado seria apenas o chamado Estado Moderno, se Estado, Estado Moderno e estado de direito são denominações equivalentes, etc...) surge negando a tudo isso, mercê do rompimento com o papado, do despontar de nacionalidades, da unificação territorial, do enfeixamento do poder, etc... E se aperteiçoa com a maior valia aos chamados direitos humanos, sendo, na lição de NELSON SALDANHA (*Estado de Direito, Liberdades e Garantias, op. cit.*, p. 39), "tarefa inicial e não difícil do liberalismo destacar, de dentro desses direitos, as liberdades, cuja acepção plural, de resto, tinha antecedentes na Magna Carta e em outros documentos pré-liberais", caracterizando-se, então, as liberdades "quase axiomáticamente como *direitos*, na elaboração da nova ordem sócio-política nascida das revoluções liberais", entrando, ditas liberdades, "nas Constituições como conteúdos substanciais do núcleo de prerrogativas que o Estado encontra no ser humano como coisa anterior à sua presença: anterior no sentido lógico e prioritário no sentido axiológico". Começa, assim, o Estado Moderno a caminhar em direção ao estado de direito, o qual, no dizer de DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 271, aproveitando um elemento da doutrina kantiana, é aquele que reconhece "o valor da personalidade e, por conseguinte, o dever de limitar a sua própria atividade, sempre que esta ameçar destruir aquele valor", certo ainda que "o Estado não deverá, sobretudo, invadir o foro íntimo da consciência individual com exigências arbitrarias, nem tampouco suprimir a iniciativa e a concorrência individuais". E mais: "... que cada um de seus atos" (do Estado) "tenha sempre por fundamento a lei como manifestação da vontade geral" (p. 272). E em lapidar fórmula, o mesmo DEL VECCHIO: "A antítese entre individuo e sociedade encontrou, assim, no Estado a sua superação racional. O Estado é o órgão supremo do direito. O direito é uma emanção da natureza humana. O Estado é, pois, o próprio homem considerado *sub specie juris*". Para DEL VECCHIO, p. 274, devem ser pontos cardeais do Estado Moderno a soberania da lei, o direito de todos os cidadãos a participarem na sua formação e a igualdade dos mesmos perante a lei. Lei como fruto da elaboração do Estado-legislador, por delegação do povo e sujeita ao controle do Estado-juiz: "O Poder Legislativo edita a lei; outro órgão aprecia-lhe a compatibilidade com a Constituição" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, p. 40). Por tudo

isto, ainda caminhando de mãos dadas com DEL VECCHIO, "o Estado é e deve ser um *estado de direito* e não um estado absoluto ou de polícia", tudo pressupondo sempre a noção jurídica de cidadão, inteiramente estranha às ideologias e estruturas medievais, clima onde surgiu a *Magna Charta* (e, também por isto: por não se conceber o homem como cidadão, daí a reação), semente do *habeas corpus*, instituto que ascende a seu maior apogeu com o *estado de direito*, sendo, deste, uma das mais fortes, senão a mais forte, formas de expressão (estado de direito, sim; não, todavia, nos moldes da doutrina de Kelsen pela qual o Estado é, por si mesmo, estado de direito, sendo, assim, estado de direito aquele onde pontificara o Nacional Socialismo de Hitler — o que, sem sombra de dúvida, é uma inominável heresia). No estado de direito, de se ressaltar, encontra-se o *habeas corpus*, em sua Constituição (votada pelo Poder Constituinte legitimamente posto pela vontade popular), inscrito com letras de ouro, com o traço firme e indelével com o qual devem estar, também, inscritos todos os demais direitos do homem e do cidadão.

4. O *habeas corpus* — suas origens; discussão

Não discutiremos, aqui, por ocioso, a natureza jurídica do *habeas corpus*, sua aplicabilidade, aspectos legais e jurisprudência, o direito positivo, enfim, nenhum outro aspecto senão o da gênese do instituto, que é o que, realmente, neste estudo, nos interessa. Presuntivamente, daremos todos os demais aspectos por conhecidos — por motivos práticos e para que não se alongue desnecessariamente o tema ora tratado, posto que limitado espacialmente em nossa tarefa.

Ordinariamente, tem-se dito que a origem do *habeas corpus* finca-se no ano de 1215, na Inglaterra de João Sem Terra, na *Magna Charta Libertatum*. Assim o afirmam até mesmo aqueles que têm sugerido serem os *interdicta* romanos a origem mais remota do *remedium juris* constitucional e modernamente consagrado. Entre esses autores se alinha o nosso PONTES DE MIRANDA:

"JOÃO SEM TERRA. — Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano 1215. Foi no Capítulo 29 da 'Magna Charta Libertatum' que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física" (PONTES DE MIRANDA, *História e Prática...* op. cit., p. 9).

"... Não havia, então, qualquer remédio jurídico que, por suas virtudes, se lhe pudesse atribuir o ser fonte do *habeas corpus*", que "é posterior à própria *Magna Charta*, de onde procede,

contudo, em seus princípios de direito público subjetivo” (nossos os grifos) (PONTES DE MIRANDA, *História...*, pp. 22/23).

Assim se refere MACALHÃES NORONHA in *Curso...*, *op. cit.*, p. 384, às origens do *writ*:

“Historiadores e juristas apontam a origem do *habeas corpus* na *Magna Charta* do Rei João Sem Terra, obrigado a outorgá-la sob a pressão dos ‘barões de ferro’, em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymede”.

No mesmo diapasão, SAHID MALUF, *op. cit.*, p. 395:

“O instituto do *habeas corpus* tem sua história ligada ao marco inicial do constitucionalismo inglês: a Magna Carta de 1215.”

RALF LOPES PINHEIRO, *op. cit.*, p. 54, ao analisar a Magna Carta e os procedimentos de João Sem Terra, preleciona:

“Tais promessas nem sempre foram cumpridas por João Sem Terra, mas, de qualquer forma, estavam ali escritas e asseguradas as garantias individuais dos cidadãos. E dessas garantias derivam e se acham incorporados às Constituições dos povos livres os seguintes preceitos:

a) (...); b) (...);; e) o *habeas corpus*; f) (...)”

Com efeito, a origem do *habeas corpus* está, como historicamente consagrado, na *Magna Charta Libertatum*, e é a partir dela que vemos o instituto evoluir e chegar aos nossos dias, mantidos os indelévels liames — coisa inconstatável quanto aos *interdicta*, se os tomamos por origem: os *interdicta*, conquanto garantissem a liberdade de ir e vir como faz o *habeas corpus* (e este, o único ponto de identidade), o faziam de forma bastante diversa deste, inclusive tendo natureza distinta da do *writ*, como teremos oportunidade de verificar no item nº 5 do presente trabalho.

Se, como afirmou RUI BARBOSA, o *habeas corpus* pode ser entendido como “a ordem dada pelo juiz ao coator a fim de fazer cessar a coação”, de se entender que, no caso do HC, a coação se origina no próprio Poder Público (autoridade coatora), enquanto nos interditos a coação era em geral exercida por um particular sobre outro (neste ponto um reparo ainda: se o HC é medida fundamentalmente aplicável contra ato da autoridade, ou se também contra particular. Diz BOLIVAR PEDROTTI MALGARÉ, *op. cit.*, pp. 16/17: “Há duas correntes que discutem esse assunto: uma entendendo que o *habeas corpus* só tem cabimento se a coação ilegal provém de ato de autoridade; a outra, muito forte, entende que o HC sempre tem cabimento, bastando que a liberdade de locomoção de uma

pessoa esteja sofrendo constrangimento ou coação ilegal, pouco importando para efeito do cabimento da medida, de quem parta a ilegalidade ... Há, porém, quem sustente que o remédio para fazer cessar uma coação ou ilegalidade praticada por um particular deveria ser buscado não através do HC, mas por medidas outras constantes da legislação penal..."). Daí o concluir-se que, no caso do HC, o Estado busca controlar os seus próprios atos, investindo contra seus prepostos em defesa do *power of locomotion* de seus súditos; já no caso dos *interdicta*, o Estado investia contra particulares apenas, posto que os seus próprios atos eram intangíveis e insusceptíveis de reparo. E só esta diferença nos basta para que não admitamos os *interdicta* como origem do HC.

A expressão *habeas corpus* procede do latim e, em sentido literal, significa "tome o corpo" (*habeas*, subjuntivo de *habeo*, *es*, *habui*, *habitum*, *habere* = possuir, tomar posse + *corpus*, *corporis* = corpo). Menos literalmente, significa que se tome a pessoa e se apresente ao juiz, que a julgará. O cerne do HC está na máxima contida na vetusta *Magna Charta*, em que *nullus liber homo capiatur*.

PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* (*História e Prática...*), p. 23, elucida:

"*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o tribunal competente concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido", literalmente: "*toma o corpo deste detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso*".

Vozes isoladas apontam outras origens para o HC. É o que informa VICENTE SABINO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18: "Outros escritores, como GUILHERME ONCKEN, fazem remontar esses princípios à época de Henrique III (1154-1189), com sua Carta..." (...) "... E não falta quem aponte, como antepassado ou precursor desse remédio, certa medida adotada em plena Idade Média, no Fuero de León (1188), como consequência do pacto político-civil entre o reino e Dom Afonso IX, em que se traçam limitações progressivas ao poder absoluto dos reis."

Informa RALPH LOPES PINHEIRO — *op. cit.* — citando JAYME DE ALTAVILA, que muitas das disposições do HC já apareciam em leis anteriores, como os Estatutos da Paz, de 1022, editados pelo Rei Luís, o Gordo.

É o próprio VICENTE SABINO JÚNIOR quem informa (p. 19): "O que se sabe de positivo é que a mais antiga manifestação legal de garantia da liberdade humana, *pelo menos a do homem livre*" (grifamos), "encontra-se no direito romano, inserta no livro 43, título 29, do Digesto, representada pelo interdito *De homine libero exhibendo*: Ait Praetor — Quem liberum dolo malo retines, exhibeas; Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam."

Data venia, discordamos do alentado Autor, pelas mesmas razões que adotamos ao longo do presente trabalho, aduzindo, ainda, que forte argumento nos fornece o próprio VICENTE SABINO JÚNIOR no trecho supra transcrito, exatamente na frase por nós grifada: “pelo menos a do homem livre”, o que lembra claramente a escravatura romana, que só pode escandalizar a consciência jurídica vigente e que é incompatível totalmente com os princípios e valores que norteiam o instituto do HC, inclusive o valor (natural) liberdade, que é ínsito à dita consciência e a partir dela mensurável, quer objetivamente, quer subjetivamente, como dado sensível que, como todo dado do chamado direito natural, ‘no puede ser sino experimentado, no enseñado; se vive, no se inventa, ni se descubre, ni se investiga’... “porque no es una realidad de la conciencia, sino una entidad dada siempre... antes de toda posible reflexión sobre ella, una entidad que no hace vinculante por obra de la conciencia, ni gana en obligatoriedad por obra de su racionalización” (WOLF, *op. cit.* p. 214). É ínsito o valor liberdade à consciência jurídica porque o homem é naturalmente livre e o “elementar desejo de ser livre é a força por trás de todas as liberdades, velhas e novas”, com “pouca necessidade de explicar o que é esse desejo”, o qual “alguns de nós o descobriram de modos inesquecíveis” (RALF DAHRENDORF, *op. cit.*).

Se, por um lado, como já dissemos em o item nº 2 do presente trabalho, não havia em Roma o devido respeito à liberdade do homem, em face do Poder Público, por outro lado não se deve encarar esse despreço como total pela liberdade humana, nem que o sentimento de liberdade estaria entorpecido no ser humano. Como assevera SMOU in *Garantias...* *op. cit.*, p. 14, “nos códigos romanos... se repete que todo homem, por direito natural, é livre, afirmativa que se encontra em D.40.10.11 e C.6.8 e 7.24. O homem livre” (e pela expressão “homem livre” nos é sugerida a existência do escravo) “devia permanecer nesse estado e, contra os atos que lhe cerceassem a liberdade, se erguiam remédios enérgicos, quando menos enfáticas declarações de direitos”. “O que ocorria em desfavor dessas declarações é que não havia como contrapô-las aos governos, enérgicas como fossem, em frente dos particulares” (o que é completamente contrário às diretrizes que regem o HC, dirigido, principalmente, contra o arbítrio dos agentes do Poder Público — o que é conclusivo em favor de nossa tese. Ressaltamos, ao ensejo, que esse *respeito relativo* à liberdade humana, sobre o qual falamos linhas acima, não nos permite vislumbrar nos interditos a origem romana do HC: o respeito à liberdade, aí, deve ser total). Prossegue SMOU: “... era da peculiaridade do direito romano que o Estado não podia ser acionado.”

Assim, não podemos ver, como origem do HC, os interditos. E insistimos na origem inglesa (1215) do instituto, origem que — o que é importante — não é só do HC, também do consagrado princípio do *nullum crimen*, o qual, conforme argumenta SEBASTIAN SOLER — *op. cit.*, p. 12 — “n’est pas sorti, complet et achevé de la tête de Minerve pour se projeter,

invarié et invariable, sur l'Histoire", mas, como bem demonstrado pelo renomado Autor, teve sua origem no § 29 da Carta de João Sem Terra, que é o alfa, como dissemos, não só do HC, também do princípio da anterioridade da lei, sendo certo que "après la Grande Charte, il y a eu encore en Anglaterre de nombreux *bills of attainders* et en France, de nombreuses *Lettres de cachet*" (SOLER, *op. cit.*). O § 29 da Magna Carta "doit être considéré comme une forme primitive qui n'en viendra que postérieurement, en réalité des siècles après, à mettre l'accent sur l'exigence de la priorité de la loi par rapport au fait".

Assim é que, sobretudo por terem origens comuns, o *nullum crimen* e o HC caminham de mãos dadas até os nossos dias e continuam a constituir culminâncias dentro do estado de direito — o que, absolutamente, não ocorreu em Roma, em nenhum de seus estádios.

E, se, por um lado, em Roma não havia uma tradição de liberdade — já que, aí, se consagrava a escravatura —, na Inglaterra se objetivava a manutenção daquilo que o povo entendia como algo que já lhe pertencia: "We must vindicate our ancient liberties, we must reinforce the laws made by our ancestors", diziam as petições de direitos apresentadas aos príncipes.

Assim, ROMA e INGLATERRA, duas consciências bem distintas; INTERDITOS e HABEAS CORPUS, dois frutos estanques dessas distintas consciências...

5. Os interditos. O *interdictum de homine libero exhibendo*

O vocábulo *interdicta* (sing. *interdictum*) possui a seguinte etimologia: *inter* (entre) + *dictus*, a, um (part. passado do verbo *dico*, is, *ixi*, *ere* = dizer), donde o verbo *interdicere*, significando interdizer, interditar, decretar, enfim, prolatar decisão terminativa de um litígio: *inter duos dictum* ("dito entre dois" litigantes).

Eram os interditos ordenações proferidas pelos Magistrados, objetivando que certos acontecimentos se concretizassem, criando-se, mantendo-se ou recompondo-se situações, até que a causa fosse mais detidamente examinada com vistas a uma futura decisão definitiva.

Os *interdicta* tinham, principalmente, o caráter possessório e, basicamente, até Justiniano, dividiam-se em duas classes: os de retenção ou de manutenção de posse (*retinendae possessionis causa*) e os de recuperação ou de reintegração de posse (*recuperandae possessionis causa*), embora existissem, ainda, os destinados à condução dos filhos (*de liberis ducendis*), a fazer exhibir os filhos (*de liberis exhibendis*), de fazer exhibir a mulher casada (*de uxore ducenda vel exhibenda*), aos quais, no fundo, podemos considerar como possessórios, posto que, para o *paterfamilias*, um filho ou a mulher não tinham o sentido hodierno, sim uma conotação de simples *res* e, naturalmente, passíveis de posse.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 263, informa que “no período clássico os interditos eram numerosos. Assim, permitiam ao *paterfamilias* reaver o *filiusfamilias* (ou a mulher *in manu*) retido por um estranho”. (O que não comporta nenhum paralelismo com o HC, até mesmo porque era providência intentada por particular em face de outro particular.)

Enorme foi a importância dos interditos no direito romano e de tal forma que foram absorvidos pelo direito moderno. No Brasil, eles evoluíram e se apresentaram em diversas formas e aspectos. Adaptaram-se contemporaneamente, modificaram-se, tomaram aspecto de ações, como no caso dos interditos *retinendae* e *recuperandae possessionis*, que constituem fundamentos importantes das ações possessórias em nosso direito positivo privado.

No tocante ao *interdictum de homine libero exhibendo* (e o direito romano conheceu vários interditos exhibitórios), autores há que afirmam ter sido tal instituto a “origem e raiz mais remota” do *habeas corpus*, como o douto PINTO FERREIRA (in *Enciclopédia Saraiva do Direito, op. cit.*, p. 305) ou o mestre PONTES DE MIRANDA, in *História e Prática...*, *op. cit.*, p. 21 e parte III, opiniões contra as quais, *venia concessa*, nos insurgimos, posto que, se de um lado há semelhanças entre os interditos e o HC, ditos institutos não são senão semelhantes, não iguais, pesando, assim, o fato de serem, aqueles, institutos de direito privado e este, de direito público; mais: os primeiros visavam à tutela da liberdade ameaçada ou violada por um particular, enquanto o HC sugere, principalmente, a violação por parte do Estado através de seus prepostos, via de ilegalidade ou abuso de poder. Além do mais, não há, historicamente, nenhuma indicação de evolução de um ao outro instituto, apenas um enorme espaço de tempo a intermediá-los, espaço-temporal, em que vamos constatar apenas o permanente desejo de proteção à liberdade, evidenciado através de esforços jurídicos estanques. Ao demais, é inescusável que, ao se afirmar que uma coisa tem origem em outra, necessária a constatação de liames entre a fonte primária e o derivado. E, *in casu*, esses liames inexistem, sendo que, em lugar deles, apenas um vazio espaço-temporal, não adiantando que tais ou quais doutrinadores — mesmo usando de argumentos de autoridade — afirmem da originariedade apenas pela constatação de semelhança (e não de liames e de necessária evolução do instituto dito original). É o que demonstra a literatura a respeito, mesmo sob as peremptórias alegações de que o HC tem sua origem nos *interdicta*.

Por outro lado, sustentamos — e o fazemos em vários pontos deste trabalho — o total distanciamento entre os institutos sob análise, mercê, inclusive, da disparidade existente entre o tratamento dado ao bem liberdade no direito romano (o conceito de liberdade entre os romanos) e o vigente entendimento liberal de liberdade. A esse propósito, cai como uma luva a afirmativa de SIMOU (*As Garantias...*, p. 12) de que “em Roma, em qualquer dos três estádios de sua longa história cobrindo

treze séculos (...), tampouco ali, dizíamos, se pode apontar respeito à liberdade do homem em face do poder público. A única garantia a obstaculizar os possíveis abusos de poder consistia na acusação do magistrado (funcionário) quando expirasse o tempo, em geral de um ano, do múnus em que fora investido. O Estado romano não podia ser acionado, não respondia por seus agentes, *nem mesmo admittit ação contra eles*" (grifamos). Logo, não poderia admitir o direito romano o HC nos moldes em que tal instituto é, realmente, admitido. Como bem demonstram ALVARO VILAÇA AZEVEDO (*Interdicta, op. cit.*) e DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (*Interdicta adipiscendae possessionis, etc., op. cit.*), vários foram os interditos (quase sempre possessórios) de que se valeu o direito romano para a resolução das *quaestio interdutos*, isto "além do procedimento *per formulam* (...) da extraordinária *cognitio*" (DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO, *Interdictum, op. cit.*), e das *legis actio*.

A determinação da origem do procedimento interdital, apesar das exaustivas pesquisas, continua bastante obscura; há falta de elementos e dados precisos para se dizer quando tal procedimento começou a ser usado, admitindo alguns autores a possibilidade de que haja sido ao tempo das ações da lei (na esfera administrativa), sendo certo que ao tempo da Lei das XII Tábuas "já existiam interditos para proteger situações e interesses que ainda não gozavam da tutela, como ainda para certos direitos que estavam protegidos na referida lei" (DOMINGOS SÁVIO, *Interdictum*). Mais tarde, com o procedimento *per formulam*, novos interditos, ao lado dos antigos, vieram a acentuar a diferença entre *interdictum* e *actio* como dois modos distintos de tutela jurídica, chegando os interditos a serem muito numerosos, ensejando, como demonstra SARA CORREIA (*Interdictum II, op. cit.*), divisões múltiplas, tanto do ponto de vista da forma como do fundo.

Como salienta PINTO FERREIRA (*Interditos, op. cit.*), "os interditos têm uma fundamentação histórica e social na necessidade prática do direito", não sendo viável "a existência do direito sem uma garantia objetiva, mesmo à distância, que é a coercibilidade". Por isso, certos interesses e situações permaneciam sem proteção de sanção legal e, assim, os interditos foram criados e tiveram sua origem. Destes — e PINTO FERREIRA enumera 41 — o INTERDICTUM DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO é que, de perto, mais nos interessa.

Relacionado entre os interditos exhibitórios (não há, nestes, pelo menos diretamente, o caráter possessório), o *interdictum de homine libero exhibendo*, ao lado do *interdictum de liberis exhibendis*, era ação principal para restituir-se a um homem livre sua faculdade de ir, ficar e vir (D., *de liberis exhibendis, item ducendis*, 43,30; C. *de liberis exhibendis seu ducendis et de homine libero exhibendo*, 8, 8; D. *de homine libero exhibendo*, 43, 29; GAIO IV, § 162; L. 2 § 7, D., *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*, 43, 1).

Apenas, como já demonstrado, os interditos eram requeridos contra particulares, jamais, por impossibilidade jurídica, contra funcionários do Estado romano, nesta qualidade, o que distancia sobremaneira os interditos do HC, cuja *ratio essendi* maior é exatamente a tutela da liberdade individual em face da autoridade do Estado por atos de seus prepostos, violadores, estes, da liberdade de locomoção.

O interdito *de homine libero exhibendo*, que é o que, aqui, realmente nos interessa, neste cotejo com o HC, surge como corolário de uma estrutura social estratificada, dividida em classes sujeitas a tratamentos diversos. Ele se respaldava no fato de serem livres (ingênuos, libertos e clientes) aqueles cujo *status* era necessário retomar. Assim, o decreto era expedido pelo Pretor ante a restrição física individual, a pedido do coacto ou de alguém por ele (mera semelhança com o HC, mera semelhança procedimental), esbarrando-se, todavia, quando o fato coação partia do Estado, via de seus funcionários, que não podia, *ex vi legis*, ser acionado em qualquer hipótese, sob qualquer pretexto, e seus agentes, agindo em seu nome, só após um ano de afastamento de seu *munus publicum*. Se a coação provinha de um particular, era esse compelido a exhibir o homem ante o Pretor, ou, se motivos tivesse de manter o cárcere (como no caso do devedor insolvente), promover a ação competente, produzir provas e arrostar o ônus de uma possível sucumbência, como qualquer litigante. Estes aspectos nos parecem definitivos, por si sós, para negarmos que sejam os interditos origem do instituto do *habeas corpus*, a par dos demais apontados no curso desta monografia.

6. Conclusões

Apesar de autores de peso sempre se referirem aos interditos do direito romano, ao tratarem do *habeas corpus*, como sendo aqueles a origem deste, tal vinculação — assim o entendemos — inexistente, pelas várias razões que apontamos ao longo da presente monografia, não sendo, pelo exposto, os *inderdicta* a remota semente do HC, heróico remédio constitucional contra as turbações da liberdade pessoal de ir, vir e permanecer — *the power of locomotion* referido pelos ingleses.

Diferentemente dos *inderdicta*, o *habeas corpus* (e, aí, também um ponto de diferença — um dos muitos pontos) é conquista da humanidade e, como tal, enquadrado na lapidar frase de VON JHERING com a qual abrimos o presente trabalho e que, a seguir, traduzimos:

“Todo direito que existe no mundo foi alcançado através de luta: seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate contra as cortes dos opositores; todo e qualquer direito, seja o direito dum povo, seja o direito dum indivíduo, só se afirma através duma disposição ininterrupta para a luta.”

7. **BIBLIOGRAFIA** (autores e obras citados ou consultados)

- 1 — ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*. Tomo 1º, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- 2 — ARNAUD, A. J. "Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne". In *Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, nº 2, pp. 183/210 — Sirey, 1978.
- 3 — BARBOSA, RUI. *Posse de Direitos Pessoais*. Rio de Janeiro, Edição "Organização Símbes", 1950.
- 4 — ———. *República — Teoria e Prática*. Petrópolis/Brasília, Ed. Vozes & Câmara dos Deputados, 1978.
- 5 — BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. RJ. Athena Editora, 1937.
- 6 — BONAVIDES, PAULO. "O Estado de Direito". In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, vol. IV, 1979.
- 7 — BRANDÃO LIMA, DOMINGOS SAVIO. Verbete: "Interdicta Adipiscendae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 8 — ———. Verbete: "Interdicta Recuperandae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 9 — ———. Verbete: "Interdicta Retinendae Possessionis". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 10 — ———. Verbete: "Interdictum". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, nº 45, Edit. Saraiva, 1977.
- 11 — CANAAN, MÁRIO. *Curso de Direito Romano*. RJ, Livraria Augusto Leite, sem data.
- 12 — "CONSTITUIÇÕES Políticas de Diversos Países". Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1975.
- 13 — CORREA, SARA. Verbete: "Interdictum". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Saraiva, 1977.
- 14 — DAHRENDORF, RALF. "A Nova Liberdade". In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, Edit. Univ. de Brasília, 1978.
- 15 — DEL VECCHIO, GIORGIO. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado — Edit. Sucesor, vol. II, 1972.
- 16 — DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948.

- 17 — DONNEDIEU DE VABRES, H. "Les leçons de l'Histoire et le Progrès du Droit Pénal International". In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, nouvelle série, n° 3, Librairie du Recueil Sirey, 1951.
- 18 — Emenda Constitucional n° 1/69. Brasil, 1969.
- 19 — FERRER NETO PAIVA, VICENTE. "Elementos de Direito Natural". In *Philosophia do Direito*. Coimbra, tomo I, 4ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 1863.
- 20 — LE BRAS, GABRIEL. "L'Eglise Médiévale au Service du Droit Romain". In *Révue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, Librairie Sirey, 1966.
- 21 — LIMONGI FRANÇA, R. *A Proteção Possessória dos Direitos Pessoais e o Mandado de Segurança*. SP, 1958.
- 22 — LITRENTO, OLIVEIROS. *O Problema Internacional dos Direitos Humanos*. 3ª ed., RJ, Ed. Rio, 1975.
- 23 — MACEDO, SÍLVIO DE. "Liberdade" (II). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977, (vol. 49).
- 24 — MALUF, SAHID. *Curso de Direito Constitucional*. SP, 7ª ed., Sugestões Literárias, vol. 2, 1973.
- 25 — MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed., RJ, Ed. Saraiva, 1976.
- 26 — ———. *Direito Penal*. 11ª ed., SP, Saraiva, vol. 1º, 1974.
- 27 — MELGARÉ, BOLIVAR PEDROTTI. "O Habeas Corpus e o Mandado de Segurança no Direito Brasileiro". In *Directum — Revista Jurídica*. RJ, n° 1, 1978.
- 28 — MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. 2ª ed., tomo 1.
- 29 — MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. *Direito Romano*. 3ª ed., RJ, Forense, vol. I, 1971.
- 30 — PINHEIRO, RALF LOPES. *História Resumida do Direito*. RJ, Rio, 1976.
- 31 — PINTO FERREIRA, L. Verbete "Habeas Corpus". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977, (vol. 40).
- 32 — ———. Verbete "Interdito". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 33 — PONTES DE MIRANDA, F. C. *História e Prática do Habeas Corpus*. 4ª ed., RJ, Borsoli, 1962.

- 34 ————— *Tratado de Direito Privado* — Parte geral, 4.^a ed., tomo I, SP, ERT, 1974.
- 35 — PORCHAT, REYNALDO. *Curso Elementar de Direito Romano*. Vol. I, 1.^a parte, SP, Duprat & Cia., 1967.
- 36 — ROCHE, JOHN P. *Courts and Rights*. Random House Inc., USA, 1961.
- 37 — ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social — ou Principes de Droit Politique*. Paris, Ernest Flammarion Éditeur, s/data.
- 38 — SABINO JR., VICENTE. *O Habeas Corpus e a Liberdade Pessoal*. SP, ERT, 1964.
- 39 — SALDANHA, NELSON N. *Estado de Direito, Liberdades e Garantias* SP, Sugestões Literárias, 1980.
- 40 ————— “O Estado”. In *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, vol. IV, 1979.
- 41 — ———— *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. SP, J. Bushatsky Ed., 1976.
- 42 — ———— “Liberdade” (I). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977 (vol. 49).
- 43 — ———— “Estado”, “Estado de Direito”, “Estado Moderno” (verbetes). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, Ed. Saraiva, 1977 (vol. 33).
- 44 — SCIASCIA, GAETANO. *Sinopse de Direito Romano c/Tábuas*. 2.^a ed., SP, Saraiva, s/data.
- 45 — SIDOU, J. M. OTHON. “A Privação dos Direitos Cívicos nas Instituições do Povo Romano”. In *Revista Acadêmica*. Recife, n.^o LXVI, Faculdade do Direito, UFPE, 1970.
- 46 — ———— *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos — Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança. (Estrutura Constitucional e Direitos Processuais)*. RJ, Forense, 1977.
- 47 — SOLER, SEBASTIAN. “La Formulation Actuelle du Principe “Nullum Crimen””. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, nouvelle série, n.^o 1, Librairie du Recueil Sirey, 1952.
- 48 — SOUTO MAIOR, A. *História Geral*. SP, Cia. Editora Nacional, 8.^a ed., 1968.
- 49 — TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Verbetes: “Habeas Corpus” (II). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 40, Ed. Saraiva, 1977.
- 50 — VILLAÇA AZEVEDO, ALVARO. Verbetes: “Interdicta”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP, vol. 45, Ed. Saraiva, 1977.
- 51 — VON JHFRING, RUDOLF. *Der Kampf um's Recht*. RJ, Ed. Rio, 1978.
- 52 — WOLF, ERIK. *El Problema del Derecha Natural*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1960.