

AS ORIGENS LUSO-BRASILEIRAS DO MANDADO DE SEGURANÇA

MARCELO CAETANO *

1. Na Constituição Brasileira de 16 de julho de 1934 aparece pela primeira vez, incluído na declaração de direitos contida no art. 113, o mandado de segurança, que o inciso 33 define assim:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

A criação do mandado de segurança veio rematar uma evolução que, por ser bem conhecida dos juristas brasileiros, me abstenho de narrar aqui. Limitar-me-ei a recordar os traços fundamentais, a título de “razão de ordem”.

A Constituição de 1891 consagrou o *habeas corpus* (art. 72, § 22), que vinha aliás do Código do Processo Criminal de 1832-1841, determinando que seria dado “sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer, violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Estes termos permitiram a RUI BARBOSA defender a tese de que no Direito brasileiro o *habeas corpus* não conservara o caráter restrito de providência defensiva da liberdade de locomoção. E que podia ser pedido e concedido em todos os casos de ilegalidade ou abuso de poder, de que resultasse para as pessoas qualquer tipo de violência, ou uma coação ainda que meramente moral.

Tal foi a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” que o Supremo Tribunal Federal consagrou na sua jurisprudência. A inviolabilidade do domicílio, o segredo da escrita comercial, a liberdade do exercício da profissão, a prática do culto religioso,

* Ex-Presidente do Conselho de Ministros de Portugal e Professor Titular na Universidade de Lisboa.

a situação do funcionário, entre outros institutos, encontraram nessa época amparo no *habeas corpus*.

Mas na reforma constitucional de 1926 foi dada ao § 22 do art. 72 da lei fundamental outra redação, ficando a ter a forma seguinte:

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

A restrição do *habeas corpus* à sua função histórica tornou urgente a criação de outro remédio judicial que preenchesse a lacuna deixada pela destruição que a reforma constitucional tinha operado da obra jurisprudencial até aí realizada.

Como se dizia na Mensagem presidencial que anunciou em 1924 ao Congresso a intenção da reforma da Constituição, deveriam fixar-se os limites do instituto do *habeas corpus* “criando-se ações rápidas e seguras que o substituam nos casos que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo”.

Foi o que se fez na Assembléia Constituinte reunida em novembro de 1933.

2. Já antes dessa Assembléia Constituinte vários parlamentares haviam apresentado projetos tendentes a instituir uma proteção específica contra atos ilegais das autoridades que ofendessem direitos individuais sem tocar na liberdade de locomoção.

Mas coube ao deputado JOÃO MANGABEIRA propor à Comissão do Anteprojeto Constitucional em janeiro de 1934, a medida que batizou de *mandado de segurança* e que depois veio a ser consagrada no texto do Anteprojeto, primeiro (art. 102, § 21) e, depois, na Constituição de 1934 (art. 113, alínea 33).

Os comentadores desta procuraram a fonte do novo instituto no Direito anglo-saxão e também no Direito mexicano.

Do Direito anglo-saxão provinha o *habeas corpus*, um dos remédios extraordinários, *writs* ou orders do sistema da *Common Law*. Era natural procurar nele os outros exemplos ou modelos de ordens que o Poder Judiciário pode dar às autoridades executivas para que façam ou deixem de fazer alguma coisa.

Tanto mais que no Direito norte-americano vigoram, além desses, os chamados *writs of injunction*, fundados na *equity* e que constituem em ordens dadas pelo Tribunal a qualquer pessoa para praticar certo ato ou se abster de o praticar.

De resto, RUI BARBOSA criara a escola, que podemos chamar *anglo-saxônia*, de interpretação das instituições constitucionais dos Estados Unidos do Brasil. Era para a América do Norte,

e para a Grã-Bretanha donde haviam provindo as normas jurídicas norte-americanas, que os olhares dos juristas brasileiros se deveriam dirigir sempre que tivessem dúvidas a esclarecer no funcionamento do federalismo político e do sistema judicialista.

Ao norte do continente se encontrava também, desde 1841, no México, o *juicio de amparo*, consagrado depois nas Constituições federais de 1857 e 1917. Mediante a obtenção dessa providência judicial o cidadão mexicano pode conseguir que se impeça a execução de atos ilegais das autoridades que sejam ofensivos dos direitos individuais ou a reposição das coisas no estado anterior à ofensa.

3. Foram assim esquecidas as raízes nacionais do instituto. Porque o instituto da segurança, de que o mandado de segurança é uma manifestação, tem antiquíssimas tradições no Direito luso-brasileiro.

Basta procurar essas tradições mais próximas nas Ordenações Filipinas.

Como se sabe, a parte fundamental da legislação portuguesa anterior ao século XIX foi compilada em códigos denominados "Ordenações".

A primeira compilação data do meado do século XV, reinando o Rei D. AFONSO V, e denomina-se *Ordenações Afonsinas*.

A segunda, que foi a primeira divulgada pela imprensa, é dos começos do século XVI (duas versões: a de 1512 e a de 1521) e presidiu, portanto, aos primeiros ensaios da colonização do Brasil: são as *Ordenações Manuelinas*.

A terceira, que é mera reforma da anterior, foi publicada em 1603, reinando FILIPE II e ficou sendo chamada de *Ordenações Filipinas*.

Ora, estas Ordenações vigoraram no Brasil integralmente durante os séculos XVII e XVIII. E após a independência foram sendo sucessivamente substituídas pelas leis administrativas, os Códigos Penal e de Processo Criminal do Império, as leis de Processo . . . Mas no que toca ao Direito Civil só ficaram revogadas quando, em 1 de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro.

4. É no Livro 5^o das Ordenações Filipinas, no Título 128 (correspondente ao Tit. 50 do mesmo livro das Manuelinas), que se encontram reguladas as *Seguranças Reais*.

"Segurança real (diz o texto) geralmente se chama a que pede às Justiças a pessoa que se teme de outra por alguma razão."

Portanto, esta forma de segurança, dada por ordem dos juizes em nome do Rei, consistia em prevenir ou evitar uma ameaça

aos direitos de alguém a pedido do ameaçado.

Como se concedia a segurança?

Vejamos o que reza o título citado das Ordenações:

“ . . . se a Justiça da terra, a quem for pedida, for informada que a pessoa que pede esta segurança tem razão justa de se temer, mandará vir perante si aquele de que pede segurança, ou irá a ele, ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa for, e requerer-lhe-á da nossa parte que segure aquele que dele pede segurança; e se o segurar, mandar-lhe-á dar disso um instrumento público ou carta testemunhável, segundo for o julgador.”¹

Embora o texto se me afigure claro, não se perde em tentar determinar-lhe melhor o sentido.

Fica-se sabendo, pois, que o ameaçado dirigia-se ao juiz com jurisdição local e expunha-lhe as razões do seu temor. Se o juiz considerasse justificadas essas razões citava o ameaçador, variando os modos da citação com a categoria social da pessoa citada. E requeria, em nome d’El-Rei, ao citado, que segurasse o ameaçado, isto é, que desse ao ameaçado a garantia de que não lhe faria mal. Se o ameaçador consentisse em dar tal garantia, o juiz entregava ao ameaçado uma carta ou documento oficial, de que constasse a segurança.

Mas a Ordenação prevê a seguir a hipótese de o ameaçador se recusar a dar a segurança pedida. Em tal caso, determina a lei, “o Julgador o segurará (ao ameaçado) de nossa parte, de dito e feito e conselho, e além disso castigará o que por seu *mandado* não quiser dar a dita *segurança* pelo desprezo que lhe assim fez, e a pena será segundo a qualidade da pessoa, e a razão que tiver e disser porque não fez seu mandado”.

Portanto, se o ameaçador não queria prometer ao juiz que não faria mal ao ameaçado, então era o juiz que dava a segurança. Repare-se na expressão que traduz o procedimento sumário: “de dito e feito e conselho”. Ainda hoje na linguagem comum, para se significar a gravidade de uma decisão e respectiva execução se empregam os termos: “dito e feito”. A lei acrescenta a palavra: “conselho”. Interpreto esta palavra como querendo dizer; a arbítrio do Julgador, segundo o seu juízo da conveniência e oportunidade. Era uma decisão discricionária do juiz e um procedimento sumário.

1 No antigo Direito português tanto o instrumento público como a Carta Testemunhável eram documentos destinados a atestar autenticamente um direito ou um fato; só que o primeiro era lavrado por tabelião e o segundo por um escrivão — cf. PEREIRA E SOUSA, “Primeiras linhas sobre o Processo Civil”, t. II, § 330, nota 65-A.

Tínhamos aqui a verdadeira "segurança real", isto é, dada ao cidadão em nome do Rei, sob cuja proteção ficava.

A recusa do ameaçador de fazer a promessa de respeitar e não incomodar o ameaçado era, ao mesmo tempo, punida. Compreende-se que o fosse. Não se tratava apenas de desacatar um "requerimento" formulado em nome do Soberano: mas de castigar um elemento perigoso, que com a sua conduta renitente em ameaçar outrem, punha em risco a vida ou os bens de uma pessoa e a própria paz pública. Tínhamos aqui um antecedente das modernas "medidas de segurança". A pena era indeterminada, mas consistiria em multa, ou em degredo da vila ou cidade, e mesmo até em prisão, caso fosse plebeu.

Como temos visto não se diz neste título qual a qualidade do ameaçador. Entendê-se que a segurança podia ser impetrada contra qualquer pessoa, fosse nobre ou plebeu, fosse autoridade pública ou simples particular. Esta interpretação é confirmada pelo § 2º., ainda do Título 128, e que se refere expressamente às ameaças dos detentores de autoridade.

"Porém, se alguém pedir segurança do senhor da terra onde viver ou de pessoa que tenha sobre ele jurisdição, não lhe será dada carta (de segurança real) senão com grande e justa razão e mostrando primeiro por escritura pública ou por algum sumário conhecimento ter dele recebido tais agravos por que lhe deva com razão ser concedida a dita segurança.

Está aqui o processo especial da segurança dos indivíduos contra autoridades, nas quais se acha incluído o senhor da terra, visto na época haver senhorios; isto é, zonas sob a jurisdição de um senhor que recebera doação régia com poderes jurisdicionais.

Compreende-se que fosse necessário acautelar a autoridade contra os incômodos daqueles que, por tudo e por nada, reclamam e contestam.

Então, o que se diz ameaçado tem de provar que já recebeu agravos da autoridade que justifiquem, por "grande e justa razão", o pedido feito. E esses agravos hão-de ser demonstrados por escritura pública ou mediante "algum sumário conhecimento". Não está aqui a transparecer aquela evidência da prova da investidura num direito que a jurisprudência brasileira atual considera, em geral, demonstrativa da existência do "direito líquido e certo" que fundamenta a concessão do mandado de segurança?

A lei diz ainda que a segurança deve ser sempre concedida em relação a "pessoas particularmente nomeadas" e não a corporações ou instituições.

A quebra da segurança por aquele que estivesse obrigado a

respeitá-la, era uma agravante especial do crime cometido para a romper. Dobrava a pena, e se esta fosse de morte, impunha o acréscimo de outra pena acessória.

5. Aqui está, pois, o assento principal da segurança nas Ordenações Filipinas: no livro V, que era o da matéria penal, o "livro terrível" na qualificação dos praxistas.

Mas ainda se encontra referência ao instituto no livro onde se contém a regulamentação do processo civil, e que é o livro III.

Aqui, é no Título 78 que ele se encontra. Este título trata dos recursos a interpor para os Tribunais dos atos praticados por autoridades não judiciais. E trata também de procedimentos que hoje chamaríamos de jurisdição voluntária.

Entre eles, e na classe que a Ordenação chama dos "autos extrajudiciais cominatórios", aparece o mandado de segurança:

" § 5º. . . . a parte que se teme ou se receia ser agravada pela outra parte pode recorrer aos juizes da terra, implorando o seu ofício que o provejam como lhe não seja feito agravo.

E poderá ainda, fora do Juízo, apelar de tal cominação pondo-se sob o poderio do juiz, requerendo e protestando de sua parte àquele de que se teme ser agravado que tal agravo lhe não faça. E se, depois do dito requerimento e protestaçaõ assim feita, for alguma novidade cometida ou atentada, mandará o juiz (se for requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro estado."

"E em tal protestaçaõ será inserta e declarada a causa verosímil e razoada por que assim protestou. Pode-se por exemplo: se algum se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas coisas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e se, depois dela, ele receber ofensa daquele de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da *segurança* dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por Direito."

Como se vê, neste título regulam-se o processo e os efeitos civis da segurança e da sua quebra.

Quanto ao processo, ou procedimento, se preferir, o interessado pode requerer a segurança diretamente ao juiz, e sobre isto não se alonga o legislador porque a matéria está versada no Livro V; ou lavrar protesto extrajudicial, entende-se que perante tabelião, em que mencione as razões do seu temor e se coloque sob a proteção da Justiça. Remetido este protesto ao juiz competente, e se a ameaça temida se concretizar, o juiz deve mandar ao ofensor que restitua o ofendido ou lesado ao estado anterior à

lesão, processando-o criminalmente nos termos do Livro V.

O Dr. OTHON SIDOU, a ps. 25 e 69 da 3ª. edição do seu apreciável livro "Do mandado de segurança", já notou que nesse título 78 do Livro III das Ordenações se empregam os dois termos *mandado e segurança* que haviam de ser utilizados futuramente no instituto brasileiro.

Não atentou o distinto autor no título 128 do Livro V, que é o assento principal da matéria, e onde também os dois termos se encontram associados.

6. Demonstradas assim as raízes do mandado de segurança nas Ordenações Filipinas (que de maneira geral não se afastam neste ponto das Manuelinas), vou-me ocupar ainda de três assuntos complementares.

a) Houve algum reflexo desta matéria das Ordenações na legislação imperial?

b) Que diferença há entre *carta de segurança e carta de seguro*?

c) Quais as origens históricas da segurança?

7. Os primeiros legisladores do Império conheciam bem as Ordenações do Reino de Portugal. Tinham na sua maioria estudado em Coimbra. Na prática forense haviam aplicado as leis portuguesas. De modo que, naturalmente, as primeiras leis que depois da Independência apareceram no Brasil haviam de acusar a influência do Direito constituído até então.

O Código do Processo Criminal publicado em 1832 não foge à regra. Mas nove anos depois foi remodelado e essa versão de 1841 é que vigorou longos anos no território brasileiro. Vamos guiar-nos por ela, tanto mais que nestes pontos não difere muito do texto anterior.

Ora, no art. 12 do Código, ao enumerar-se a competência dos juizes de paz, surgem-nos os §§ 2º. e 3º. que lhes dão poderes para:

"§ 2º. Obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas, que perturbam o sossego público; aos turbulentos que, por palavras e ações, ofendem os bons costumes, a tranqüilidade pública e a paz das famílias."

"§ 3º. Obrigar a assinar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de cometer algum crime, podendo cominar neste caso, multa até 30.000 réis, prisão até trinta dias e três meses de casa de correção ou oficinas públicas."

Segundo informa o escritor PEREIRA E SOUSA nas suas "Primeiras Linhas de Processo Criminal", publicadas no começo do século XIX, aquele instrumento público em que as Ordena-

ções determinavam ficasse registrada a segurança dada pelos ameaçadores, acedendo à intimação do juiz, era já conhecido em Portugal pelo nome de termo de *bem viver ou de bene vivendo* (cap. 42, § 322, n. 570 e índice).

O Código regulava depois, nos arts. 121 e segs., o processo para a assinatura dos termos de bem viver e de segurança.

E no regulamento de 31 de janeiro de 1842, contendo as “instruções para a execução da parte policial e criminal da lei da reforma judiciária”, lá aparecem, nos arts. 111 a 113, os dois termos. Tem particular interesse o 112:

“Quando alguma pessoa tiver justa razão para temer que outra tente um crime contra ela, o fará saber por meio de petição ao chefe da polícia, delegado, subdelegado ou juiz municipal e qualquer deles atenderá, procedendo imediatamente nos termos do art. 124 do Código do Processo Criminal.”

Notei, ao examinar os textos das Ordenações Filipinas, que neles se encontravam reunidos, naquilo que poderíamos chamar o “instituto de segurança”, duas instituições que depois fizeram caminho no Direito moderno: as medidas de segurança e o mandado de segurança.

No Código do Processo Criminal de 1832-1841 são as medidas de segurança que aparecem consagradas. Com muitos anos de avanço sobre a escola positiva italiana, as leis brasileiras, seguindo a esteira da legislação portuguesa, consagravam a doutrina da defesa social contra a delinquência e a aplicação de medidas preventivas, em processo jurisdicional, para neutralizar os indivíduos perigosos.

8. O segundo ponto que convém esclarecer é o respeitante à diferença existente entre dois tipos de documentos cuja menção é freqüente sob a égide do antigo Direito português: *as cartas de segurança e as cartas de seguro*.

Já vimos o que eram as cartas de segurança — instrumento público em que se consignava a garantia do respeito dos direitos de um indivíduo ameaçado por outrém, fosse particular, fosse autoridade pública, dada pelo ameaçador, ou pelo juiz em nome de El-Rei.

As cartas de seguro eram outra coisa. A sua regulamentação vem também no livro V das Ordenações Filipinas, Título 129, correspondente ao Título 49 do mesmo livro das Manuêlinas.

Quando alguém era acusado de um crime podia, uma vez pronunciado, ser preso para investigação. Ora o argüido tinha a faculdade de requerer ao juiz que o segurasse contra a prisão, de

modo a evitar que fosse detido ou a conseguir que fosse liberto, se já estivesse preso. Os fundamentos do pedido podiam ser a negação do fato de que era argüido, ou a alegação da legítima defesa — isto é, segundo rezava o § 8º. do Título 124, confessando o malefício mais aduzindo tê-lo feito “em defesa do seu corpo”.

Se o juiz requerido se convencesse de que os fundamentos do pedido tinham procedência, emitia a favor do requerente uma *carta de seguro* a determinar que não fosse preso até que se achasse contra ele “tanto por que o deva ser”.

Como se está vendo, encontra-se aqui um instituto com grandes analogias com o *habeas corpus*.

As cartas de seguro foram largamente usadas no Brasil, constituindo por vezes uma arma de luta dos juízes contra os capitães-generais e autoridades suas delegadas, de modo a evitar as prisões ordenadas por elas sem mandado judicial.

As afinidades com o *habeas corpus* mais ressaltam da circunstância de o Código do Processo Criminal de 1832-1841 abolir umas ao consagrar o outro.

Efetivamente, no art. 113 diz-se:

“Ficam abolidas as cartas de seguro e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que algum réu se livre solto.”

E no art. 340:

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

Em resumo: enquanto a carta de segurança era dada a inocentes que temessem ser inquietados ou ofendidos nos seus direitos por outras pessoas, a carta de seguro era concedida a acusados por um delito para os dispensar da prisão preventiva por não estar provada a sua culpabilidade ou a sua perigosidade.

9. Finalmente resta saber qual a origem e a razão de ser do instituto de segurança na antiga legislação portuguesa.

No século XII, quando o Reino de Portugal foi declarado independente, prevaleciam no território da nova monarquia os costumes bárbaros que alanos, vândalos, suevos, visigodos e árabes tinham disseminado, quebrando a ordem jurídica que os romanos se haviam esforçado por implantar.

Ora, entre esse costume figurava a *justiça privada*: os ofendidos nos seus direitos vingavam-se dos ofensores fazendo justiça por suas próprias mãos. O isolamento em que viviam as povoações tornavam o Direito num valor local. A opressão da natureza e das paixões desencadeadas impunham a solidariedade na famí-

lia ou na povoação. Para que reinasse a amizade entre vizinhos era preciso que todos, e cada um, respeitassem as normas de convivência. E ofensa feita a alguém era ofensa feita à família do ofendido, que toda ela se empenhava no desforço visando à família do ofensor.

Neste regime de vindita vieram a verificar-se com o tempo dois progressos jurídicos importantes: um, a regulamentação da sua extensão, de modo a evitar excessos; outro, a determinação da culpabilidade do acusado de maneira a prevenir os enganos.

Este último progresso traduz-se em que, antes de ser considerada legítima a vingança, o acusado devia comparecer perante a assembléia dos vizinhos para esta dizer, recorrendo se necessário ao Juízo de Deus, se ele era ou não culpado. E até que a decisão fosse pronunciada, o argüido ficava sob a proteção da comunidade, isto é, ficava *seguro*. Daqui nascem as *cartas de seguro*, salvo-condutos destinados a poupar os suspeitos às iras dos inimigos. Só depois de ter sido considerado culpado, o acusado ficaria sendo inimigo manifesto ou inimigo conhecido e sujeito à vingança da vítima ou dos seus parentes.

Se o crime era tão grave que fosse considerado aleivosia ou traição, então o acusado podia ser considerado *inimigo público* e era expulso da comunidade, privado de quaisquer direitos, ficando portanto fora da proteção jurídica ou *out-law* como se diz em inglês, mal traduzido na linguagem jornalística por "fora da lei".

Ora, à medida que a autoridade régia se vai formando e as assembléias dos vizinhos vão sendo por todo o reino substituídas na função judicial por juízes eleitos, ou nomeados pelo Rei, vai-se também intensificando a luta contra a justiça privada, fonte quase inevitável de abusos graves e de excessos perigosos.

Então aquele que se sentisse injustamente acusado de algum fato ilícito donde fosse possível resultar a retaliação dos interessados, devia dirigir-se aos juízes locais para que o segurassem.

Já vimos como os juízes procediam. A segurança real obrigava os ameaçadores a recorrer ao processo regular perante o Tribunal competente, caso quisessem averiguar a prática e a autoria dos fatos. Era um freio contra a justiça privada.

A origem do seguro e da segurança real parece, pois, ter sido a mesma. E só com o tempo se diferenciaram uma da outra.

10. O que acabo de expor constitui, segundo me parece, um exemplo demonstrativo da necessidade de aprofundar mais o estudo das origens do moderno Direito Brasileiro.

Na literatura jurídica do Brasil contemporâneo a legislação

dos tempos coloniais goza de muito má fama. As Ordenações do Reino de Portugal são sumária e globalmente condenadas como absurdas, monstruosas, bárbaras, caóticas, não sei que mais.

Tenho, porém, colhido a impressão que os autores que assim se pronunciam não conhecem a fundo as Ordenações. A leitura destas é, naturalmente, fastidiosa para os juristas de hoje. O estilo apresenta-se muito diferente do que atualmente é usado nos diplomas legislativos. Há diferenças de vocabulário. A ordem das matérias nem sempre é lógica. É claro que refletem o espírito de uma época muito diferente da nossa.

Mas há nelas muitas disposições e muitos institutos do maior interesse pela sua atualidade. Creio tê-lo demonstrado relativamente a dois casos: as medidas de segurança em matéria penal e o mandado de segurança.