

O *HABEAS CORPUS* NO BRASIL IMPÉRIO: LIBERALISMO E ESCRAVIDÃO

Mônica Ovinski de Camargo *

Sumário: Introdução. 1. As Ordenações Filipinas e a garantia da liberdade física; 2. O liberalismo brasileiro no período da Independência; 3. A liberdade física na Constituição de 1823; 4. As primeiras codificações criminais brasileiras e o *Habeas Corpus*. Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo objetiva examinar a inserção do *Habeas Corpus* no Brasil, em 1832, no Código de Procedimento Criminal, em meio à estrutura monárquica e agrária do Império. O estudo perpassará além das codificações penais, as Ordenações Filipinas e a Constituição do Império, enfocando o suporte jurídico da garantia de liberdade física individual, tendo como pano de fundo o escravismo e o patriarcalismo, ligados à dominação agrária, a par do liberalismo da burocracia estatal. Os resultados alcançados apontam para o estreito conceito de cidadania recepcionado no Brasil Império, que excluía negros escravos e índios e restringia para as mulheres o acesso à tutela jurídica do *Habeas Corpus*. A metodologia empregada consistiu na pesquisa teórica e histórica, com bibliografia específica.

Palavras-chave: *Habeas Corpus*; escravidão; liberalismo; cidadania.

Abstract: This present article aims to examine the *Habeas Corpus* insertion in Brazil, in 1832, in the Procedural Penal Code, in the agrarian and monarchy structure. Besides the Penal and Procedural Codes, this study will include Felipe's Orderings and 1824 Constitution, focusing the legal support of the freedom from bodily restraint guarantee, the scene saving the slavery and patriarchalism, linked to the agrarian domination, joining the state-owned bureaucracy liberalism. The reached results target a citizenship restricted concept accept in Brazil Imperial period, which excluded Indians and Negroes from *Habeas Corpus* and the women had a little access to it. The methodology approached was theoretical and historical theory, with specific bibliography.

Keywords: *Habeas Corpus*; slavery; liberalism; citizenship.

* Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Membro efetivo do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade do Extremo Sul Catarinense (NUPEC/UNESC). Professora nas disciplinas de Criminologia e Metodologia do Trabalho Monográfico na UNESC.

Introdução

O *Habeas Corpus*, como instituto jurídico-político de garantia da liberdade, foi delineado no conteúdo de importantes documentos políticos da Inglaterra, como resultado de uma árdua luta contra o exercício do poder político da monarquia, que, por vezes, sobrepujou arbitrariamente a liberdade física de seus súditos, como forma de coação direta e imposição de sua vontade, mesmo quando contrária aos costumes. Desde a Magna Carta de 1215, passando pela *Petition of Right*, de 1628, e pelos dois *Habeas Corpus Acts*, o primeiro de 1679 e o segundo de 1816, decorreram-se longos seis séculos, tempo necessário para que o instituto ganhasse corpo e fosse lentamente erigido na Inglaterra, em harmonia com a estrutura política e jurídica que o antecedeu.

Foi a partir do modelo inglês que o *Habeas Corpus* foi inserido na legislação brasileira definitivamente em 1832, no Código de Procedimento Criminal, a partir do suporte jurídico ofertado pela Constituição do Império, de 1824, e pelo Código Criminal, de 1830. O Brasil, em menos de dez anos de vida legislativa autônoma, procurou importar diversos institutos de origem liberal, no afã de se aproximar das conquistas liberais da Inglaterra e da França. Todavia, o problema maior estava em impor estas medidas em uma estrutura que nem de longe se avizinhava com a reconhecida nestes lugares.

O objetivo desta pesquisa é examinar brevemente a adoção do *Habeas Corpus* no Brasil, em cotejo com o contexto jurídico e político, para visualizar a adaptação do instituto pertencente ao ideário democrático-liberal na estrutura jurídico-política do período imperial, pós-independência de Portugal.

Nas próximas linhas, tratar-se-á, principalmente, da acomodação do instituto na estrutura sóciopolítica brasileira, em meio à exclusão do negro e do afro-descendente, submetidos à escravidão, do índio e da mulher, perfazendo um conceito restrito de cidadania, à luz das legislações editadas e do contexto político orientado pelo ideário liberal, em voga na época. Acompanhar-se-á a fixação da garantia da liberdade física no Brasil desde o entendimento das Ordenações Filipinas, de 1603, até a confecção do Código de Procedimento Criminal, de 1832, que prescreveu definitivamente o *Habeas Corpus*.

A importância do estudo aqui realizado está em resgatar as razões históricas da introdução do *Habeas Corpus* no Brasil, como garantia da liberdade física individual, e como parte da construção do ordenamento jurídico de recente formação no Império, diante da estrutura monárquica, patriarcal e escravocrata que constituíam seu pano de fundo. Dessa forma será possível conhecer o alcance deste instituto no Brasil império e as razões de sua implantação no ordenamento jurídico pátrio.

A metodologia empregada consiste na pesquisa teórica e histórica, com o estudo de livros especializados.

1. As Ordenações Filipinas e a garantia da liberdade física

Antes da proclamação formal da Independência, em 1822, o Brasil não produzia sua própria legislação, já que como colônia portuguesa importava de lá todo o arsenal legislativo, principalmente o penal. As Ordenações Filipinas regeram toda a disciplina penal no Brasil desde 1603, sendo revogada nesta matéria somente com o Código Criminal de 1830 (THOMPSON, 1976, p. 115). No interregno de mais de duzentos anos observa-se que a aplicação das Ordenações na colônia brasileira ocorreu de forma descontínua, devido à frágil e deficitária estrutura burocrática, todavia, mesmo assim, fizeram valer a dominação portuguesa. Para alcançar um mínimo de adaptação das leis lusas no Brasil, fez-se necessário que o governo português expedisse diversos comandos normativos auxiliares, com o intuito de tornar aplicável o conjunto de leis dissociadas da realidade brasileira. Assim, junto às Ordenações Filipinas, vieram Cartas de Doação, Forais, Cartas Régias, Alvarás, Regimentos dos Governadores Gerais e várias leis extravagantes (WOLKMER, 1998, p. 47).

Conforme assinala Wolkmer (1998, p. 49), a legislação portuguesa não era valorada como fruto de uma conquista comum, mas sentida pela maioria como um fardo, visto que, no mais das vezes, não se aproximava dos costumes e dos padrões morais da grande maioria dos habitantes da colônia brasileira. Prova disso é que a população do Brasil Colônia compunha-se basicamente por três grupos: a maioria indígena, negros trazidos da África e uma minoria branca de portugueses, a qual dominava

impondo suas leis e costumes, estranhos para a grande maioria, alijando-se ao máximo do direito indígena e dos costumes dos negros africanos.

O fator diferencial da colonização realizada no Brasil, diante da que ocorreu nas colônias norte-americanas, por exemplo, é que o objetivo dos colonizadores portugueses não era fincar aqui suas raízes, e sim ocupar o espaço e explorar toda a sorte de riquezas naturais que a terra oferecia, para, futuramente, retornar para Portugal e usufruir as riquezas acumuladas. Para tanto, o intuito do português era dominar a qualquer custo, nem que para isso fosse necessário sufocar toda a população nativa, junto aos seus costumes e suas fontes de direito. Em nenhum sentido o direito nativo influenciou o conjunto da legislação portuguesa vigente no Brasil Colônia. Nesse sentido, expressa Wolkmer:

Naturalmente a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e que ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário (1998, p. 52).

As Ordenações Filipinas foram elaboradas no final do século XIV, durante o período em que Portugal estava sob domínio espanhol, a partir do reconhecimento da autoridade real de Felipe I, rei da Espanha. Não houve uma inovação efetiva no conteúdo das Ordenações Filipinas, capaz de concretizar uma profunda transformação ante as ordenações anteriores, mesmo porque grande parte da nova legislação foi compilada das anteriores – Afonsinas e Manuelinas – que formavam mais do que sua base segura. O intuito do monarca espanhol era unicamente expedir uma legislação que impusesse seu domínio e não incluía o esforço de cunhar modificações substanciais no que já estava estabelecido (THOMPSON, 1976, p. 86).

A forte tendência que recortou os limites das Ordenações Filipinas, trazidas a lume em 1603, era sentida na preocupação em fortalecer a justiça pública, aumentando consideravelmente a parcela de poder real. Como prova disso, a prática dos duelos, tão comuns naquela época, foi seriamente proibida, reunindo nas mãos do poder monárquico toda a autoridade para

aplicar a justiça, retirada das mãos dos particulares, em nome de uma suposta razão de Estado, para o bem da coletividade. Porém, esta não foi a única tendência da última Ordenação do Reino, que teve vigência no Brasil.

O direito português continha fortes elementos do direito bárbaro, com o qual se miscigenou desde longa data, com a adoção do Código Visigótico em meados do século X, período das grandes invasões bárbaras. Desde então, muito se modificou na legislação portuguesa, que recebeu influência de outras fontes, mas muitos traços bárbaros permaneceram nas Ordenações, como, por exemplo, a manutenção do instituto da *paz do rei*. Este instituto assumiu uma importância capital, peça indispensável para os monarcas fundarem sua soberania de matriz divina e não humana. Quem atormentasse a *paz do rei* estava sujeito a sofrer suplícios infíndos,¹ pois tal afronta colocava em xeque a própria autoridade divina do monarca na terra (THOMPSON, 1976, p. 50). Este era um dos institutos de origem bárbara que, herdado das ordenações anteriores, permanecia vigente nas Ordenações Filipinas.

Todavia, era na qualidade das penas que o ranço bárbaro mais se fazia perceptível. Além das quatro diferentes penas de morte – cruel, atroz, simples e civil –, as Ordenações ainda previam as conhecidas penas vis, das quais as pessoas de classes poderosas e abastadas estavam expressamente livres. Essas penas “tornavam infame o delinqüente, (...) tais como as de açoite, corte de membro, galés ou trabalhos públicos, baraço e pregão” (THOMPSON, 1976, p. 102). Uma longa lista de pessoas estavam excluídas da hipótese de sofrerem essas penas, geralmente as que possuíam algum título de nobreza ou altas somas em dinheiro, entre eles comerciantes que tratavam com importâncias superiores a cem mil réis, juízes, vereadores, procuradores das vilas ou conselhos, desembargadores, cavaleiros de linhagem, sem contar é claro, com rainha, príncipes, infantes, duques, mestres, marqueses, prelados e condes, entre outros. (THOMPSON, 1976, p. 102).

¹ Dentre outros sofrimentos Thompson destaca que o sujeito era banido da cidade onde morava, perdia o direito de ter casa ou bens, roupas ou comida. Quem quer que o encontrasse estava autorizado a matá-lo, sem responder criminalmente por este ato (1976, p. 50).

Do exposto, ressalta-se dois aspectos principais em relação às penas neste período: constituíam-se em castigos corporais e infamantes² e eram aplicadas distintivamente, conforme a importância ou nobreza do criminoso. Muitos filósofos iluministas como o Marquês de Beccaria (BECCARIA, 1997), durante o século XVIII, insurgiram-se contra o modelo punitivo desta época, que objetiva a retribuição do crime através de castigos aflitivos, torturas morais e físicas.

Percebe-se, portanto, que o direito vigente no Brasil colonial estava longe de se adequar aos preceitos da liberdade individual, tão valiosa para os ingleses, a ponto de se constituir em razão para a luta contra o poder monárquico. O desprezo pela liberdade física, sob a égide das Ordenações Filipinas, era visível na prática comum das prisões particulares, as quais existiam em todo o lugar, em qualquer propriedade de médio porte. Eram espaços imundos, infestados de ratos e insetos, escuros e úmidos. Mesmo nas prisões públicas, as pessoas eram mantidas a ferros, momento no qual eram aplicados castigos e torturas de diversas espécies, com o intuito de se alcançar a confissão do crime. Muitas pessoas morriam contaminadas por doenças, pela falta de alimentos e pelo exagero na aplicação dos suplícios. Como as distâncias entre as pequenas vilas eram percorridas com dificuldade, a notícia de uma prisão demorava para ser difundida nos meios oficiais, haviam poucos policiais ou juizes, circunstâncias que agregadas contribuíam para a persistência das prisões arbitrárias (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 122). Tal realidade cotidiana foi percebida e descrita pelo conde dos Arcos,³ que depois da partida de Dom João VI para Portugal emitiu um decreto, datado de 23 de maio de 1821, onde expôs o seguinte:

² Michel Foucault designa este período como a *Era dos Suplícios*, cujos traços similares são encontrados na descrição do modelo punitivo previsto na Ordenação Francesa de 1670 (2000, p. 30). Este período, onde as penas eram físicas e aflitivas, representando todo um ritual político de dominação do poder real, também foi vivenciado no Brasil, notadamente nos pelourinhos, onde eram aplicadas as penas públicas e dolorosas, diferenciadas para brancos e negros.

³ O português Dom Marcos de Noronha e Brito foi o oitavo conde dos Arcos de Valdevez, último vice-rei do Brasil durante o período anterior à vinda da família real para o Brasil. Exerceu forte influência nos acontecimentos que ensejaram o Grito do Ipiranga, já que era conselheiro de Dom Pedro I. Militar que lutou em algumas insurreições no nordeste brasileiro, esteve também à frente do governo da Bahia (HOLANDA, 1995, p. 115 e 183).

E constando-me que alguns governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes da culpa formada, pretextando denúncias em segrêdo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida, a segurança individual. E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os beneficios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este decreto ordeno... (ARCOS *apud* PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 123).

O decreto continha cinco artigos regulando as prisões e a condição dos encarcerados. O primeiro exigia que as pessoas só pudessem ser presas com ordem judicial escrita, excetuando os casos de flagrante delicto. Em seguida, descrevia os requisitos indispensáveis que autorizavam o juiz a expedir os mandatos de prisão: culpa formada pela inquirição sumária de três testemunhas, duas delas necessariamente juradas; fato exposto na lei como crime; descrição individual do acusado; decisão judicial que determinasse a prisão e o livramento. O terceiro preceito fixava o prazo de 48 horas, improrrogáveis, para que depois da data da prisão do acusado findasse o feito, expedindo-se a condenação ou absolvição. Este processo era público, com autorização para que o réu e as testemunhas fossem confrontados, e o mais interessante, propiciava expressamente a *justa defesa*, direito negado apenas para os acusados de crimes para os quais fosse cominada a pena de morte. O último artigo intentava terminar com os horrores das prisões, proibindo que:

(...) possa alguém ser lançado em segrêdo ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer, e flagelar, ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas grilhões e outros quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final (ARCOS *apud* PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 124).

O último artigo procurava dar a garantia de que esta lei fosse cumprida, impondo aos violadores a pena de perda de emprego público, para

o qual estariam para sempre inabilitados. Vê-se, pois, que esta lei se circunscrevia ao âmbito das prisões públicas, nada podendo fazer contra os encarceramentos privados. Pontes de Miranda (1955, p. 128), que descreve o ato do conde, afirma que esta foi a *Magna Carta brasileira*, com o atraso de seis séculos, pois guardava o semelhante intuito de exterminar com o arbítrio real nas prisões, torturas e processos injustos.

Haviam dois institutos, copiados do direito romano e previstos pelas Ordenações Filipinas, utilizados para libertar as pessoas da prisão: *de liberis exhibendis*; *de homine libero exhibendo*. O primeiro era utilizado para reivindicar a liberdade de pessoas detidas pelos próprios familiares, como o pai que mantinha a filha casada em sua residência. Conseqüentemente, este interdito não se aplicava para as pessoas presas, acusadas de algum crime. Para este fim, o segundo previa a fórmula pretoriana, exigindo que se exibisse o homem que estivesse preso arbitrariamente. Apesar de não garantir a liberdade física, este instituto resguardava o indivíduo de prisões injustas, pois avaliava se o motivo de sua detenção era justo. Outro mecanismo utilizado na época, previsto pelas Ordenações Filipinas, consistia na edição das cartas de seguro, que primeiro tiveram a função de impedir que se exercesse a justiça particular e, depois, exprimiam um tempo determinado para que a pessoa acusada ficasse presa, o qual depois de expirado, tinha o intuito de liberar a pessoa (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 143).

Ocorre que nenhum destes instrumentos revelava a certeza de liberdade física para o indivíduo, pois não havia nenhuma lei que obrigasse a sua expedição, ou mesmo o seu cumprimento. A liberdade estava entregue para o arbítrio de alguns juizes ou ocupantes de cargos públicos portugueses, aos quais cabia decidir se a pessoa merecia ou não receber a carta de seguro ou que sobre ela se expedisse o interdito citado. Entretanto, surpreende que tais disposições existissem, ante de tantos excessos permitidos pelas Ordenações do Reino.

Diante do exame dos instrumentos legais de liberdade física sob as Ordenações Filipinas, cumpre neste momento estudar o modelo de liberalismo político sustentado pelos grupos que constituíram o movimento pró-independência no Brasil. Esta tarefa possibilitará o entendimento do

ideário político destes grupos e do modelo de liberdade individual por eles defendidos, o que influenciou fortemente a elaboração da legislação brasileira pós-independência.

2. O liberalismo brasileiro no período da Independência

O Ato proclamado nas margens do Ipiranga por Dom Pedro I veio formalizar a independência do Brasil perante Portugal; entretanto, este ato não teve o condão de concretizar a independência e a autonomia da fraca estrutura administrativa brasileira. Tal estrutura era composta por uma burocracia importada de Portugal, enviada para ocupar os cargos mais importantes e desempenhar as tarefas com grande margem de liberdade de decisão, desvinculado de uma rigidez legal, o que significa espaço para o cometimento de arbitrariedades. Eram homens provenientes das classes portuguesas mais abastadas, que freqüentaram o curso de direito da Universidade de Coimbra, sendo rigidamente selecionados, a partir de vários critérios, inclusive os de ordem pessoal.

A maioria dos senhores rurais, que perfaziam a elite brasileira do início do século XIX, enviava seus filhos para receber educação em Portugal, os quais entravam para a carreira jurídica atrás destes cargos administrativos, que rendiam dinheiro e *status* afinal, os bacharéis na época eram denominados como *letrados* (ADORNO, 1988, p. 42). De volta para a Colônia, vinham ocupar cargos públicos de toda a espécie, trazendo da Europa o ideário liberal, tão em voga em territórios como a França e Portugal, o qual traduzia a última palavra em liberdade, progresso, modernização e civilização. Dessa forma o liberalismo europeu surgiu como alternativa ao colonialismo aqui implantado, ligado a uma tradição de dependência de Portugal e à estrutura já vislumbrada como arcaica para a administração do poder. O ideário francês sobre o liberalismo era comum nos meios intelectuais brasileiros, seja entre clérigos ou nas sociedades secretas da maçonaria. Houve a transmigração dos princípios liberais burgueses, ligados ao cidadão europeu, para a figura do rústico senhor rural brasileiro, acostumado a toda a liberalidade concedida pelo governo Português, em uma sociedade patriarcal (ADORNO, 1988, p. 41).

O movimento que culminou pela Proclamação da Independência era formado por diversas tendências sociais, animadas por diferentes motivos, mas com o mesmo objetivo: emancipar as terras brasileiras. Raimundo Faoro (1994, p. 54-55) identifica dois elementos principais, que divisavam essas tendências: o primeiro é o reacionário, formado pela burguesia, que desejava se libertar das amarras portuguesas, para melhor realizar o comércio ultramarino; o segundo era formado pelos pequenos produtores e pelos intelectuais, entre eles padres e letrados, alimentados pelas leituras dos clássicos, como Rousseau e Montesquieu, os quais restringiam-se à pretensão de aplicar o ideário liberal na Colônia. Em síntese, o movimento da independência buscava um sistema representativo afinado aos direitos do cidadão.

Da confluência de objetivos desses dois grupos, resulta a constatação que conjugar liberalismo com escravidão não era anacrônico, sendo que, para este empreendimento, foi necessário estender o alcance do direito de propriedade, previsto no ideário liberal. O direito de propriedade defendido por alguns grupos políticos brasileiros passou a incluir o domínio de pessoas, o que franqueava a propriedade de escravos e possibilitava a manutenção da estrutura produtiva agrária dos senhores rurais. Através deste raciocínio o Estado passou a ser o maior protetor da propriedade rural e do seu modo de produção, calcado no escravismo. Logo, o liberalismo pregado nos meios intelectuais brasileiros não previa a igualdade social, a abolição da escravatura e a democracia representativa. Questiona-se o ideal de representatividade desses liberais, já que, por exemplo, consideravam apenas algumas classes sociais como portadoras de direitos políticos, com a exclusão dos negros escravos, da maioria analfabeta, das mulheres e das pessoas de baixa renda. Contentavam-se com um pretendido modelo médio, dito moderado e sem radicalismos, que fosse capaz de unir interesses e agradar a maioria. A moderação era útil para alçar principalmente a classe dos poderosos, que detinham o poder econômico e queriam também uma maior parcela de poder político, separados de Portugal (FAORO, 1994, p. 69).

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, a parte reacionária do movimento pró-independência achou mais vantajoso ficar ao lado do rei e metropolizar a colônia, alcançando seus objetivos sem muito estardalhaço. A política levada a efeito por D. João VI e também pelo seu

filho, D. Pedro I, para satisfazer esses importantes aliados, foi denominada política de resistência: “consistia em conceder franquias econômicas, para garantir o mínimo das cedências políticas” (FAORO, 1994, p. 67).

Este foi o cenário político do movimento pró-independência, o qual produziu mais tarde a previsão legal do *Habeas Corpus* na legislação brasileira e que difere abissalmente das condições políticas da Inglaterra, que construiu este instrumento de garantia da liberdade física. Na Inglaterra a elaboração deste instituto ocorreu mediante conchaves diretos com o poder monárquico, que objetivavam impedir que o arbítrio do monarca restringisse a liberdade física individual. Foram mais de seis séculos, durante os quais o povo aprendeu a sustentar os princípios liberais, como arma contra os excessos do poder monárquico. Cada conquista para garantir a liberdade individual foi resultado de uma longa batalha política e jurídica, obrigando o poder real a ceder espaços e se equilibrar ante os anseios individuais. A liberdade conquistada pelos ingleses e sedimentada pelo *Habeas Corpus* não foi uma conquista de uma classe social ou política, e sim uma vitória do indivíduo diante do poder monárquico, que se arrogava como absoluto. A consciência política do povo inglês permitiu que a necessidade de um instrumento hábil para garantir a liberdade fosse sentida por todos que aproveitavam a garantia do *Habeas Corpus*.

O liberalismo brasileiro não foi oriundo de uma revolução burguesa ampla, já que quase desconhecido por outros estratos sociais, excluídos do pacto de poder, os quais se mantiveram alheios a toda fermentação política ocorrida no período da proclamação da Independência. Mesmo a introdução dos preceitos liberais na Constituição do Império e nos Códigos Criminal e de Procedimento Criminal, por mais que aproveitassem ao indivíduo, excluía o negro, que era mantido como escravo, e o índio, que era completamente ignorado (WOLKMER, 1998, p. 86). Enganam-se aqueles que pensam que esses legisladores que se exaltavam como liberais e democráticos agiram completamente imbuídos desses valores e, mais, que pretendiam alçar conquistas para o *povo brasileiro*. Seu liberalismo não transpunha seus próprios interesses de classe e suas conquistas, por mais que representassem um progresso, perante o atraso das leis portuguesas, aproveitava somente aos seus iguais.

O liberalismo no Brasil não passou de uma tendência importada da experiência estrangeira, aproveitada para racionalizar o poder e tentar modernizar a cambaleante estrutura burocrática, atrasada e improdutiva. Não havia mais a estrutura portuguesa para se apoiar, era preciso organizar a estrutura administrativa e de poder, deixada agora inteiramente nas mãos da burocracia patrimonialista⁴ brasileira. Wolkmer, citando Héglio Trindade, ilustra esse enfoque:

O Estado liberal brasileiro [...] ‘nasceu em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário’. O Liberalismo conformava-se, assim, desde o início, como a ‘forma cabocla do liberalismo anglo-saxão’ que em vez de identificar-se ‘com a liberação de uma ordem absolutista’, preocupava-se com a ‘necessidade de ordenação do poder nacional’ (1995, p. 119).

Feitas estas considerações sobre o modelo de liberalismo defendido pelos grupos político dominantes no Brasil da época e de seus objetivos principais, é mister conhecer a formação do parlamento brasileiro que esteve envolvido na elaboração da primeira Carta Maior, de 1824, e estudar a previsão legal do direito de liberdade física neste documento.

3. A liberdade física na Constituição de 1823

O primeiro Parlamento brasileiro iniciou suas atividades quase um ano depois da Proclamação da Independência, em 3 de maio de 1823. Escolhidos e convocados por D. Pedro I para elaborar a primeira Constituição, os representantes políticos eram de confiança e proximidade do

⁴ Burocracia patrimonial é um tipo de organização de governo em que o público e o privado não encontram uma nítida separação, onde os funcionários de Estado são escolhidos muito mais por relações de amizade do que por capacidade pessoal. Há por parte dos funcionários uma obediência irrestrita às ordens que, geralmente, não são previamente estipuladas. Não são admitidos atos de desobediência, ou qualquer traço de individualidade por parte do funcionário. Por outro lado, este funcionário é beneficiado porque pode acoplar seus interesses pessoais aos interesses de governo, aproveitando-se da estrutura administrativa em proveito próprio. Essas são características gerais da burocracia patrimonialista brasileira do século XIX, de acordo com Fernando Uricoechea (URICOECHEA, 1978, p. 81-119).

imperador. A primeira Assembléa constituía-se, majoritariamente, de classes abastadas da população: o clero, a alta burocracia, juristas, letrados, militares e magistrados⁵ (HOMEM DE MELO, 1973, p. 86). Ou seja, a maioria obteve sua formação na faculdade de direito em Coimbra, já que no Brasil de então não havia faculdades de Direito. Vigia entre os constituintes o domínio da família Andrada, íntimos do imperador, representada por três componentes, árdus defensores dos *valores liberais*.

Um dos problemas enfrentados pelos primeiros deputados era a falta de uma pauta organizada de trabalho e de uma definição estreita de competências. Logo após ser formada a Assembléa, designou-se uma Comissão composta de sete deputados, encarregados de elaborar o projeto de Constituição. Enquanto o projeto não ficava pronto, nossos constituintes preocuparam-se com assuntos corriqueiros, que certamente não estavam sob suas alçadas, como simples querelas administrativas. Justificavam-se na ausência da separação estrita de poderes, o que fazia com que eles fossem obrigados a se envolver em assuntos do Executivo e, por vezes, até do Judiciário. Entre os projetos aprovados neste período, o mais estridente foi o que dispensava a sanção imperial para aprovar os chamados *decretos de constituinte* (HOMEM DE MELO, 1973, p. 89), medida que desagradou o monarca, pois concedia aos legisladores poderes que não estavam previstos. Outras inutilidades eram discutidas, como a possível competência do imperador para conceder títulos de nobreza, tarefa que, na opinião deles, deveria ser de competência dos legisladores.

O primeiro Projeto de Constituição ficou pronto em setembro de 1823; no entanto, atrás dos diversos valores liberais inscritos, estava firmada uma aliança entre os primeiros constituintes, de modo a conjugar as forças insurgentes: de um lado, os grandes proprietários rurais e, de outro, a burocracia patrimonialista, fundada em valores tradicionais. Esta desejava apenas se separar de Portugal, manter todos os seus privilégios e instrumentalizar sua atividade com uma organização mais racional do poder, utilizando para isso o apoio dos princípios liberais. De outra ponta,

⁵ Homem de Melo discrimina os números: “Na Assembléa Constituinte havia 26 bacharéis em direito e cânones, 22 desembargadores, 19 clérigos entre os quais um bispo, e 7 militares entre os quais 3 marechais de campo e 2 brigadeiros...” (1973, p. 86).

os senhores rurais também ambicionavam manter privilégios, notadamente os relativos à estrutura de produção agrícola, que, livre das interferências da Coroa portuguesa, poderia gerar aumento das exportações. Do poder político, os proprietários rurais almejavam receber a tutela sobre o direito de propriedade, reconhecido de uma forma ampliada, com a inclusão do domínio da mão-de-obra escrava. A aliança estava formada nessa colaboração mútua entre os burocratas e a elite rural:

... acordo dotado de bilateralidade: os agentes da burocracia patrimonial comprometiam-se a controlar o aparelho de Estado de modo a evitar ingerências demasiadas do poder público na esfera privada; por sua vez, as classes proprietárias rurais, associada a certos setores do comércio, comprometiam-se através de seus representantes parlamentares a guardar que a defesa das liberdades não limitasse o poder do príncipe (ADORNO, 1988, p. 57).

Esta aliança só foi possível porque ambas as partes tinham um inimigo em comum: todos os liberais radicais que pretendiam reivindicar a democracia plena aliada ao princípio da igualdade. Observa-se, portanto, que preceitos como a participação política das massas e igualdade entre todos eram considerados perniciosos e inaceitáveis para as classes que detinham o poder no Brasil imperial. Por outro lado, D. Pedro I não estava disposto a ficar alheio ao pacto de poder e atuou para firmar sua autoridade e ocupar um espaço maior. Os ânimos se acirraram quando os Andradas foram destituídos da legislatura, por ordem do imperador, que ansiava constituir pessoas mais *moderadas* no governo, momento no qual os desentendimentos entre o monarca e os constituintes começaram a ser mais visível. Apesar de não haver uma oposição formada contra o imperador, mas uma concordância em manter o poder real, D. Pedro I não estava acostumado a conceder tanta liberdade para os deputados e ambicionava que estes fizessem uma Constituição que garantisse seus poderes. Como os constituintes não estavam trabalhando a contento, D. Pedro I resolveu dissolver a Assembléia, contando com o apoio dos militares. Houve certa resistência, liderada pelo deputado Antônio Carlos, um dos Andradas, que estipulou a abertura de uma *sessão permanente* da Assembléia. De pouco adiantou, pois alguns deputados foram presos e, depois, desterrados para a França (ADORNO, 1988, p. 95).

Depois desses acontecimentos tumultuados, onde o primeiro Parlamento brasileiro foi dissolvido pelo imperador, convocou-se uma nova comissão para elaborar outro Projeto de Constituição, mais afinado aos interesses monárquicos, sem qualquer preocupação com a desprezada vontade popular. Desta Comissão, formada por seis ministros e quatro nomeados (HOMEM DE MELO, 1973, p. 179), surgiu a Constituição de 1824, com a figura do Poder Moderador, a balança entre os poderes de Estado, o equilíbrio para completar a aliança de poder então formada pela Assembléia anterior, que permaneceu viva com a preservação constitucional de seus privilégios.

Entre todos esses percalços, a Constituição previu o direito de liberdade física, pois vedou a prisão arbitrária, o que permitiu a futura instituição do *Habeas Corpus* como remédio condizente para defender tal direito. Instituiu o artigo 179, em seu parágrafo 8º:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remanescentes dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 126).

A quem este direito de liberdade protegia? A resposta pode ser obtida em cotejo com a visível manutenção da escravidão, como direito de propriedade, permitida para reproduzir a estrutura agrária e o mesmo modo de produção. A concessão do direito de liberdade pela Carta de 1824 foi ilusória, pois guardava apenas a aparência, ocultando em si a maior das prisões: a escravatura. Um escravo poderia ser preso e confinado pelo seu proprietário, atado a ferros e chicoteado, pois não tinham direitos que protegessem a sua integridade física. A partir do momento que a Lei Maior brasileira estabelecia uma distinção entre as pessoas, avizinhava-se ao molde da Magna Carta de 1215, que afirmava o direito dos nobres de não serem presos e julgados pelo arbítrio real, mas excluía o vassalo feudal de igual concessão, que continuava escravo nas propriedades rurais, à disposição das leis de cada feudo, instituídas pelos seus senhores.

A escravidão, persistente até 1888, firmou-se como o limite para a liberdade física habilitadora do *Habeas Corpus*. Diante destas considerações, o próximo passo será verificar como o remédio de liberdade foi delineado nas primeiras codificações pátrias, exatamente na área penal, instrumento inegável de poder para as classes dominantes.

4. As primeiras codificações criminais brasileiras e o *Habeas Corpus*

Os políticos brasileiros do pós-independência tiveram como preocupação primeira a elaboração de toda a legislação criminal em solo pátrio. Isto se deu por dois motivos: primeiro porque as Ordenações Filipinas, além de completamente obsoletas e incompatíveis com o espírito político da época, tinham sido revogadas em parte pela vigência da Constituição, elaborada em 1824. Isto provocou uma convulsão no sistema penal, que se mostrou mais caótico do que já era. Urgia expedir uma nova codificação material e processual, que viesse para colocar ordem ao sistema jurídico vigente, exterminando com os anacronismos na área penal. O segundo motivo estava na necessidade premente de instrumentalizar o aparato punitivo do Estado, de modo a servir as elites dominantes, tutelando bens jurídicos essenciais para a manutenção e proteção de seus direitos.

A constituição do parlamento brasileiro competente para produzir estes diplomas legais foi firmada pela Constituição de 1824, a qual previa que, através de eleições populares, seriam escolhidos os políticos para as legislaturas subseqüentes. Contudo, importa observar que a organização eleitoral da época era deficiente e podia ser considerada, no mínimo, ingênua. A mesa era dirigida por um juiz de fora ou ordinário e, na Igreja, eram escolhidos os outros componentes, classificados entre os habitantes locais, que organizariam os trabalhos eleitorais de cada região. Não havia prazo para começar e nem para terminar a eleição, nem tampouco lista de eleitores (MACHADO NETO, 1977, p. 14). Para a eleição dos legisladores responsáveis pela elaboração do Código de Procedimento Criminal, de 1832, algumas regras foram alteradas, concedendo ao pleito um delineamento diferente. Todavia, ainda assim pairavam dúvidas sobre a honesti-

dade dos resultados desse sistema eleitoral, pois este permitia ampla margem para o cometimento de fraudes e arbitrariedades.

Os trabalhos para a elaboração da codificação penal se iniciaram em 1826, com deputados que, apesar de exercerem profissões bem diversificadas (MACHADO NETO, 1977, p. 15),⁶ assemelhavam-se no aspecto de pertença às classes dominantes, seja pela condição intelectual, social ou econômica. A mesma autora ilustra que, para a elaboração do Código, foram apresentados dois projetos: um de José Clemente Pereira e outro de Bernardo Pereira de Vasconcelos, ambos deputados eleitos. O primeiro era português e reconhecido por um projeto de lei que pretendia acabar com o comércio de negros. Todavia, destacou-se a atuação de Bernardo Vasconcelos, seja pelo ardor com o qual defendia suas teses, seja pelas posições tomadas, nem sempre previsíveis. Bernardo foi uma das figuras políticas mais contraditórias do Império, fato que se comprova pela descrição em biografias e relatos históricos, nem sempre convergentes (MACHADO NETO, 1977, p. 21-22).

Depois de muitas discussões, pareceres e comissões, a Câmara decidiu adotar o projeto de Bernardo de Vasconcelos como base do Código Criminal de 1830, apesar de reconhecer, expressamente, que o projeto de Clemente Pereira era o mais sistematizado (MACHADO NETO, 1977, p. 66). O Código Criminal de 1830 representou um avanço para a época, motivo de orgulho não só para os brasileiros, já que diversos juristas estrangeiros: “apontam ainda as influências que o mesmo exerceu sobre numerosas codificações de países da América Latina feitas após as lutas nacionais de independência” (MACHADO NETO, 1977, p. 71).

Entretanto, à parte os princípios liberais, a primeira codificação penal brasileira abrigava em sua estrutura concepções patrimoniais e discriminatórias, típicas da elite dominante. Exemplo disso está na aparente contradição em não considerar o negro como *sujeito de direitos*, já

⁶ Sobre a composição desta legislatura, comenta Zahidé Machado Neto: “era constituída de elementos oriundos das camadas predominantes da sociedade, dos homens livres, proprietários, intelectuais: são predominantemente senhores de terras, militares e ‘letrados’, graduados em universidades européas e na Faculdade de Medicina e Cirurgia da Bahia (...), magistrados e sacerdotes”.

que não possuía personalidade civil (WOLKMER, 1998, p. 86), mas, ao mesmo tempo, contemplá-lo como passível de ser punido como autor de delitos e sujeitá-lo às penas mais cruéis do que as pessoas livres. Ou seja, de acordo com a legislação penal imperial, o negro era reconhecido como *possível autor de crimes, mas nunca como vítima destes*, de forma que quem matasse um escravo ofendia a propriedade de seu Senhor e não a vida de um indivíduo. Essa construção jurídica parece contraditória, mas devido à habilidade dos juristas pátrios, que, como foi salientado, inseriram o negro como propriedade de pessoas livres (e ricas), a aparente contradição interna do ordenamento jurídico, aos olhos dos juristas da época, foi sanada. E, como a propriedade é um bem jurídico protegido pelo aparato legislativo do Estado, a escravidão é abertamente mantida e tutelada pela lei: “Como consequência, as chamadas ‘penas cruéis’ não serão de todo abolidas, já que aos escravos se aplica a pena de açoites como pena geral para todas as ações delituosas, às quais não estejam expressamente cominadas as penas de morte e galés” (MACHADO NETO, 1977, p. 73).⁷

Mesmo fora de sintonia com os princípios humanitários de Beccaria, a pena de morte continuou prevista pelo Código Criminal de 1830, aplicável para pessoas livres e para escravos, como no caso do escravo negro que praticasse o crime de homicídio contra pessoas brancas e livres. O fato de o negro não ser *sujeito de direitos*, mas propriedade dos homens brancos e ricos, demonstra que o código permitia a aplicação da pena em indivíduos inteiramente destituídos de direitos e que não possuíam nenhum tipo de defesa contra a estrutura legal de uma sociedade escravocrata.

Certamente que a igualdade perante a lei, prevista na Constituição do Império de 1824, após os acertos legais das codificações ordinárias, mostrou sua face discriminatória, capaz de encobrir atrocidades, pois era aplicável somente para alguns indivíduos, tornando outros inferiores e

⁷ A mesma autora ainda esclarece que o critério para diferenciar entre quem era escravo e quem não podia, em hipótese nenhuma, ser escravo foi amplamente discutido pelos perspicazes legisladores como uma das noções fundamentais da lei penal. Depois de várias sugestões, “aceitou-se a definição de Bernardo de Vasconcelos de que a cor preta pressupõe escravo” (MACHADO NETO, 1977, p. 71).

desiguais. Nessa situação é possível visualizar um caso em que o direito de liberdade fica incondicionalmente atrelado ao reconhecimento do direito de igualdade entre as pessoas, sem o qual serão livres somente os que são considerados iguais. O afro descendente, reconhecido pela cor da pele, e o negro africano não gozavam do direito de liberdade porque a legislação brasileira os considerava desiguais, diferentes e menores do que os brasileiros brancos e, por isso, também sujeitos à escravidão. A legislação penal, a partir deste viés, apresenta-se claramente como um dos instrumentos eficazes para subjugar e discriminar pessoas numa mesma sociedade, a partir do momento que tutela apenas os interesses da classe dominante.

Outro aspecto da primeira legislação penal brasileira revelava o medo dos legisladores, brancos e *letrados*, de que as mesmas armas utilizadas para dominar a população negra e afro-descendente fossem aplicadas para sujeitar a eles próprios. Para tanto, os direitos de liberdade física, que tutelavam apenas os que eram *legalmente iguais e livres*, foram elaborados de modo a não permitir que, por exemplo, um branco pudesse ser considerado escravo ou fosse preso *injustamente*, sem poder se defender e requerer sua libertação. Na primeira hipótese, o autor desta conduta incidia no crime de cárcere privado. Para proteger os brancos *iguais e livres* que estivessem presos sem motivo justo, a primeira codificação criminal brasileira estipulava a pretensão jurídica ao *Habeas Corpus*, na literalidade dos artigos 183 e 184:

Dos crimes contra a liberdade individual: Recusarem os juízes, a quem fôr permitido passar ordens de '*Habeas Corpus*', concedê-las quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem, de propósito, e com conhecimento de causa, de as passar, independente de petição, nos casos em que a lei determinar; Recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de '*Habeas Corpus*', que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligências necessárias para que essa ordem surta efeito (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 121).

Essa redação do Código Criminal garantia aos indivíduos o direito de requerer o *Habeas Corpus*, para evitar a prisão e o constrangimento ilegal, mas não instrumentalizava o remédio, pois não estipulava os requisitos e as situações em que este poderia ser exigido. O mérito dessa reda-

ção foi determinar uma punição para os funcionários de Estado, inclusive para os juízes, que se negassem a emitir o *Habeas Corpus*, nas situações elencadas em lei. Entretanto, foi somente com o Código de Processo Criminal, vigente em 1832, através dos trabalhos da legislatura subsequente a que aprovou o Código Criminal, que o *Habeas Corpus* foi realmente instituído no Brasil, considerado como verdadeira garantia dos que eram julgados cidadãos, contra as prisões ilegais. Eram vários os artigos que explicitavam detalhadamente a garantia jurídica para o direito de liberdade,⁸ contudo, a leitura do artigo 340 é a mais significativa: “Todo o cidadão, que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de ‘*Habeas Corpus*’ em seu favor” (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 121).

Vários outros artigos deram ao *Habeas Corpus* a extensão necessária para que fosse aplicado; contudo, algumas outras questões foram suscitadas. O Código de Procedimento Criminal que instituiu a garantia de liberdade física no Brasil, estribado na Constituição e no Código Criminal, expressava que todo *cidadão* poderia impetrar o *Habeas Corpus* para ser socorrido de qualquer prisão arbitrária. Todavia, vozes se levantaram em torno da dúvida em saber se a *mulher* teria direito à tutela da liberdade física através do mesmo remédio; afinal, como foi salientado anteriormente, as mulheres não poderiam ser consideradas cidadãs no sentido atual do termo, porque não estavam no gozo de seus direitos políticos, já que lhes era vedada a possibilidade de votar e de serem votadas.

Outro agravante é que, pela lei da, época a mulher tinha sua personalidade civil diminuída, diante da dependência legal de autorização do pai, se solteira, ou do marido, se fosse casada, para os atos da vida civil, constituindo-se, portanto, como não plenamente capaz juridicamente. Mais uma vez, os *prestimosos* juristas tiveram que procurar uma solução juridicamente aceitável, para resolver a situação delicada, que não comprometesse o jugo legal sobre a mulher. O escape foi alicerçar a incapacidade jurídica da mulher como relativa, dirigindo-se somente aos atos

⁸ A redação da garantia começava no artigo 340 e alcançava o artigo 355.

da vida civil, já para a defesa de seus direitos, na época considerados *naturais*, a mulher tinha capacidade para se defender, podendo utilizar-se do *Habeas Corpus* para devolver sua liberdade física. Logo a jurisprudência, atada aos valores de uma sociedade patriarcal, em que a mulher ocupava um lugar intermediário entre o homem livre e o escravo, restringiu a possibilidade de a mulher poder entrar com o pedido de *Habeas Corpus*, somente para os casos em que o pedido se dirigisse a ela própria ou ao marido, não podendo impetrar o remédio para outras pessoas (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 147).

Posteriormente, a estrutura do *Habeas Corpus* modificou-se no Brasil, através de distintas redações no corpo das constituições e das leis ordinárias específicas. Entre avanços e retrocessos, o remédio contra as prisões arbitrárias acompanha os direitos individuais até hoje, reconhecido como indispensável para o convívio em um regime democrático. É inócuo afirmar o direito à liberdade física, se não houver um instrumento eficaz para garantir este direito ante a qualquer abuso de poder. Portanto, ressalta-se a imperiosa necessidade de conceder ao *Habeas Corpus* uma posição de destaque no ordenamento jurídico, protegido contra qualquer investida dos poderes públicos.

Mesmo encontrando frontais contradições, num ambiente pouco propício para sua perfeita adaptação, a adoção do *Habeas Corpus* no Brasil representou um avanço sem limites, comparado ao período atroz vivenciado nas Ordenações Filipinas. A mudança entre os dois sistemas foi rápida, mas urgia traspasar os procedimentos bárbaros proporcionados pelas Ordenações, para superar, enfim, a maioria de suas perigosas permissões, sedimentadas nas concepções excludentes e retrógradas que sua literalidade previa. Apesar de todas as críticas apresentadas, motivadas pelas condições impostas pela elite dominante para a recepção do *Habeas Corpus* no Brasil, é inegável o mérito de introduzir no país a garantia de liberdade física, que, com o tempo, teve seu conteúdo ampliado, para acompanhar o próprio caminhar das liberdades públicas e tutelar, indistintamente todos os indivíduos. A liberdade física que atualmente é garantida na Constituição Federal de 1988 foi uma conquista iniciada pelos liberais do século XIX, que, mesmo imbuídos de mentalidade egoísta, limitada por seus preceitos patriarcais, introduziram

no Brasil a previsão legal do *Habeas Corpus*. A conquista da liberdade não terminou, ainda hoje se renova como um processo em constante superação, que tem como limite o próprio indivíduo.

Conclusão

A adoção do *Habeas Corpus* no Brasil no período pós-independência de Portugal representou uma estratégia política dos legisladores da época, necessária para tutelar o direito de liberdade física dos *cidadãos* brasileiros, reconhecidos apenas como homens e brancos. O entendimento diminuto da cidadania brasileira na legislação imperial constituiu-se como instrumento para a manutenção de privilégios para a elite dominante, eivada de valores patriarcais e patrimonialistas. O emprego do ideário democrático liberal, em voga na Europa durante o século XIX, foi imprescindível para organizar e atualizar a atividade dos burocratas e para tutelar direitos dos senhores rurais, notadamente o direito à propriedade de terras e de homens negros, mas não alteraram a face cruel do escravismo e da discriminação das mulheres.

O princípio da igualdade no Brasil monárquico era aplicado apenas para os *cidadãos*, ante a interpretação que discriminava os negros africanos, os afro-descendentes e as mulheres, os quais não possuíam o *status* de iguais e livres, reservado apenas para os indivíduos que atendessem aos critérios de serem homens e brancos. Em decorrência dessa construção legal, as idéias liberais ganharam no Brasil uma conotação exclusivista, condicionando o direito de liberdade física apenas para os que estivessem tutelados pelo princípio da igualdade.

As Ordenações Filipinas, devidos aos estreitos laços que as uniam aos antecedentes bárbaros do direito português, traduziam-se em um apanhado de comandos arbitrários, seja pelo processo com muitas fases secretas, onde o juiz acusava e julgava, firmando a confissão como prova inescusável, arrancada por todos os meios possíveis, seja pela qualidade das penas infringidas, que proporcionavam aos indivíduos sofrimentos degradantes, que abrangiam desde as chicotadas públicas, à prisão em ferros, trabalhos forçados culminando na autorização para a perseguição

coletiva e morte. O Brasil colonial foi profundamente marcado por estas disposições atroz e, logo após a separação formal de Portugal, por obra de seus intrépidos políticos liberais, pretendeu-se transplantar a realidade das liberdades políticas européias em solo pátrio.

Desvinculados dos costumes enraizados no Brasil de longa data, os preceitos liberais foram inseridos na legislação com a pretensão de extirpar todas as permissões e violências do antigo compêndio português e inserir uma justiça penal que estivesse de acordo com os avanços do humanismo em voga na França, aliada aos seus interesses de organização e manutenção do poder de punir. Os legisladores do Brasil império, de posse do ideário liberal e a par do pacto de poder entre os burocratas e os proprietários rurais, pretenderam uma construção de direitos que mantivesse o *status quo* e que tutelasse seus direitos de uma forma mais racional e efetiva. Tal conluio de interesses resultou em uma síntese excludente e discriminatória, que ignorava a existência do índio e submetia o negro a ser propriedade dos brancos, este sujeito às penas da lei como objeto e não como pessoa. Essa realidade ilustra-se no fato de o negro africano, como também de o afro-descendente, estarem impedidos de ser reputados como vítimas de um delito, mas passíveis de serem autores e de sofrerem as penas violentas. Para não colocar a mulher em uma situação análoga a esta, preferiram conceder-lhe uma condição intermediária, entre a de cidadã e escrava.

O direito de liberdade física pretendido pelos políticos liberais do século XIX, responsáveis pela primeira Constituição brasileira e, também, pelas inéditas codificações penais pátrias, era destinado a poucos, pois estava divorciado do direito à igualdade. O *Habeas Corpus* foi importado de um contexto diverso e firmado no Brasil sobre uma concepção processual de recente formação; portanto, não guardava uma completa sintonia com a idéia fundo de liberdade física, ampla e irrestrita para todos os indivíduos. Instrumento destinado a alguns, a inserção do remédio de liberdade em solo brasileiro não acompanhou um desenvolvimento histórico da consciência popular pelos ideais de liberdade.

A implantação no Brasil, mesmo que conflitante, da liberdade física e do seu remédio supremo, o *Habeas Corpus*, foi o primeiro passo de uma longa jornada que o instituto teve que galgar para alcançar aqui uma breve

emancipação. Observa-se por derradeiro que a conquista da liberdade física, de um modo amplo, é condição primeira para o exercício pleno dos direitos fundamentais e para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Referências

- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guminarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org.). **História geral da civilização brasileira**. Brasil monárquico: dispersão e unidade. v. II. t. II. 5. ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.
- HOMEM DE MELLO, Francisco Inácio Marcondes *et alii*. **A Constituinte de 1823**. Obra comemorativa de Sesquicentenário da Instituição Parlamentar. Brasília: Senado Federal, 1973.
- FAORO, Raimundo. **Existe um pensamento político brasileiro?** São Paulo: Ática, 1994.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalhete. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- MACHADO NETO, Zahidé. **Direito penal e estrutura social: comentário sociológico ao código criminal de 1830**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **História e prática do *habeas-corpus***. Rio de Janeiro: José Kofino, 1955.
- THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- URICOECHEA, Fernando. **O minotauro imperial: a burocratização do Estado patrimonial brasileiro no século XIX**. Rio de Janeiro: Difel, 1978.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.