



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALQUEIA SANHÁ

EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR
NA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU

Salvador
2018

ALQUEIA SANHÁ

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR
NA REPÚBLICA GUINÉ-BISSAU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Drº. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sanhá, Alqueia
Efetivação do direito fundamental de ir e vir na
República da Guiné-Bissau / Alqueia Sanhá, Alqueia
Sanhá. -- Salvador, 2018.
138 f.

Orientador: Sebastião Borges de Albuquerque Mello.
Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade
Federal da Bahia, Faculdade de direito UFBA, 2018.

1. Habeas corpus. II. Sanhá, Alqueia. I. Borges de
Albuquerque Mello, Sebastião. II. Título.

ALQUEIA SANHÁ

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR
NA REPÚBLICA GUINÉ-BISSAU.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 15 de agosto de 2018.

Sebastian Borges de Mello de Albuquerque – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Iliana Martins _____
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo- USP/SP
Universidade de Salvador - UNIFACS

AGRADECIMENTOS

Agradecimento é o reconhecimento ou a expressão de gratidão por algo que alguém fez por ti. Aqui tentarei expressar a minha gratidão às pessoas que de forma direta ou indireta me ajudaram a chegar até aqui. Sei que não é uma tarefa fácil, pois pela falibilidade do homem, sempre algumas pessoas ficam de fora, desde já peço minhas sinceras desculpas a quem se sentir omitido.

Caminhar até ao mestrado não foi fácil. Foi muito chão andado, muita abstinência e obstinação focada no alvo. Não foi fácil sair de onde vim e não foi fácil entrar nesta nobre casa, a Universidade Federal da Bahia – UFBA. Só consegui, pois as pessoas estiveram ao meu lado e nada é mais justo do que dispensar umas páginas deste trabalho para endereçar-lhes os meus profundos agradecimentos.

Primeiro agradeço a Deus todo-poderoso, pela vida, pela saúde e pelo cuidado diário e por ter me direcionado às pessoas certas que nunca mais esquecerei na minha passagem terrena.

Aos meus pais, por tudo que fizeram por mim (educação, carinho e correções). Ao meu pai Crinca Sanhá (*in memoriam*), que foi o meu primeiro professor, pensava que ele era duro comigo, mas depois compreendi que estava me preparando para a vida, inclusive para este dia especial. Pai, meu eterno amor. À minha mãe Julieta Embana - amor incomensurável e irrestrito, mulher batalhadora, “*mindjer ki ama si fidjus*”, verdadeira mãe de duas mamas. O pouco que percebera do extenuante labor sempre foi dedicado aos seus filhos! Espero com a ajuda de Deus poder lhe aposentar, fazer os restos dos seus dias menos fadigados. Como diz um provérbio africano “a sola do pé conhece toda a sujeira da estrada”.

A todos os meus familiares, irmãos, primos, tios, sobrinhos cujos nomes não vou citar aqui para não cometer o pecado de esquecer alguém. Mas há aquelas pessoas especiais que diretamente me incentivaram e são paradigmas em que procuro me espelhar sempre: minha avó materna, Nwindje Mpatche, mulher incansável, que cuidou de mim na primeira fase da minha vida e a minha avó paterna, Rosa Mghabé (*in memoriam*), amor incondicional pelo carinho que me deu. Ao meu tio Julio Nhaté, pelo carinho e apoio. Um provérbio africano

assim diz: “Quando não souberes para onde ir, olha para trás e saberá pelo menos de onde vens”.

Ao coordenador do PPGD, o Prof.º Doutor Heron José Santana Gordilho Santana, que antes do meu ingresso no Programa respondia os meus e-mails passando as informações pertinentes, o meu muito muitíssimo obrigado por tudo. Aproveito ensejo para agradecer também o programa pela oportunidade que me deu de ingressar nesta Instituição nobre – para poder pesquisar e produzir algo para o meu País.

Ao Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello meu orientador, pela paciência, ajuda com os livros, correções necessárias e direcionamento que me deu para que este trabalho pudesse chegar ao estágio conclusivo em que hoje se encontra, meu muitíssimo obrigado, por tudo, professor.

Ao Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia pela amabilidade de participar na minha banca de qualificação, pelas críticas e correções essenciais e sugestões de alterações necessárias que ajudaram aprimorar o presente trabalho. Agradeço-lhe pela gentileza de compor a minha banca de defesa, pelas sugestões e críticas às quais tentarei atender na versão definitiva da minha dissertação, meu muitíssimo obrigado.

Ao Prof.º Doutor Dirley da Cunha Junior, agradeço pelas sugestões importantes que me deu, de fato foram muito significativas, pois, contribuíram bastante para aprimorar este trabalho.

À Prof.ª Doutora Iliana Martins agradeço pela gentileza de aceitar compor minha banca de defesa, suas sugestões e críticas com certeza serão também atendidas na versão final deste trabalho, meu muitíssimo obrigado.

Aos ilustríssimos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – PPGD UFBA, que tive a honra de ser discente, Prof.º Saulo José Casali Bahia, Prof.ª Dr.ª Maria Auxiliadora Minahim, Prof.ª Dr.ª Selma Pereira de Santana, Prof.º João Glicério de Oliveira Filho e Prof.ª Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, pelo carinho e pelo conhecimento que partilharam comigo, meus profundos agradecimentos a todos.

Ao Prof.º Misael França, com o qual tive a honra de ser tirocinista, em que ministrei algumas aulas na disciplina do Direito Processual Penal sob sua tutela, foi um grande aprendizado, meu muitíssimo obrigado por tudo.

Aos funcionários do Colegiado do PPGD, Luiza Luz Castro, Maria Angélica Santana e Claudia Ferreira da Silva Almeida e Pedro Jorge Calmon agradeço pela recepção e apoio, informação e pela urbanidade que sempre me trataram nos momentos que precisei de serviço delas, meu muito obrigado.

Aos meus colegas do curso de mestrado, que também não vou citar os nomes para não me esquecer de ninguém, agradeço a todos pelo acolhimento e amizade, algumas dessas amizades são mais estreitas e as levarei comigo para sempre.

Ao Prof.º Doutor Américo Bedê Freire Junior, da Faculdade de Direito de Vitória/ES, meu professor na Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo – ESMAGES, agradeço pelas orientações e sugestões importantes que me deu quando da lavratura deste trabalho, meu muitíssimo obrigado por tudo.

Ao meu grandíssimo amigo e meu professor da ESMAGES, Drº Rodrigo Klipple, agradeço pela amizade, encorajamento e apoio que me deu.

Ao Excelentíssimo Juiz de Direito do 2º segundo Juizado Especial Criminal de Cariacica, Estado do Espírito Santo, Drº Benjamin de Azevedo Quaresma, que tive a honra de conhecer no âmbito de estágio da Escola de Magistratura do Estado de Espírito Santo. O estágio foi por pouco tempo, mas nossa amizade ganhou a marca indelével, agradeço-lhe pelo seu apoio, confesso que quero ser igual a você, pessoa de coração aberto para ajudar. Você tem me ajudado muito e a sua ajuda foi fundamental para que eu chegasse nesta fase, meu muitíssimo obrigado.

Aos meus amigos Domires Gomes Filho e sua Esposa Arlete (*in memorium*), Alcion Gomes e sua esposa, minha querida mana, Zilma Bauer Gomes, pela ajuda que me prestaram na graduação, às vezes com a mensalidade da faculdade, enfim, minha família aqui no Brasil. Meu muito obrigado pelo acolhimento e por tudo que fizeram por mim, que Deus vos abençoe e muito.

Ao Drº João Batista Cerutti agradeço pela oportunidade que me deu de estagiar no escritório que supervisionava (Siqueira Castro Advogados Associados), local em que granjeei muita experiência, que levarei para a minha vida profissional.

Ao Prof.º Doutor João Assis Rodrigues, da Universidade Federal do Espírito Santo, agradeço pela amizade, apoio e encorajamento. O professor Assis é uma pessoa que conheci quando ainda estava na graduação, como sabia das minhas dificuldades, sempre me encorajava a prosseguir e dizia que um dia nadaria nas águas tranquilas. Muito obrigado, amigo.

Ao pastor Mario M. Martinez, grande amigo e irmão em Cristo Jesus agradeço pelo apoio, pois, foi quem me ajudou com a passagem para vir estudar aqui no Brasil, sempre que solicitei apoio me atende na medida da sua possibilidade, meu muito obrigado amigo Martinez.

Ao Excelentíssimo Cônsul Honorário da Guiné-Bissau, Drº Adailton Maturino dos Santos e a sua esposa Dr.ª Geciane Maturino dos Santos, pelo apoio e oportunidade que me deram para me aperfeiçoar profissionalmente no seu escritório de advocacia, estendo este agradecimento ao seu filho, Drº Adriel Brendown Torres Maturino, pela amizade e colaboração.

Aos Doutorandos da UFBA, Victor Insali, Jorge Mário Fernandes, Leonel Pereira João Quade e o Drº Olívio Canfão, endereço meus profundos agradecimentos pelo companheirismo, apoio, sugestões e “discussões” que contribuíram para enriquecer este trabalho.

Aos amigos que a vida acadêmica me deu, Mestre Danilo Mussa Fofina, Mestre Adulai Balde, Virgílio Pereira Sanca, Jailson Armando Cá, António Alfa Cande e outros, agradeço pela calorosa recepção, companheirismo e amizade.

À minha esposa e amiga, colega de trincheira na luta diária e adversidades que a vida impõe, quero lhe dizer que esta vitória é para nós dois, porque só você e Deus sabem quão difícil tem sido esta caminhada até aqui, que Deus nos ajude a continuar a nossa caminhada juntos, sob suas divinas provisões e que o nosso sol possa raiar em breve, em nome de Jesus, nosso único e suficiente salvador.

Até que a filosofia que sustenta uma raça superior e outra inferior seja finalmente e permanentemente desacreditada e abandonada, haverá guerra, eu digo guerra.

Bob Marley

SANHÁ, Alqueia. **Efetivação do direito fundamental de ir e vir na Guiné-Bissau.** 127 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar o Direito Fundamental de ir, vir e ficar (*habeas corpus*), no ordenamento jurídico guineense, sob ótica da teoria dos Direitos Fundamentais, através de análises críticas de alguns dispositivos constitucionais, que do ponto de vista garantista, revelam-se ineficazes no que tange à efetiva proteção dos Direitos Fundamentais, como forma de honrar a dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada e corroborada pelo modelo do Estado adotado na República da Guiné-Bissau – Estado Democrático de Direito e reforçada por meio dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, assinados e ratificados pelo Estado guineense. Para elucidar a ineficácia protetiva do Direito Fundamental de ir, vir e ficar, na dogmática guineense, serão trazidas algumas teorias do Direito Comparado sobre instituto *do habeas corpus*, que são mais céleres e efetivos na proteção de liberdade de ir e vir dos cidadãos, que é *ratio essendi* do instituto em comento. Também serão abordados o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana e o princípio da proibição da proteção deficiente. Trazendo todas estas análises, estar-se-á em condições de pontuar alguns motivos que inquinam a celeridade do instituto de *habeas corpus*, acarretando a sua inefetividade na proteção do bem jurídico importantíssimo ao ser humano que é a liberdade (de locomoção), uma vez que, o ser humano sem liberdade, não é um Homem digno.

Palavras-chave: *habeas corpus* – direitos fundamentais – proteção da dignidade humana

SANHÁ, Alqueia. 2018. **Effectiveness of the fundamental right of coming and going in Guinea-Bissau**. Master Dissertation, School of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This research aims to analyze the Fundamental Right of coming, going and staying (*habeas corpus*), in Guinean law in light of Fundamental Rights theories. We use critical analyses of some constitutional provisions, which were revealed ineffective, regarding the protection of Fundamental Rights as a way of honoring the dignity of humans as constitutionally established and corroborated by the state model adopted by the Republic of Guinea-Bissau – a Democratic State – which was reinforced by means of international treaties and conventions about Human Rights signed and ratified by the Guinean state. We bring some theories of Comparative Law about the institution of *habeas corpus*, in order to elucidate the protective inefficacy of the Fundamental Right of coming, going, and staying under the Guinean dogmatic. Those theories are speedier and effective at the protection of the freedom of coming and going of citizens, which is *ratio essendi* of the mentioned institution. We also approach the access to justice, to dignity of the human body and to the principle of prohibition of deficient protection. Bringing along all of those analyses, we are in condition of pointing some reasons that cause damage to the rate of the *habeas corpus* institution, entailing its ineffectiveness to the protection of legal good, which is very important to humans, freedom, since a human without freedom has no dignity.

Keywords: Habeas corpus; fundamental rights; protection of human dignity.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Estatística dos Processos de <i>habeas corpus</i> dos anos 2014 a 2016.....	116
Tabela 2 - Processos de <i>habeas corpus</i> de 2015 a 2017.....	117

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. O <i>HABEAS CORPUS</i> COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR.....	19
2.1 A NATUREZA JURÍDICA.....	23
2.2 A TITULARIDADE	24
2.3 AS ESPÉCIES DE <i>HABEAS CORPUS</i>.....	26
2.4 A HISTÓRIA DO <i>HABEAS CORPUS</i> SE CONFUNDE COM A HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE <i>HABEAS CORPUS</i>. O <i>INTERDICTO LIBERO HOMENI EXHIBENDO</i>	35
2.4.2 A MATRIZ BRITÂNICA E O <i>HABEAS CORPUS ACT</i>	39
2.4.3 A DISSEMINAÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> PELO MUNDO.....	43
2.4.4 O <i>HABEAS CORPUS</i> NOS ESTADOS UNIDOS.	434
2.4.5 O <i>HABEAS CORPUS</i> NO DIREITO BRASILEIRO	45
2.4.6 O <i>HABEAS CORPUS</i> NO DIREITO PORTUGUÊS.....	48
2.4.6 INSTITUTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU	50

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE.

52

3.1. A REALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GUINÉ-BISSAU..... 57

**3.2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA
GUINÉ-BISSAU 63**

3.3. O *HABEAS CORPUS* NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL GUINEENSE... 67

**3.4. INEFICÁCIA DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PENAL GUINEENSE
NA PROTEÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR..... 72**

**3.5 PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO *HABEAS
CORPUS*..... 74**

3.5.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... 74

3.5.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE 78

3.5.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 84

**3.6 A ARBITRARIEDADE OU ILEGALIDADE NA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE
DE IR E VIR. 90**

3.7 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 92

**3.7.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SUA DIMENSÃO
PROTETIVA..... 98**

**4. A DIFICULDADE DE EFETIVAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NA GUINÉ-BISSAU
102**

**4.1. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO DE IR E VIR 102**

4.2. O CONCEITO DO ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA.....	103
4.3. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	105
4.4. OBSTÁCULOS AO DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	108
4.5. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA	109
4.6. A ESTRUTURA FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS GUINEENSES COMO UMA BARREIRA AO DIREITO E AO ACESSO À JUSTIÇA.....	113
4.7. A CONCENTRAÇÃO DA PROVIDÊNCIA DE <i>HABEAS CORPUS</i> NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO OBSTÁCULO AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	115
4.8. A CONCENTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO SUPREMO E O PRINCÍPIO DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	119
4.9. MUDANÇA DE PARADIGMA COMO SAÍDA PARA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR.....	1244
5. CONCLUSÃO	127
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos fundamentais, apesar de ser um assunto hodierno que ocupa o centro de debates e das medidas protetivas da dignidade da pessoa humana nos Estados apelidados de Estados Democráticos de Direito, teve a sua origem nos primórdios das sociedades humanas. Embora a forma e meios da proteção fossem rígidos, o objetivo era o mesmo, pois, tinha-se como finalidade a proteção da dignidade humana.

Ao longo da história da humanidade, os homens sempre se preocuparam em preservar a vida e a dignidade humana, tendo, às vezes, que passar por períodos sombrios, que se enxergados pelas lentes de hoje, seriam tachados de “gritante violação aos direitos humanos” pelo degradante *modus perficiendis* a que os infratores eram submetidos no cumprimento das sentenças que lhes eram imputadas.

Mas com passar do tempo, estas penas foram sendo substituídas por outras menos agressivas, em virtude de reformas levadas a cabo pela “nova justificação moral ou política de punir” através de redação de novos códigos e da supressão do suplício que os antigos costumes impunham aos condenados, pois, era aviltante à dignidade humana.

Como os direitos não são dados, pois, a sua afirmação é precedida de prolongadas lutas, cujo triunfo expressa-se no respeito que hoje é tributado aos direitos, podendo o seu titular exigir do Estado a sua observância ou tutela em caso da sua violação, seja pelo próprio Estado, seja por um particular, através das garantias fundamentais que são nada mais nada menos que disposições assecuratórias que existem para proteger os direitos fundamentais.

O instituto de *habeas corpus*¹ é uma das garantias fundamentais plasmadas nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito para proteger os indivíduos de ameaças de prisão ou de prisões ilegais e abusos do poder, para que seja resguardado o seu direito de ir e vir e, no caso de prisão efetiva, para que seja restituída sua liberdade de locomoção.

A liberdade, portanto, é *conditio sine qua non* para realização pessoal de todo ser humano, visto que, sem a liberdade o Homem não poderá desenvolver as suas faculdades mentais, e reduzir-se-á em coisa, porque a liberdade é característica genuína da essência humana, pois, o Homem sem liberdade é análogo a um objeto.

¹ *Habeas corpus* é uma expressão jurídica que provém do latim, com “*habeas*” significando “tenhas” e “*corpus*” com o significado de “corpo”. Assim, *habeas corpus* significa ter o direito sobre o próprio corpo.

Dada importância que a liberdade tem para o ser humano e, reforçada com a sua consagração na Constituição, é intolerável que se silencie, em pleno século XXI, a escancarada violação deste direito, tanto pela ação dos agentes do Estado quanto pela desarticulação constitucional e legal do legislador para permitir que o processo de *habeas corpus* seja célere na República da Guiné-Bissau.

A concentração da competência em matéria de *habeas corpus* no Supremo Tribunal de Justiça da República Guiné-Bissau desacelera o referido processo e onera muito o direito de ir, vir e ficar da pessoa presa, pelo abuso do poder ou pela ilegalidade. Considerando ainda que: o ordenamento jurídico guineense, não contempla a modalidade preventiva de *habeas corpus* para que, em caso de haver grande ameaça à sua liberdade, pudesse o paciente recorrer para evitar que ocorresse sua prisão, mas infelizmente só pode se socorrer do instituto heroico quando for efetivamente restringido o seu direito de ir e vir.

Esses são os motivos que inspiraram o presente trabalho que visa pesquisar o *habeas corpus* no ordenamento guineense e colocá-lo sob ótica do direito comparado, com argumentos da doutrina moderna versada no assunto, principalmente a brasileira, para revolucionar o instituto heroico, a fim de que se possa dar uma proteção mais eficaz ao direito fundamental de ir e vir.

Para efeito, o presente trabalho será desenvolvido em três capítulos que serão divididos em subitens que vão permitir expor minuciosamente os fundamentos que justificam a mudança dos paradigmas jurídicos guineenses na proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos.

No primeiro capítulo, abordar-se-á o conceito e far-se-á um esboço histórico do instituto do *habeas corpus*, elencando, a título de ilustração, a sua origem, que, enquanto para alguns teve seu berço na Inglaterra com a *Magna Carta Libertatum* do John Lack Land, para outros a origem reside no direito romano com o instituto de *interdito homine libero exhibendo*.

Ao dissertar sobre a evolução do *habeas corpus* é impossível não falar do desenvolvimento dos direitos fundamentais e das suas dimensões/gerações, uma vez que, *habeas corpus* é um instrumento constitucional de proteção ao direito fundamental de ir e vir dos cidadãos/indivíduos. Em paralelo, será também abordada questão relativa à sua natureza jurídica, visto que, o instituto é confundido com recurso, mas na verdade não o é, pois o *habeas corpus* é uma ação constitucional que visa proteger o direito de locomoção.

Também dissertar-se-á sobre a sua disseminação pelo mundo em busca de demonstrar como este instituto funciona no direito comparado, em defesa do direito

fundamental que tutela de forma rápida e eficiente, através dos mecanismos adotados que o permite dar uma resposta tempestiva ao direito em causa. Para além, tentar-se-á explicar de forma hialina a sua diferença em relação ao direito fundamental que protege. Ainda sobre *habeas corpus*, será dissertado também sobre a sua espécie preventiva, visto que, a espécie preventiva do instituto não tem previsão na constitucional ou no ordenamento jurídico guineense.

No segundo capítulo, analisam-se os direitos fundamentais na Constituição da Guiné-Bissau, a sua estruturação e a sua forma de proteção. Para discorrer sobre este ponto será indispensável falar do constitucionalismo guineense, da sua evolução até a sua fase atual e como o *habeas corpus* está estruturado na Constituição e se esta estruturação permite a celeridade ou não da proteção do direito fundamental de ir e vir.

Como se verá, a forma como se está estruturado o *habeas corpus* na Guiné-Bissau, não lhe permite cumprir de forma eficiente o seu papel de proteger a liberdade dos indivíduos, por tal razão, serão trazidos à discussão alguns princípios constitucionais aplicáveis ao *habeas corpus*, como o princípio da proporcionalidade, com as suas três dimensões – adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito; princípio da proibição da proteção deficiente e o princípio da proteção de excesso, respectivamente *Untermassverbot* e *Übermassverbot*; princípio do devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana, que permitirão demonstrar as falhas existentes no ordenamento jurídico guineense com relação à proteção do direito de ir e vir.

Na parte derradeira do capítulo, vai-se debruçar sobre a dimensão protetiva da dignidade da pessoa humana, em que será demonstrada que a proteção dos direitos humanos transcende as fronteiras internas do Estado, ou seja, a soberania estatal que, antes, segundo Jean Bodin², era poder absoluto, sem qualquer freio.

Ainda será evidenciada que a proteção dos direitos humanos não é tarefa exclusiva dos Estados, e, nem os Estados podem abusar em violar esses direitos, pois podem responder por seus atos na seara internacional, uma vez que, o véu da soberania absoluta que os acobertava foi rasgado pelos acordos e tratado internacionais de direitos humanos que se comprometeram a obedecer.

Já no terceiro e último capítulo será a vez de se discorrer sobre o acesso à justiça, em que se demonstrará que a proteção efetiva dos direitos fundamentais passa, necessariamente,

² GORCZEWSKI, Clóvis; VEIGA DIAS, Felipe da. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011. Acesso em 25/01/17

pelo amplo acesso à justiça e, ter acesso à justiça, antes de tudo, pressupõe o conhecimento dos seus direitos fundamentais, o que só se consegue com boa educação.

Para que haja um verdadeiro acesso à justiça, é imprescindível que se crie um conjunto de condições que permitam os indivíduos aceder ao judiciário através de estruturação dos órgãos estatais e desconcentração de algumas competências e funções dos órgãos centrais para o restante dos órgãos alocados em diferentes pontos do país, porque Guiné-Bissau, não se resume só em Bissau, pois, compreende a todo território nacional.

A concentração da competência de *habeas corpus* no Supremo Tribunal de Justiça é um verdadeiro bloqueio ao acesso à justiça, porque nem todos os cidadãos moram em Bissau. Esta concentração de competência viola o princípio da duração razoável do processo, bem como, a celeridade que é endógena ao instituto heroico.

E como solução a este problema é bom registrar que a execução da presente pesquisa será baseada basicamente na pesquisa documental, através de bibliografia nacional e estrangeira por consulta das principais fontes jurídicas formais e materiais, tais como a legislação em sentido amplo, nacional e estrangeira, tratados e declarações internacionais sobre os direitos fundamentais e doutrinas versadas sobre o assunto.

O presente trabalho tem grande importância porque irá ajudar a colmatar brechas que existem no ordenamento jurídico guineense sobre a proteção do direito fundamental de ir e vir, que necessitam de um procedimento célere e eficaz para poder resguardá-lo dos abusos e ilegalidade por parte dos agentes públicos. A liberdade é coisa sagrada no Estado Democrático de Direito e a sua violação é desrespeito ao próprio Estado que a consagrou.

2. O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR

O *habeas corpus* é um instrumento constitucional de gigantesca importância na proteção do direito fundamental de ir e vir de pessoas e sua importância está fundada justamente na sua função de salvaguardar um dos valores fundamentais sacramentado pelo Estado de Direito – a liberdade individual, visto que, sem *habeas corpus*, a liberdade retrocitada não passaria de um simples postulado formal sem resultado concreto, ou seja, sem a devida proteção.

A história do *habeas corpus* pode ser contada paralelamente com a evolução dos direitos fundamentais, pois aquele representa o instrumento máximo de proteção ao direito fundamental de ir, vir e ficar dos indivíduos.

Falar do *habeas corpus* como instrumento constitucional de proteção do Direito de ir e vir dos indivíduos, é falar do Estado Democrático de Direito, estágio em que o instituto não só ganhou ampla normatividade, mas também a sua eficácia como instrumento jurídico constitucional de proteção do direito de locomoção, uma vez que, evita a restrição liberdade ou resgata a liberdade do indivíduo quando ilegalmente restringida.

Portanto, *habeas corpus*, é um instrumento jurídico constitucional, que tem como objetivo proteger o direito fundamental do cidadão contra ameaça de restrição ou restrição efetiva e abusiva ou ilegal da sua liberdade de ir, vir e ficar. O seu conceito etimológico e analítico, é fornecido pelo De Plácido e Silva, que assim o aborda sem olvidar a sua construção gramatical:

Habeas Corpus, é uma locução composto de verbo latino *habeas*, de *habeo* (ter, tomar, andar com), de modo que se pode traduzir: ande com o corpo ou tenha o corpo. É um instituto jurídico que tem precípua finalidade de proteger a liberdade de locomoção ou direito de andar com o corpo. E, assim virá para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir, vir, mover-se, parar, ficar, entrar e sair, em que se funda o direito de locomoção que lhe é atribuído: *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*. Registram geralmente a sua instituição na Inglaterra, em face da lei que concede qualquer vassalo inglês de ser solto debaixo da fiança, quando contra ele se decreta prisão. Ali, realmente, obteve a

medida a sua eficiente aplicação, tão logo enumerada na *Magna Carta*, outorgada em 1215, pelo rei João Sem Terra³.

Na síntese do acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de **HC 348.952**, sob relatoria do desembargador Gonçalves Nogueira, define *Habeas Corpus* como uma,

ação mandamental a tutelar não apenas diretamente a liberdade física dos indivíduos, mas as demais hipóteses de coação ilegal que, de algum modo estejam relacionados com Status libertatis, incluindo o processo, do qual não se espera tão-só uma decisão justa, mas um tramitar escorreito e a salvo de nulidades (Due Process of Law)⁴.

Entretanto, Habeas Corpus não serve tão somente para proteger a liberdade do cidadão de forma imediata, mas também a protege de forma mediata, à medida que afasta ou anula qualquer procedimento desalinhado com o “*Due Process of Law*” no curso da ação penal, que poderá vir afetar a liberdade de ir, vir e ficar do indivíduo ou do réu no final do processo⁵.

Como já foi frisado nas linhas supras, é patente que a limitação do poder estatal não tem sua origem no Estado Democrático de Direito, esta limitação do poder estatal foi desde período medievo com a *Magna Carta Libertatum*, outorgada por monarca John Lack Land (João Sem Terra), que condicionou a restrição da liberdade dos seus súditos, apesar de ser violada várias vezes por ele e seus sucessores, o documento guarda um marco importantíssimo no que tange à limitação do agir arbitrário do Estado e, conseqüentemente, na proteção da dignidade da pessoa humana.

O período medievo, não obstante ser considerado um dos mais sombrios da história da humanidade⁶ foi nele que se obteve primeiro êxito sobre a limitação do poder do rei através da afirmação do pacto dos Bispos e Barões com o monarca John Lack Land, que foi

³ SILVA de Plácido. **Vocabulário jurídico/atuaisadores**: Nagib Slaibi filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, p. 671.

⁴ TORON, Alberto Zacharias, **Controle do devido processo legal**: questões controvertidas e de processamento de Writ, 1ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

⁵ Idem. Posição do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de **HC 160.696**. Mais detalhes, cf. nota de rodapé, nº 20 da página 52.

⁶ A humanidade sofreu muito sob jugo dos homens poderosos, que acusavam e torturavam a granel, sob manto de sigilos e morticínio públicos. A nobreza era opressora e tirano do povo, e os que apregoavam as boas novas (evangelho), tinham mãos cheias de sangue e contudo, ousavam apresentar ao mesmo povo que tortura, injustiça e mata, um Deus misericordioso de paz . (...) Com a tortura obrigavam aos infelizes a produziram as provas por si mesmos, como forma de legitimarem as suas acusações e execuções, o que de fato demonstra quão desumana eram as leis dos nossos antepassados. Cf. CESARE, Beccaria, **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret. 2008, p. 25-38.

marco de liberdades clássicas, - a liberdade de locomoção, bem como o devido processo legal e o garantia de propriedade como destacou Dirley Cunha Junior⁷.

Aliás, segundo esclarece Ingo Sarlet⁸, a *Magna Carta* não foi o documento pioneiro e isolado da sua época a limitar o poder do Estado ou do monarca sobre os seus súditos, visto que, nos séculos XII e XIII, existiam as *Cartas de Franquia* e os *Forais* outorgados pelos monarcas portugueses e espanhóis. Também ressalta que não se pode olvidar a importância da reforma protestante, que imprimiu uma grande reivindicação de forma gradativa para que houvesse reconhecimento da opção religiosa e do culto em vários Estados europeus.

Entretanto, com o advento do Estado absoluto, a partir do século XVI a XIX, estas conquistas do período medieval, foram ignoradas. Pode-se afirmar que Estado absoluto foi a primeira forma de manifestação do Estado moderno⁹, pois, a vontade do rei era lei a ser observada por todos, e o Estado controlava atividades econômicas (com a criação dos impostos), as atividades administrativas e as Forças Armadas.

Destarte, o estado absoluto idealizado por Hobbes e Maquiavel, aquele com a sua péssima visão sobre o homem, por entender que este é ruim, egocêntrico e ousado, para preservar a sociedade diante da “guerra de todos contra todos”, era preciso um estado absoluto em que o poder do soberano teria como limite a sua própria vontade, isto é, poderia tudo contra todos e nenhuma garantia para todos, enquanto que este, o poder do soberano na direção dos interesses públicos, poderia fazer tudo e mais alguma coisa, contanto que lhe ajudasse a permanecer no poder, isso é, a fechar os olhos para não enxergar nem direito, nem garantia alguma¹⁰.

Esta fase do Estado pode ser caracterizada também como um período sombrio, principalmente na fase denominada de Estado de Polícia, marcada por desmedidas intervenções do monarca na esfera privada dos indivíduos, assinalando assim um recuo com relação às garantias que haviam sido conquistadas no período medieval.

Conforme Zipplelius, o Estado de Polícia do século XVIII, que é exemplificado a partir da Prússia de Frederico Guilherme I:

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador (BA): Juspodivm, 2008, p. 34.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 48.

⁹ Isso porque até os séculos finais da Idade Média, não havia Estados com poder centralizado sob autoridade de um rei. O que se via eram vários reinos com o poder político dividido entre os senhores feudais, cidades autônomas, cuja autonomia fora conquistada, ou por rebelião, ou através das cartas régias.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso dos direitos fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 32

Encontram-se fortes tendências para a regulamentação da vida dos súbditos até aos pormenores, até aos assuntos mais privados, desde a confissão e a ordem do culto religioso até ao vestuário de passeio, desde a profissão até ao comer e beber. O Estado tornara-se o grande tutelar dos seus cidadãos, em cujas mãos se concentraram o poder político, a soberania eclesiástica e a política econômica do país.¹¹

Compreende-se que esta fase do Estado absoluto é de zero garantia aos direitos dos cidadãos pelo amplo e exagerado intervencionismo e dirigismo estatal na esfera privada dos cidadãos, com intuito de não só consolidar o poder político, mas também o poder econômico que estava nas mãos da classe burguesa.

Conforme menciona Jorge Reis Novais¹², o projeto da luta de classe burguesa contra Estado absolutista, tem como fito conquistar o poder político, racionalizando o seu exercício através de uma regulamentação prévia, que vai submeter atividade administrativa à lei e garantir o livre desenvolvimento de atividade econômica, bem como a liberdade dos cidadãos.

Nos finais do século XVIII, o projeto liberal teve êxito com as revoluções americanas de 1776, e a francesa de 1879¹³, que registraram o fim dos privilégios hereditários da nobreza, e inauguraram uma nova era de emancipação dos indivíduos e de ascensão social baseada no mérito. Enfim, foi início do império da ideologia liberal que culminou com o nascimento do Estado de Direito Liberal, cujo marco principal foi o reconhecimento dos direitos chamados da primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais.

Nos finais do século XIX para século XX, surgiram os direitos da segunda geração, diferentemente da primeira geração, que consagra as chamadas liberdades negativas – isto é, a não ingerência estatal na esfera individual dos cidadãos, os direitos da segunda geração exigem a intervenção estatal para sua materialização, provocando a evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Assim, os direitos fundamentais passaram a ser norte de atuação dos poderes públicos e não simples limites para sua ação.¹⁴

Os da terceira geração são direitos da solidariedade ou da fraternidade, que visam não só a proteção do indivíduo de forma individual, mas da coletividade a que pertence, isto é,

¹¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 369.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de ciência política e direito constitucional guineense**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 17.

¹³ Seus maiores inspiradores intelectuais foram os filósofos iluministas ingleses e franceses, como John Locke, Montesquieu, Voltaire e Jean-Jacques Rousseau.

¹⁴ ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 28.

garantindo a paz, proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável¹⁵ a todos os membros da coletividade.

Neste tópico, como se depreende da sustentação empreendida até aqui, objetiva-se demonstrar a estrita relação existente entre o *habeas corpus* e o direito fundamental de ir e vir. Ao longo da exposição abordaram-se os momentos cruciais que germinaram a ideia da limitação do agir estatal em prol da liberdade dos indivíduos até a sua afirmação como direito fundamental oponível ao Estado, isto é, a sua restrição abusiva ou ilegal, ocasiona o manejo do *habeas corpus*, que tem a função precípua de proteger a liberdade de ir, ficar e vir.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do *habeas corpus*, conforme ensina Dirley Cunha¹⁶, é uma ação constitucional cujo fim é proteger a liberdade de ir, vir e ficar quando se encontra ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder. A sua alocação no Código do Processo Penal no capítulo reservado para os recursos, pode sutilmente levar um incauto ao equívoco, confundindo-o com recurso. Na verdade, a sua locação nesse capítulo, trata-se “de flagrante equívoco topográfico¹⁷” do legislador.

Pontes de Miranda¹⁸, na sua colação sobre a natureza do instituto heroico, declara que o *habeas corpus* era uma ordem que o tribunal dava aos que tivessem em sua posse ou guarda a pessoa detida com o seguinte teor: “Toma (Literalmente), Tome, ter, exhibir, trazer, etc., o corpo deste detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso”.

Assim, *habeas corpus* é também uma garantia constitucional na República da Guiné-Bissau, uma vez que na Constituição guineense, consta-se no Título II - que contempla os direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais. Segundo Ada Pellegrini e outros, citados por Gamil Foppel e Rafael de Sá Santana¹⁹, colocam de forma clara que o *habeas corpus* é uma garantia do direito fundamental de ir e vir, na medida em que constitui o meio, instrumento e procedimento para a sua proteção.

¹⁵ BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional**: público e privado. 2ª ed. Rio de Janeiro: forense; São Paulo: Método, 2010, p. 277.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, op. cit. p. 827.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MIRANDA, op. cit. p. 23.

¹⁹ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. Habeas corpus. In: DIDIER JR. Fredier. Ações Constitucionais. 5ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador/BA: juspodivm, 2011. P. 33.

No mesmo sentido proclama Alexandre de Moraes²⁰, que Habeas Corpus é uma ação constitucional de índole penal de procedimento especial, isento de custas processuais, que se objetiva prevenir ou afastar ameaça ou violência na liberdade de ir, vir e ficar por abuso do poder ou ilegalidade e não se trata de espécie de recurso.

2.2 A TITULARIDADE

A legitimidade ativa, isto é, para impetrar *habeas corpus* independe da capacidade jurídica ou postulatória, pois, trata-se de um atributo da personalidade²¹, por isso qualquer pessoa, seja ela nacional ou estrangeira pode impetrar o remédio heroico em seu benefício ou do terceiro.

Ora, quando se fala em qualquer pessoa²², pensa-se também em pessoa jurídica. Será que ela pode impetrar *habeas corpus*? Sobre este assunto há dissonância tanto na doutrina como na jurisprudência, mas conforma teleologia do art. 5º da CF, a pessoa jurídica deverá usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com a sua condição. Como o direito de locomoção não compatível com a natureza da pessoa jurídica, conclui-se que ela não faz jus ao instituto, mas nada impede que ela impetre *habeas corpus* em favor da terceira pessoa ameaçada ou coagida em sua liberdade de ir, vir e ficar²³.

A legitimidade passiva está atrelada aos sujeitos coatores que podem ser autoridade, no caso do delegado de polícia, promotor de justiça, magistrado judicial, tribunal etc., ou particular, pelo ato de abuso de poder e ilegalidade, lembrando que ao particular só caberá *habeas corpus* em caso da ilegalidade²⁴, uma vez que, não tem a autoridade e conseqüentemente não poderá abusar dela.

A ilegalidade a que se refere no parágrafo anterior como justa causa para *habeas corpus*, conforme destaca Celso Ribeiro Bastos²⁵, não é a do simples cárcere privado, em que

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 114.

²¹ Ibidem, p. 116. O autor esclarece que os doentes mentais, crianças e analfabetos, podem fazer uso de *habeas corpus* para eles próprios ou em prol de terceiros, poder ser uma verdadeira ação popular.

²² Art. 654, 2º§ do CPP, diz: “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

²³ Ibidem, p. 117. Do mesmo modo já se manifestou STJ “não há dúvida de que a pessoa jurídica pode impetrar o *habeas corpus*, mas aquele que a representa legalmente deve, de plano ou no prazo assinado, comprovar isso. Se o signatário da inicial não comprova a condição invocada, de rigor o não reconhecimento do writ”. Cf. STJ – 5ª T. – RHC nº 3.716 – 41PR – Rel. Min. Jesus da Costa Lima, Ementário, 10/680; RT 598/322; RJTJSP 126/519 – NUNES, dos Santos, Anderson, Habeas Corpus. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17454&revista_caderno=9#_ftn5>. Acesso em: 04 set 2017.

²⁴ MORAES, op. cit. p. 118.

²⁵ BASTOS, Ribeiro Celso. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 354-355.

se encurrala alguém num recinto fechado, que acionamento da força policial seria suficiente sanar a restrição, mas é aquela que ocorre de vez em quando nos hospitais e nas clínicas, quando há dissenso entre familiares do paciente e os médicos quanto a liberação do paciente, quando estes entendem que isso pode-lhes acarretar futuras responsabilidades.

O *Habeas corpus* é um instrumento constitucional, visto que, no âmbito processual pode-se qualificar como recurso, conforme ensina Pacelli²⁶, “poder ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele” sem perder a sua qualidade de ação autônoma de impugnação.

É importante ressaltar ainda, que o remédio heroico, serve para defender a liberdade de locomoção, mesmo com trânsito em julgado ou não da sentença condenatória, diferindo assim da revisão criminal previsto no art. 621, do Código do Processo Penal Brasileiro, que só cabe com o trânsito em julgado. Também serve para trancar o inquérito policial quando lhe falta a justa causa (STJ, RHC 8272, e HC 218-234), ambos da relatoria do Ministro Gilson Dipp²⁷.

Resumindo, quando cabe um *habeas corpus*? E como se chamam as pessoas envolvidas no seu processo?

Caberá o manejo de *habeas corpus* quando ocorre uma das hipóteses/situações a seguir elencadas: a) Ameaça, sem justa causa, à liberdade de locomoção; b) Prisão que extrapola o prazo legal ou definido na sentença; c) Cárcere privado; d) Prisão em flagrante sem a apresentação da nota de culpa; e) Prisão sem ordem escrita de autoridade competente; f) Prisão preventiva sem suporte legal; g) Coação determinada por autoridade incompetente; h) Negativa de fiança em crime afiançável; i) Cessaçãõ do motivo determinante da coaçãõ; j) Nulidade absoluta do processo; k) Falta de comunicacãõ da prisãõ em flagrante ao Juiz competente para relaxá-la; etc.

No processo de *habeas corpus* as pessoas envolvidas recebem os seguintes nomes técnico-jurídicos: impetrante, paciente, coator e detentor. O Impetrante – é aquele que requer a ordem de *habeas corpus* a favor do paciente; O Paciente – é o individuo que sofre a ameaça, a coaçãõ, ou a violênciã consumada; O Coator – é quem pratica ou ordena a prática do ato coativo ou da violênciã; O Detentor – é quem mantém o paciente sobre o seu poder, ou o aprisiona.

²⁶ TORON, op.cit. p. 68.

²⁷ Idem. É importante salientar que no **HC 110-118**, Min. Joaquim Barbosa, reafirmar a posição do STJ, onde cabe o Recurso Especial, não impede obstaculiza à impetraçãõ de *habeas corpus*, uma vez que o direito fim identifica-se de forma direta ou imediata com a liberdade de ir, vir e ficar do paciente. Cf. página 75.

2.3 AS ESPÉCIES DE *HABEAS CORPUS*

Relativamente às espécies, fala-se em *habeas corpus* liberatório ou repressivo, quando se consuma o ato restritivo da liberdade de ir, vir e ficar por abuso de poder ou pela ilegalidade. Neste caso, precisa-se do remédio constitucional para cessar a restrição da liberdade da pessoa em causa; doutro modo, fala-se de *habeas corpus* preventivo quando há uma ameaça potencial a restrição da liberdade de ir, vir e ficar da pessoa por uma ilegalidade ou abuso de poder. A pessoa usa desta espécie para impedir que a violência se concretize na restrição da sua liberdade.

A redação do art. 39, n.º. 3, da Constituição da Guiné-Bissau, que trata de *habeas corpus*, traz uma única espécie do remédio heroico que é a espécie repressiva ou liberatório como se pode ver: “*A prisão ou detenção ilegal resultante de abuso de poder confere ao cidadão o direito de recorrer à providencia de Habeas Corpus*”. Esta redação não contempla a espécie preventiva plasmada no inciso LXVIII²⁸, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e conseqüentemente oferece uma proteção deficiente da liberdade de ir, vir e ficar dos indivíduos, uma vez que, a proteção deste direito fundamental sempre será tardia.

Na espécie preventiva do *habeas corpus*, impende citar Eugênio Pacelli de Oliveira²⁹, que esclarece o seguinte:

Habeas corpus dirige-se contra ato atentatório da liberdade de locomoção, mesmo que não haja uma ordem de prisão determinada por autoridade judiciária ou que o seu titular já se encontra preso. Será objeto de *habeas corpus* tanto ameaça real como á ameaça potencial da liberdade.

As duas espécies instrumentalizam-se através de dois meios que são: “alvará de soltura” e “salvo-conduto”. A concessão de ordem liberatória se materializa pelo “alvará de soltura” e a concessão da ordem preventiva, materializa-se pelo “salvo-conduto”³⁰.

Ambas as espécies não são só importantes, mas indispensáveis para que se possa dar uma proteção completa do direito fundamental de ir, vir e ficar dos cidadãos, razão pela qual se deve acrescentar a palavra **ameaça** ao dispositivo da Constituição guineense para que a sua redação fique assim: “*Sempre que alguém sofrer prisão ou detenção ilegal, ou se achar na iminência de sofrer uma violência ou coação ilegal em sua liberdade de ir e vir, resultante de*

²⁸Inciso LXVIII do art. 5º da CF. “conceder-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 do poder”.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª Ed. Atual. São Paulo: Atlas. 2008. p.754.

³⁰ Foppel e Santana, op.cit. p. 35

abuso do poder, pode recorrer à providencia de habeas corpus.”, (sugere-se). Assim, estariam abarcadas as duas espécies que tornariam mais eficazes o instituto na proteção do direito fundamental em comento.

A forma preventiva de *habeas corpus*, pode evitar o opróbrio que a consumação da prisão ilegal ou decorrente de abuso de poder, traz à dignidade da pessoa humana. Em respeito à dignidade da pessoa humana, melhor seria preveni-la dos atos aviltantes, em vez de deixar que estes atos se consumem para depois saná-la. Importante seria que ao cidadão fosse dada esta possibilidade, de acionar o Estado preventivamente para que a ameaça de restrição da sua liberdade não viesse a se concretizar.

Sabe-se que isso não vai acabar com os abusos de autoridade e nem com a ilegalidade das prisões, porque nos países³¹ que têm esta espécie preventiva de *habeas corpus* acontecem estas condutas aviltantes à liberdade de ir, vir e ficar, mas numa sociedade como a guineense, em que abuso de autoridade é mais frequente, quanto mais garantias tiver o cidadão/indivíduo, ser-lhe-á melhor.

E por último cabe falar da modelo coletivo do *habeas corpus* instituído pela decisão da 2ª Turma Supremo Tribunal Federal, no julgamento de HC 143641/SP, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que firmou o entendimento de que as mulheres grávidas e as mães de crianças de até 12 anos (incluindo as mães menores detidas em centros socioeducativos) em presas preventivamente devem ser liberadas para cumprirem a referida prisão em seus domicílios.

O fundamento desta decisão está na má qualidade das prisões no Brasil para atender as referidas pessoas, conjugado ao direito das crianças que merecem um ambiente sadio para crescerem (e não na cadeia) com as suas mães e os impactos negativos em suas vidas se deixadas presas com as mães, bem como se crescerem sem a presença delas. No entanto, aquelas que cometerem crimes violentos, crimes contra qualquer filho e aquelas que não têm guarda ou convívio com o filho (os) não farão jus ao instituto heroico de transformar a prisão preventiva em domiciliar.

2.4 A HISTÓRIA DO *HABEAS CORPUS* SE CONFUNDE COM A HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

³¹ Por exemplo, no Brasil, tem as duas espécies de *habeas corpus*, mas nem por isso deixa de haver abusos e prisões ilegais.

Há uma relação íntima entre a evolução dos direitos fundamentais e o *habeas corpus*. Esta proximidade entre eles pode sim fazer com que se confunda a história de uma com a do outro ou se pensar que ambos são a mesma coisa. Apesar de serem coisas afins (ambos, direitos fundamentais e o *habeas corpus*, zelam pela dignidade humana), tecnicamente são destrincháveis, visto que, um (o *habeas corpus*) é instrumento constitucional de proteção da liberdade de ir e vir, e outro (os direitos fundamentais) são normas ligadas à dignidade humana como se tentará demonstrar abaixo. Pode-se dizer que o *habeas corpus* é um instrumento a serviço dos direitos fundamentais.

Primeiramente impende registrar que a confusão dos termos (direitos fundamentais e direitos humanos) ou a sua ambiguidade, decorre da imprecisão que os doutrinadores, juristas, advogados e aplicadores do direito fazem deles de forma indiscriminada, ou seja, sem a devida acuidade que de fato merecem, para aludir a mesma coisa.

Há quem sustente que não deve haver distinção entre os dois termos e nem se deve diferenciar os direitos de homem dos direitos humanos, por serem inerentes à natureza humana, independentemente de positivados ou não. Esta visão crítica é sustentada por Bruno Galindo, mas os distingue dos direitos fundamentais, que segundo ele, são aqueles positivados constitucionalmente ou internacionalmente (em tratados e convenções internacionais), ainda que a sua eficácia e proteção seja diferenciada³².

Esta visão de Galindo com relação aos direitos humanos e direitos fundamentais destoa um pouco da visão sustentada por outros autores³³ que compõem uma maioria no que diz respeito ao uso de terminologia de direitos humanos para os direitos firmados em tratados internacionais e a terminologia de direitos fundamentais para os direitos que são constitucionalmente consagrados.

O termo “direitos humanos” é muito mais usado no âmbito da filosofia política, nos tratados e convenções internacionais, de um modo geral, no plano de direito internacional, enquanto que a opção pelo termo “direitos fundamentais” ganha uma relevância mais afinada no plano interno. Os direitos fundamentais também são os direitos humanos, porque ambos têm como seus titulares os seres humanos³⁴, mas apesar de terem a mesma teleologia é

³² SARTLET, Ingo Wolfgang, et al. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit. p. p. 37.

³³ Os autores que defendem esta posição são: Ingo Wolfgang Sarlet – Eficácia dos Direitos fundamentais; Manoel Jorge – Curso do direito Constitucional; Antonio Augusto – Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos; Norberto Bobbio – Era dos direitos; etc.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, et. al. **Curso do direito constitucional**. 6ª. ed. São Paulo:Saraiva, 2017, p. 303.

imprescindível que se faça diferenciação dos ambos os termos, visto que os seus âmbitos são diferentes³⁵.

Sarlet, para além dos seus ensinamentos sobre os dois termos em comento, trouxe a lição do Antonio E. Pérez Luño, para elucidar mais o assunto. Assim, Luño argumenta que o termo:

“direitos humanos” acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de “direitos fundamentais”, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos limitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de direito³⁶

Tendo em consideração a diferença entre os termos direitos humanos e os direitos fundamentais, Norberto Bobbio³⁷ preleciona que (os direitos humanos) os direitos morais não são direitos em sentido estrito (direitos fundamentais), pois revelam uma carência de força coercitiva, sendo assim, os direitos humanos são meras exigências ou aspirações de direitos.

Bobbio assevera ainda que os direitos pressupõem a existência de um sistema normativo que os reconheça e garanta a força coercitiva. Já as exigências no âmbito da moralidade são meras aspirações de direito, que carecem de uma proteção efetiva do Estado.

Conforme se depreende das teses acima arroladas, os direitos humanos são meras expectativas de direito, desprovidos de carácter deontológico, pois, expressam maior grau de abstração, mas quando são incorporados na ordem jurídica interna de cada país, restringem-se o seu grau de abstração e passam adquirir o carácter deontológico das normas jurídicas que os tornam fundamentais.

Neste sentido, ao serem incorporados numa determinada ordem jurídica, a sua proteção se torna concreta e dá aos cidadãos o direito de procurar a tutela protetiva do Estado quando são violados, tanto pelo próprio Estado quanto por qualquer outra pessoa através dos instrumentos jurídicos existentes para sua proteção.

No Brasil, esta confusão de termos, verifica-se no bojo da própria Constituição Federal, pois, emprega-se duas expressões diferentes em momento diversos, para expressar a mesma coisa, conforme demonstra Marcela Baudel de Castro:

(...), a própria Constituição Federal não foi conseqüente na terminologia, empregando, em vários momentos, expressões distintas como sinônimas, a despeito

³⁵ SILVA NETO, Jorge Manoel e. **Curso do direito constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, 516.

³⁶ SARLET, et. al. Op. cit. P. 303-304.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 56.

de consagrar o termo “direitos fundamentais”. É de se ver: a) direitos humanos (art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do ADCT); b) direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); d) direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, caput); e) direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b); f) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); g) direito público subjetivo (art. 208, § 1º)³⁸.

Entretanto, não é menos certo que, a equivocidade do emprego dos termos ou expressões em tela, tenha sido nutrida pela própria Constituição Federal, uma vez que, na qualidade da Lei fundamental – “*La Constitución representa la ley fundamental de la vida del Estado*”³⁹, recorre-se e ela como forma de legitimar as teses, decisões, para não cair no mar da inconstitucionalidade, e, em virtude disso, acaba-se incorrendo nas incongruências terminológicas que a própria Constituição sedimenta⁴⁰.

Alguns autores (Paulo Bonavides e Alexandre de Moraes), talvez para evitar que as pessoas continuem a cair no uso equivocado da terminologia (direitos humanos e direitos fundamentais), ou talvez seja, para mostrar que ambos os termos se referem ao mesmo objeto tutelado, resumem-nos em uma só expressão nas suas obras, adotando o termo de forma agregada – direitos humanos fundamentais⁴¹.

Luigi Ferrajoli, define os “*Derechos Fundamentales*” como:

todo aqueles direitos que correspondem universalmente a “todos” seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadãos ou pessoas com capacidade de obrar; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um sujeito por uma norma jurídica; e por *status* de condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas ou autor dos seus atos⁴². (tradução do autor).

Esta definição do Luigi Ferrajoli sobre direitos fundamentais como ele mesmo esclarece⁴³, não se trata de uma definição dogmática, isto é, com referência em um ordenamento jurídico ou em um determinado direito positivo em concreto, por ser uma

³⁸ CASTRO, Marcela Baudel de. **A proteção aos direitos humanos no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13102>. Acesso em: 25 set. 2017.

³⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1ª ed. 2ª reimp. Madrid: Alianza editorial, 1982, p. 81.

⁴⁰ Manoel Jorge, afirma que a expressão direitos fundamentais encontra-se sedimentada na doutrina jurídica brasileira, e é utilizado como sinônimo de seguintes expressões: direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, liberdades públicas ou ainda direitos públicos subjetivos. Cf. SILVA NETO, op.cit. p. 515.

⁴⁰ CASADO, op.cit. p. 20.

⁴¹ CASADO, op.cit. p. 20.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. Ano 2004, p. 37.

⁴³ Idem, ibidem, p. 40. “Tanto nuestra definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico del todo independiente de los sistema jurídico concretos incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, son derechos fundamentales”.

definição teórica, puramente formal ou estrutural, aberta e desnaturalizada de qualquer referência em concreto.

Esta definição teórica e abrangente do Ferrajoli não referenciada em nenhum ordenamento jurídico em concreto demonstra o cuidado que ele teve em sua elaboração, para não misturar os dois termos – direitos humanos e direitos fundamentais, porque sabe que ambos os termos têm o seu respectivo âmbito de aplicação.

Nesta celeuma terminológica, apesar de que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais terem uma única finalidade que é dar proteção à dignidade humana é salutar saber que, os seus âmbitos de abrangência são diferentes, razão pela qual, é tecnicamente exigível que se faça o uso correto ou diferenciado de cada um desses termos. Frisa-se que se empregue o termo direitos humanos para referir os direitos consagrados nos tratados e convenções internacionais e que se empregue o termo direitos fundamentais para referir aos direitos positivados numa determinada ordem jurídica.

Os direitos do homem surgem desde que alguém é considerado como pessoa. Segundo Pedro Serna, não há nenhum ato mais forte de disposição sobre um ser humano do que estabelecer quem é e quem não é pessoa⁴⁴. Isto porque, conforme diz Sebastian Mello, o *status* de pessoa confere-lhe uma série de direitos e garantias, independente de qualquer outra circunstância⁴⁵. O ser humano existe, isto é, a existência humana é coexistente com o nascimento de seus direitos. “Portanto, a noção dos direitos do homem é tão antiga quanto a própria sociedade⁴⁶”. Os direitos aqui aludidos são os valores ligados à dignidade da pessoa humana, que pertencem ao homem por uma simples razão de ser o ser humano.

O respeito a estes valores não é uma criação primária do Estado democrático de direito, porque nas sociedades antigas, a exemplo do Código de Hamurabi, na antiga Mesopotâmia (hoje a maior parte seu território corresponde à República do Iraque), que continha regras de “olho por olho e dente por dente⁴⁷”, embora fossem formas cruéis de apenas os que infringiam a lei, mas no fundo tinha como objetivo: evitar abusos contra os mais fracos, bem como proteger os direitos do homem.

Assim, percebe-se que desde primeiras sociedades houve a intenção de proteger os direitos humanos, embora de forma estritamente retributiva e brutal, mas a finalidade era a

⁴⁴ SERNA, Pedro. **El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo**. El derecho a la vida, Pamplona: Eunsa, 1998, p. 42.

⁴⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. Salvador, Juspodivm. 2010, p. 25

⁴⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso dos direitos fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 27.

⁴⁷ Ibidem, p. 27-28.

manutenção da paz social, isto é, a coexistência dos fortes com os fracos na mesma sociedade. Entretanto, desconhecia-se um mecanismo que limitasse o poder do soberano com relação aos direitos dos seus súditos, pois, contra estes, o soberano podia tudo.

Neste sentido, a proteção dos direitos do homem era tão só com relação às ofensas dos particulares, uma vez que, o rei não podia errar ou não errava, e sobre ele não havia outro poder ou órgão que pudesse o responsabilizar pelos seus atos. Esta “infalibilidade” do monarca, com o tempo começou a ser questionada pelos barões, que não se contentavam com as sucessivas intromissões do rei, obrigando-lhe a assinar em 1215, a *Magna Carta*, que trouxe requisitos que devem ser observados pelo monarca, antes de interferir na esfera jurídico-individual de uma pessoa.

Estes requisitos constituem os limites impostos ao soberano (os primeiros sinais do constitucionalismo), vislumbrando assim os princípios que vão se firmando gradualmente ao longo da evolução da sociedade, até chegar ao estágio atual (Estado democrático de direito), em que o próprio Estado é quem advoga pelo respeito e para promoção dos direitos fundamentais, em prol dos seus titulares.

Com a limitação do poder estatal, nasce o sistema de garantias ou instrumentos fundamentais para proteção dos direitos do homem positivados, tanto no plano internacional⁴⁸, como no plano interno⁴⁹. No plano interno, os direitos fundamentais contam com as garantias constitucionais, que lhes servem de escudos contra eventuais atos de arbitrariedade ou abuso de poder, por parte dos agentes públicos (em alguns casos os

⁴⁸ A nível internacional pode-se citar alguns documentos ou tratados que cuidam da proteção dos direitos de homem, como por exemplos: a Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e alguns do cunho regional, como Convenção Americana de Direitos Humanos, ou “Pacto de São José da Costa Rica”, de 1969, Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 1950 (em vigor em 1953) e A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, são os principais instrumentos normativos que visam a dar uma proteção aos direitos humanos.

⁴⁹ No plano interno tem-se as garantias como *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), que é um dos remédios para garantir o direito à liberdade pessoal, como se verá adiante, este instituto tem a sua origem no instituto romano de *interdictum de homeni libero exhibendo* (este instituto será comentado em baixo), antes da *Magna Carta* de 1215, promulgado por John Lack Land, que exigia que antes do emprisonamento de alguém, tem que se fazer o seu julgamento segundo a lei da terra, Mandado de Segurança para proteger o direito líquido e certo, Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF) – que uma ordem formal imposta a quem do direito para que regulamente a norma que viabilize o exercício dos direitos constitucionais, Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da CF), que objetiva provocar a atividade jurisdicional do Estado a fim de proteger o patrimônio público, quando a sua gestão foge da legalidade e moralidade, Ação Civil Pública (art. 129, III, da CF, e a Lei nº 7.347/85), para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e *Habeas Data* (art. 5º, LXXII da CF), que tem como objetivo de fornecer as informações ao impetrante sobre seus dados nos bancos de dados públicos, bem como a retificação deles nos respectivos bancos de dados. Cf. SILVA A. Vilmar. **Teoria da Constituição fundamentos e conteúdo da teoria da Constituição**. Disponível em: <http://principo.org/teoria-da-constituico-fundamentos-e-contedo-da-teoria-da-const.html?page=2> . Acesso em: 30 nov. 2017.

particulares). Na verdade, os direitos em comento seriam meras declarações de direitos, se não tivessem garantias que os protegessem.

Na Idade Média, estes instrumentos de proteção dos direitos, eram restritos a certas pessoas e não estava amadurecida a ideia de igualdade entre os “cidadãos” de então. Os direitos e garantias fundamentais eram privilégios de alguns, e só estes podiam se valer dos instrumentos protetivos destes direitos para se defenderem dos eventuais abusos e arbitrariedades do Estado.

Assim, a história dos direitos fundamentais tem grande semelhança com a história do *habeas corpus*, principalmente no que concerne a sua evolução histórica. Os direitos fundamentais no Estado liberal, em que prevaleciam os direitos da defesa e da liberdade individual, os pobres não tinham como garantir estes direitos, pelo próprio custo que demandavam - ir ao judiciário, exigia ônus financeiro, só ia ao judiciário quem podia arcar com os custos.

A mesma coisa aconteceu com os instrumentos protetivos de direitos de ir e vir, *Interdicto de homine libero exhibendo*, *Magna Carta* (antecessores de *habeas corpus*), que também serviam só para certas pessoas, como se verá no decorrer deste trabalho. Hoje, no Estado Democrático de Direito, aquela filosofia individualista do Estado Liberal, que só atendia os interesses da burguesia do então, foi suplantada pelo novo programa de igualdade substancial de todos, em que o próprio Estado ajuda na materialização desses direitos. Semelhantemente, o *habeas corpus* se tornou um instrumento heroico na defesa do direito fundamental de ir e vir de todas as pessoas, diferentemente dos seus antecessores.

Esta semelhança histórica e a finalidade que ambos (direitos fundamentais e *habeas corpus*) guardam entre si (proteger a dignidade da pessoa humana), podem levar a confusão das suas histórias, como já foi demonstrado (supra). Mas, embora sejam coisas afins, são tecnicamente diferentes, porque um é a garantia constitucional, cuja função precípua é de proteger o outro – neste caso específico *habeas corpus* e o direito fundamental de ir e vir. Cumpre ainda ressaltar que, o *habeas corpus* não é instrumento protetivo de todos os direitos fundamentais. Como foi demonstrado acima, há outros instrumentos protetivos dos direitos fundamentais; *habeas corpus* só protege o direito fundamental de ir e vir.

Sobre tais instrumentos protetivos dos direitos fundamentais, alguns nasceram na idade média (com a *Magna Carta* e *interdicto libero*), mas não tinham amadurecido e não têm eficácia e amplitude que o *habeas corpus* tem hoje, até por que a ideia da igualdade entre as

peças não era algo pleno na sociedade de então. Enfim, o direito fundamental de ir e vir, dos indivíduos não contava com a proteção sólida que se verifica atualmente.

Com o evoluir da sociedade humana, o ser humano passa a ser reconhecido pelo seu valor intrínseco, e não pelo seu *status* social que ostenta. Esta transformação que se deu na sociedade, foi graças aos movimentos liberais que derrubaram as monarquias absolutas⁵⁰, sob a bandeira da liberdade e da igualdade de todos perante a lei. Esta submissão de todos à lei sob manto da liberdade e igualdade, era formal e parcial, porque excluía uma parte da sociedade, não obstante, foi muito importante, pois foram as primeiras pedras para a construção de uma sociedade política, social e democrática.

Assim com a submissão de todos ao império da lei, institucionaliza-se o princípio da igualdade entre as pessoas e o próprio Estado que se confundia com o monarca, passa a ter limites no seu poder – quer dizer, instalou-se o constitucionalismo.

Com advento do constitucionalismo, tornou-se intolerável a restrição arbitrária da liberdade dos cidadãos, o abuso do poder, etc., por parte das autoridades estatais, porque o poder do Estado passou a ter limites constitucionais, nos direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Segundo Gomes Canotilho⁵¹, a Constituição moderna, é a ordenação racional do Estado, através de um documento escrito, em que se declaram as liberdades e os direitos e se estabelecem os limites do poder político.

O constitucionalismo desempenhou um papel muito importante na proteção dos direitos fundamentais, com os mecanismos protetivos que trouxe para o Estado moderno, algo que era incogitável no Estado absoluto, em que a vontade do monarca era a própria vontade do Estado, e o monarca podia fazer tudo que queria, porque não havia limites para o seu agir.

Os limites do poder político, consagrados pelo constitucionalismo, apesar de se “consolidarem” no Estado moderno, ousa-se dizer que tiveram a sua origem na Idade Média, com a outorga da *Magna Carta*⁵², pelo João Sem Terra, sob pressão dos barões insurgidos e apoiados pela burguesia da cidade de Londres, na qual foram consagradas algumas prerrogativas asseguradas a todos súbitos do monarca.

O monarca, que cujo poder não conhecia limites, e, com o qual podia fazer tudo que lhe apetecesse contra os seus súditos, vê o seu superpoder limitado pelas garantias destes e esta limitação do superpoder do rei que se consolida no Estado Moderno, é que se chama de

⁵⁰ Aqui refere-se os regimes das monarquias absolutas europeias que imperavam em França, Inglaterra, Espanha e Portugal.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra, 1997, P. 52.

⁵² FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos fundamentais**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12.

constitucionalismo, isto é, a vontade do monarca foi suplantada pela lei, agora só pode querer e fazer o que a lei lhe permite.

Nos Estados Democráticos de Direito, as Constituições se caracterizam por estabelecerem sistemas políticos e jurídicos que garantem a liberdade dos cidadãos face ao próprio Estado e aos particulares, porque a primazia não é mais do monarca⁵³, mas sim do povo que se tornou soberano, ou seja, a sociedade é detentora do poder político.

A soberania popular veio à tona no Estado Democrático de Direito com a limitação do poder do Estado, que agora está subordinado à lei, devendo, por isso, respeitar os direitos fundamentais plasmados na Constituição. Conforme leciona George Marmelstein, os direitos positivados na Constituição ou fundamentais, “não afastam a existência dos valores que ainda não foram positivados por algum motivo, mas que também são ligados à dignidade e à limitação do poder⁵⁴”. Estes valores seriam os chamados direitos do homem, que nada mais nada menos seriam os valores éticos e políticos que ainda não são fundamentados.

Ainda segundo Marmelstein, os direitos fundamentais foram criados, inicialmente, como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso do poder⁵⁵.

Destarte, estes direitos têm como seu destinatário o próprio Estado, que é quem deve zelar pela sua observância, isto é, proporcionar condições que permitam aos seus titulares a fruírem pacatamente deles, sem qualquer intervenção estatal desnecessária. Com isso, percebe-se uma mudança ou transformação significativa na pessoa do Estado que antes era hostil à liberdade individual e agora passa a ser o seu pivô e protetor.

2.4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE HABEAS CORPUS. O *INTERDICTO LIBERO HOMENI EXHIBENDO*

⁵³ Isso acaba com absolutismo dos monarcas que se achavam donos de tudo, o monarca francês Luis XIV, chegou afirmar que ele é o próprio Estado – “*L'État c'est moi*”, isso é, o Estado sou eu.

⁵⁴ MARMELSTEIN, op. cit. p. 23.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 31.

Habeas corpus é um instrumento constitucional de proteção do direito de liberdade de individual, contra eventual ato arbitrário praticado por agentes do poder público ou privado⁵⁶. A sua importância é reconhecida por Estados modernos, e está consagrada em quase todos eles como um instrumento de garantia da liberdade individual das pessoas.

Conforme Tereza Dicenta Moreno⁵⁷, baseada na lei orgânica espanhola de *habeas corpus*, declara que o procedimento de *habeas corpus*, é um procedimento penal sumário que visa apresentar de forma imediata ao judiciário a pessoa detida. Assevera que o instituto heroico (*habeas corpus*) é uma garantia processual específica para proteção do direito fundamental à liberdade de ir e vir da pessoa.

No que concerne à origem do instituto heroico, erigiram-se na doutrina duas posições antagônicas quanto à sua origem; uma sustenta que o *habeas corpus* tem a sua gênese no *interdicto homeni libero exhibendo* do Direito Romano, e outra defende que o berço do *habeas corpus* é na Inglaterra com a *Magna Carta Libertatum*. Mas o que é irrefutável entre eles, é a semelhança que ambos os institutos guardam no que tange a rápida proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos.

Para Tereza Dicenta Moreno, o provável antecedente do *habeas corpus* é o instituto romano *interdicto homeni libero exhibendo*, que estava coletado em D. 43.29⁵⁸, em que configurava como o subtítulo das próprias fontes do direito romano, como exhibitório e perpétuo de caráter popular, uma vez que, se exercia de modo intemporal e, em nome da coletividade, pela imediata ordem do pretor, que determinava a exibição pública do homem livre que se presumia que tenha sido detido de forma fraudulenta⁵⁹.

No mesmo sentido professa Lozano ao comentar D. 43.29.4.2, em que:

afirma que a legitimação processual popular ativa neste interdicto, não estava limitada no tempo, e nem estava também sujeito a qualquer prazo prescricional, visto que, enquanto durasse o fato ilícito qualquer pessoa seria legitimado a interpô-

⁵⁶ Por exemplo: podem se valer do instrumento de *habeas corpus* para conseguir a sua liberação; a criança detida fora da casa dos pais; a pessoa sã que tenha sido internado como louco numa casa de saúde ou hospital; a freira que quer deixar o convento etc. Cf. – TORON, Alberto Zacharias. **Controle do devido processo legal**: questões controvertidas e de processamento de Writ, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 72.

⁵⁷ MORENO, Dicenta Tereza. **El interdicto de homine libero exhibiendo como antecedente del procedimiento de habeas corpus**. In: GANZÁLES, Aránzazu calzada; DE LOS RIOS, Fermin Camacho (Coord). **El derecho penal**: de Roma al derecho actual, VII congreso internacional y X Iberoamericano de derecho romano. Madrid: Edisofer. S. L, 2005. p. 183.

⁵⁸ Ibidem, p. 184, nota de rodapé nº 6. – “D. 43.29.3.8. Ulpianus libro LXXI ad Edictum. Ait Praetor: <<Exhibeas>>; <<Exhibere>>, in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere; propire atutem exhibere est, extra secreteum habere”.

⁵⁹ Idem, p. 184.

lo, o que leva a concluir que própria qualidade do interdito popular, foi a razão da sua perpetuidade⁶⁰. (tradução do autor).

Destarte, fica claramente demonstrado que, o instituto romano tem como pano de fundo a proteção da liberdade individual que é também o bem jurídico protegido pelo instituto heroico, assim, observa-se o paralelismo existente entre os dois instrumentos fundamentais para proteção do direito de ir e vir de pessoas.

O instituto do *interdicto*, apesar de existir algumas décadas no Direito Romano antes da outorga da *Magna Carta* pelo João Sem Terra na Inglaterra, guarda enormes semelhanças com *habeas corpus* que hoje se conhece como instrumento constitucional e célere na proteção do direito fundamental (liberdade) de ir, vir e ficar dos indivíduos.

Sobre a vigência deste instituto na Roma Antiga é importante trazer a colocação de Marcos de Holanda citado por Márcio Vítor Meyer de Albuquerque⁶¹ que assim diz:

Nos casos de coação ilegal à liberdade de ir e vir passou-se a usar o Interdito *de Homine Libero Exhibendo*. Por ele, após prévio exame da capacidade processual, o Pretor determinava que o coator exibisse o paciente em público e sem demora. Caso o coator assim não fizesse era condenado ao pagamento de uma sanção pecuniária. Por este Interdito *de homine libero exhibendo*, o paciente, colocado em público, era visto, apreciado e, acima de tudo, ali, expurgava-se o segredo da prisão – ‘*Exhibere est in publicum producere et vivendi tangendique hominis facultatem praebere; prope autem exhibere este extra secretem habere.*’

Na Roma antiga, como os *Servus* (os escravos ou criados), eram tidos como coisas no sentido jurídico, não faziam jus ao uso de *interdicto de homeni libero exhibendo*, porque o seu *status* social não comportava esta prerrogativa que só o homem livre tinha – *o ius libertatis*, de se livrar da restrição arbitrária da sua liberdade⁶².

Segundo Massau⁶³, não eram somente os escravos que não tinham a prerrogativa, de se valerem de interdito para a defesa da sua liberdade, pois, a infelicidade também se estendia aos filhos retidos pelos pais – (*patria potestas*), mulheres retidas pelos seus maridos e devedores com relação aos seus credores, isto porque os coatores têm uma legitimidade de restringir a liberdade dos constrangidos.

⁶⁰ Ibidem, p. 185. Também cf. a nota de rodapé nº 7. da página anterior.

⁶¹ ALBUQUERQUE, Marcio Vítor Meyer de. **A Evolução histórica do *habeas corpus* e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade**. 2007. 12f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza/ CE.

⁶² MASSAU, Guilherme Camargo. A História do *Habeas Corpus* no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória/ES, nº. 7, 2008, pp. 01-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>> Acesso em: 08 Ago. 2017

⁶³ Ibidem, p.04.

Entretanto, o princípio da universalidade considerado como um dos inspiradores do instituto romano, por legitimar qualquer cidadão ou pessoa independentemente da sua condição, de instaurar o procedimento do *interdicto* a seu favor ou do terceiro⁶⁴, mas a própria autora⁶⁵ ressalta que o filho detido pelo pai, devedor detido pelo seu credor, não tinham este direito. Assim, o princípio de universalidade ora mencionado era uma “universalidade restrita”, ou seja, privilégio de alguns, pois por universal se entende o que acoberta a todos sem exceção.

O instituto do *interdicto de homine libero exhibendo* como foi referido supra, guarda semelhanças com *habeas corpus*, à medida em que ambos objetivam resgatar a liberdade de qualquer pessoa – (homem livre, no caso de *interdicto*), cuja liberdade foi restringida pelo abuso de poder e poder-se-iam valer do *interdicto* para terem sua liberdade restituída.

Ainda sobre as semelhanças do *interdicto* com *habeas corpus*, Massauá ressalta o seguinte:

Pode-se, ainda, sem se olvidar de semelhanças maiores com o instituto inglês, ressaltar que a finalidade do *interdictum de libero homine exhibendo* consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público; advém daí a ideia de *exhibere* que significa deixar fora de segredo⁶⁶.

Uma das exceções que se pode apontar é com relação às mulheres, aos filhos e aos escravos, que não tinham a capacidade de postular a seu favor o *interdicto* porque, tal direito não lhes cabia na época, pois, não tinham *status* de cidadãos ou de pessoas livres, uma vez que, a vontade do marido, do pai e do senhor respectivamente, suplantava a vontade deles.

Ainda sobre as dessemelhanças do *interdicto* com *habeas corpus*, Márcio Vítor Meyer de Albuquerque⁶⁷, alerta que é importante ressaltar que, nessa época, o *interdicto* era privilégio da classe dominante, vez que a plebe não era tratada de forma isonômica com a classe dominante, razão pela qual, não se pode elevar o instituto do *interdicto* a total semelhança com o *habeas corpus* que se tem hoje.

No mesmo sentido proclama L. Hammon⁶⁸, citado por Pontes de Miranda, que o primeiro reconhecimento do *habeas corpus* foi encontrado na Magna Carta inglesa, mas que existia uma grande evidência do seu uso antes da Magna Carta.

⁶⁴ MORENO, op.cit. p. 187.

⁶⁵ Ibidem, p. 189.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ ALBUQUERQUE, op. cit.

⁶⁸ MIRANDA Pontes de. **História e prática de habeas corpus**. 2ª ed. Rio do Janeiro: José Konfino, 1951, 25. “the first recognition of it (habeas corpus) is found in Magna Carta, but there is ample evidence thhat it was in use before taht time”.

2.4.2 A MATRIZ BRITÂNICA E O *HABEAS CORPUS ACT*

Feita a breve demonstração do instituto que se considera como precedente do habeas corpus, avança-se agora para abordagem sobre a origem do habeas corpus, que foi na Inglaterra, em 1215, fruto da aspiração do povo inglês, para quem, segundo menciona Pontes de Miranda⁶⁹, os ingleses desde sempre têm liberdade como algo muito importante, colocando-a às vezes, em primeiro plano, acima da própria vida e da propriedade.

Esta primazia da liberdade sobre outros bens inclusive a vida, deixa claro que qualquer intenção de quem quer que seja para restringi-la, cerceá-la ou privá-la de forma leviana ou à revelia dos seus titulares, desencadearia um alvoroço por parte do povo, pois, não deixaria de ser uma grave afronta àquilo que o povo preza muito e não abre mão.

Deveras, a liberdade é um bem indispensável para o homem, aliás, privar o homem dela é como se fosse extrair a sua essência, visto que, sem a liberdade não se pode fazer nada e a própria vida não teria graça, uma vez que, o que nos faz humano é a nossa capacidade de pensar, escolher, interagir com os nossos semelhantes, coisas do tipo que não poderíamos fazer sem a liberdade.

O valor da liberdade na sociedade humana é algo inestimável, porque faz parte da essência do próprio homem aliás, ela é a mola propulsora da própria sociedade. Por isso, David Jayne Hill, citado por Douglas W. Kmiec⁷⁰, disse o seguinte:

(...). “Em qualquer organização complexa como a sociedade humana, alguma coisa tem que ser livremente garantida para as pessoas. (...). É o que queremos dizer politicamente de “liberdade”. De outro lado, tem que se insistir em algo em benefício do grupo. É o que queremos designar de “lei” no seu sentido social (...). Sem a liberdade, não há nenhuma iniciativa e, por conseguinte não há progresso. Sem a lei, o grupo não sobrevive”. (tradução do autor).

O povo inglês, genuinamente apaixonado pela liberdade, viu-se bastante estarecido com o sucessor de Ricardo I⁷¹, o rei João Sem Terra, que com a sua assunção ao trono (1199-1216), começou a praticar o desrespeito às leis e às regras do reino, onerando ao povo e

⁶⁹ Ibidem, p. 28.

⁷⁰ KMIEC Douglas W. **The human nature of freedom and identity— we hold more than random thoughts.** Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No1_Kmiec.pdf> Acesso em: 09 ago. 2017.

⁷¹ MIRANDA, op. cit. p. 11-12.

inclusive aos nobres. Também a sua anarquia e perversidade eram proverbiais, trazendo até perdas de alguns territórios que haviam sido conquistados pelo reino.

A conjugação desses fatores levaram os condes e barões a se reunirem e acordarem que era preciso obter do rei João Sem Terra, mesmo que por via da força, uma carta de liberdade. Conforme destaca o ilustre Pontes de Miranda⁷²:

Os revolucionários proclamaram-se exercito de Deus, entraram em Londres a 24 de maio de 1215, e quase um mês depois, a 19 de junho, o rei assinou no campo de Runnymede, ao sentir-se privado da casa capital, o ato a que se chamaria a *Magna Carta*, o verdadeiro fundamento da liberdade inglesa.

Essa ação dos autodenominados “exércitos de Deus” que culminou na assinatura da *Magna Carta*, foi um passo importantíssimo para a sociedade moderna, porque foi com a *Magna Carta* que se estabeleceu a limitação do poder do monarca ou do próprio Estado, adotado pelo constitucionalismo moderno, que já foi referido em cima.

A outorga da *Magna Carta*, não trouxe bonança para o povo inglês, porque a arbitrariedade do rei João Sem Terra, não cessou e, por várias vezes, o rei não honrou o documento, e muito menos o fez o seu sucessor, o rei Henrique III, o que levou os barões a instituírem o parlamento em 1258, em que foram redigidas “as provisões de Oxford” que se assemelham à *Magna Carta*⁷³.

No sec. XVII, Carlos I, não fez diferente dos seus predecessores conforme ressalta Heráclito Antônio Mossin⁷⁴, o seu despotismo afligiu duramente os ingleses, levando à convocação do parlamento para uma assembleia em 1628, a fim de solucionar o caos social então em vigor, cujo desfecho culminou com a redação de *petition of right* que veio a restabelecer o remédio do *habeas corpus*.

Com a redação de *Petition of right*, esperava-se o respeito com relação às ordens de *habeas corpus*, mas isso não ocorreu, porque o coator desobedecia a primeira, a segunda e até terceira ordem para depois liberar o paciente. Tal questão externava a insuficiência sistêmica e procedimental dos preceitos da *Magna Carta*, culminando com a edição de *habeas corpus Act* de 1679, considerado por alguns como a segunda *Magna Carta*⁷⁵.

Acontece que, o *Acts* de 1679, dado a sua insuficiência em atender pessoas acusadas por motivos diversos de crime, também foi substituído pelo *habeas corpus Act* de 1816, que atendia qualquer pessoa detida independentemente da causa da sua detenção podia fazer uso

⁷² Ibidem, p.13.

⁷³ Ibidem, p.19.

⁷⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus e antecedentes históricos, hipótese de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição.** 7ª ed. Barueri: Manole, 2005, p. 09.

⁷⁵ Ibidem, p. 10.

do *writ of habeas corpus* para relaxar a prisão ilegal e recuperar a sua liberdade de locomoção⁷⁶.

Um fato importante de ressaltar sobre a *Magna Carta Libertatum*, é que nela não estava prevista nenhuma garantia a ser evocada quando houvesse a violação da liberdade de locomoção de um indivíduo, a garantia só veio quatro séculos depois da outorga dela pelo rei João Sem Terra. O que ela previa, foi a legalidade ou as formalidades que se deviam observar antes de se privar alguém de sua liberdade, como esclarece Alberto Zacharias Toron:

A *Magna Charta Libertatum* representa uma conquista dos Barões contra o rei João sem Terra, em 1215, todavia, as origens inglesas de *habeas corpus* não estão na *Magna Carta*, que ao instituto não aludia senão a necessidade de a prisão vir precedida de um julgamento regular, “pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país”, sem, portanto, prever qualquer garantia. A Magna Carta abre o caminho para contenção do poder real. A lei de *habeas corpus* (*habeas corpus Act*, de 1679), é que instituiu a garantia em estudo, na Inglaterra⁷⁷.

No direito inglês, o *habeas corpus* é uma ordem de apresentação do detido ao magistrado pelo agente coator, porque o magistrado pedia a presença física do detido. O *habeas corpus* cumpria várias finalidades, que se desdobravam em vários tipos ou modalidades de *habeas corpus*⁷⁸, dependendo do que se objetiva alcançar.

⁷⁶ MIRANDA, op. cit. p.72. – o *habeas corpus Act* de 01 de julho de 1816, foi o ato mais completo (inclusivo), porque independentemente da natureza da detenção, o detido podia manejar o remédio heroico para relaxar a prisão ilegal e ter a sua liberdade de locomoção restituída pelo *writ of habeas corpus*, tal qual como acontece hoje.

⁷⁷ TORON, Alberto Zacharias, **Controle de devido processo legal**: questões controvertidas e de processamento de Writ, 1ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 37. O item nº 39 da *Magna Carta* – “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”. Cf. A nota de rodapé nº 03, da página 37.

⁷⁸ Segundo Florêncio de Abreu, citado por Mossin, op. cit. p. 12-13. O autor elenca cinco modalidades de *habeas corpus*, “(1) *habeas corpus ad respondendum* – que tem como finalidade, transferir um indivíduo preso para intentar contra ele uma ação no tribunal superior (quer se que a pessoa presa por ordem de um tribunal inferior responda no tribunal superior); (2) *habeas corpus ad satisfaciendum* – quando se quer que a pessoa sentenciada, seja transferida para corte superior, onde deve seguir execução. (03) *habeas corpus ad prosequendum, ad testificandum ad deliberandum* etc., era expedido para transferir um preso para assistir os termos de uma ação, para depor como testemunha ou para exame do seu processo na jurisdição onde o fato teve lugar. (04) *habeas corpus ad faciendum et recipiendum* também chamado *habeas corpus cum causa*, expedido por qualquer das cortes de justiça de *Westminster*, quando uma pessoa acionada em jurisdição inferior deseja levar ação para corte superior :esse Writ obriga os juízes inferiores apresentarem o réu e declararem ao mesmo tempo em que dia e por que causa fora preso e detido, para que a corte real possa decidir sobre o caso; (05) *habeas corpus ad subjiciendum*, eficaz em todos os casos da detenção ilegal, era dirigido ao indivíduo que detém outro, intimando-o a que apresente o preso e declare, ao mesmo tempo, em que dia e por que causa foi ele preso e detido, isto é para fazer consentir com submissão e receber tudo que o juiz ou a corte resolver. Esse writ era expedido a favor de todos presos seja por ordem do rei ou do conselho privativo ou a mais alta autoridade, com objetivo de proteger a liberdade individual, de locomoção, aos que se acharem detidos ou presos sem justa causa ou sem razão suficiente”.

Entretanto, sem sombra de dúvidas, *habeas corpus* é um instrumento fundamental e protetor da liberdade de ir, vir e ficar dos indivíduos, a *Magna Carta* inglesa de 1215, outorgada pelo rei João Sem Terra, teve um papel importante na promoção do instituto heroico tendo ajudado não só sua irradiação para as colônias britânicas da América do Norte como também, depois, para o resto do mundo, e, claro, até Guiné-Bissau.

Dentre tudo que foi exposto sobre o *habeas corpus* na Inglaterra, é importante fazer um questionamento sobre o seu alcance ao povo. Como se sabe, a sociedade humana desde seus primórdios, não é horizontal. Do ponto de vista econômico ela é vertical, por ser composta por diferentes classes sociais, a saber: classe alta, média e baixa. A questão é seguinte: a classe baixa composta por pessoas de baixa renda, trabalhadores menos qualificados, faxineiras, trabalhadores rurais, limpadores de rua, jardineiros enfim, pobres⁷⁹, tinham direitos do manejo de *habeas corpus* quando eram privados da sua liberdade de locomoção?

O que se acredita é que se tenham envolvido nas reivindicações que culminaram com outorga dos documentos garantidores destes Direitos, duvida-se que tenham sido beneficiados diretamente das garantias que foram plasmadas nesses documentos, uma vez que, no máximo eram servos ou peões da classe média. Neste sentido esclarece professor Dirley Cunha⁸⁰:

Esta declaração consiste num pacto firmado em 1215 entre o rei João Sem Terra, e os Bispos e Barões ingleses, apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerado como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e garantia da propriedade.

E nesta mesma sequência corrobora Américo Bedê⁸¹, que chama atenção para não se exagerar quanto a alcance da *Magna Carta*, *petition of rights* e o *Bill of rights*, porque os seus verdadeiros destinatários eram bem definidos, (não era o “povão”).

Mas o fato importante, é que o embrião pedestal que vai estruturar e formar o Estado Moderno, no que tange à limitação jurídica do poder estatal, em favor da liberdade dos

⁷⁹ Cf. WIKIPÉDIA. **Classe social**. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Classe_social > Acesso em: 10 ago. 2017.

⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador (BA): JusPodvm, 2008, p. 34.

⁸¹ Não se deve argumentar com a *Magna Carta* de 1215 para criticar o sabor de novidade da declaração de direitos, pois se sabe que a *Magna Carta*, escrita propositadamente em latim, tinha como seus destinatários apenas os nobres ingleses, diversamente do período de que estamos a tratar com pretensões universais. A *Petition of rights* e o *Bill of rights* também não merecem ostentar a condição de fonte primária do reconhecimento de direitos, pois foram especialmente composições do rei com a nobreza inglesa. Cf. Américo Bedê Freire Junior. O controle judicial de políticas públicas no Brasil. 2004. f14. Dissertação (Mestrado em Direitos e garantias constitucionais fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória/ES, (nota de rodapé nº 8).

cidadãos, brotou na Idade Média. Hodiernamente, um Estado que não respeite direitos dos seus cidadãos, principalmente, a sua liberdade de ir e vir, não é digno de ser apelidado de Estado Democrático de Direito.

Na mesma esteira caminha Ingo Sarlet que assim preleciona:

“(…), onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não foram asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direito e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados não haverá espaço para dignidade da pessoa humana e a pessoa por sua vez poderá não passar de mero jurídico de arbítrio e injustiças⁸²”.

A função precípua do Estado constitucional é de proteger a pessoa e esta nunca deve ser usada como meio de atividade estatal⁸³, porque a própria existência do Estado consiste em função do ser humano, isto é, em envidar esforços em prol da sua proteção, e de guerrear todas as intencionalidades que concorrem para aviltar a dignidade da pessoa humana.

Este marco deixado pela *Magna Carta* foi herdado para o constitucionalismo moderno e contemporâneo, já que as constituições trazem limitação do poder do Estado em favor da liberdade dos cidadãos que são detentores do poder soberano no Estado Democrático de Direito⁸⁴.

2.4.3 A DISSEMINAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* PELO MUNDO.

Com o advento da revolução industrial, as potências europeias se lançaram em busca dos novos territórios para aquisição das matérias-primas para abastecer as suas indústrias nascentes. A Inglaterra como uma das potências, lançou-se nessa empreitada expansionista e imperialista, na qual conquistara vários territórios na África, na Ásia e nas Américas, territórios estes que acabou por colonizar.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 59.

⁸³ *Ibidem*, p. 65.

⁸⁴ Art. “2º, nº 1, da Constituição da Guiné-Bissau, diz: “A soberania nacional da República da Guiné-Bissau reside no povo”; parágrafo único do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, também diz:” Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” e o art. 2º da Constituição portuguesa “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

2.4.4 O *HABEAS CORPUS* NOS ESTADOS UNIDOS.

Os Estados Unidos da América do Norte – EUA foram colônias inglesas, e receberam fortes influências da cultura inglesa, como por exemplo: a língua, a tradição jurídica inglesa de modelo de Constituição não escrito⁸⁵ foi transplantada para América do Norte (EUA), mas a incorporação e aplicação do instituto heroico – *habeas corpus*, não foi feita pela metrópole de forma imediata e pacífica, foi necessária a reivindicação das colônias, que invocavam as leis da metrópole, desde a *Magna Carta*, até de *Habeas Corpus Act*⁸⁶, como forma de se protegerem contra as opressões praticadas pelos ingleses sobre a sua liberdade de ir e vir.

Na mesma linha, Cezar Fiuza⁸⁷ também ressalta que aplicação do Instituto do instituto de *habeas corpus* nos Estados Unidos foi sob as duras penas, apesar da sua plena utilização na metrópole.

A pressão para incorporação *habeas corpus* nos Estados Unidos aumentou porque várias pessoas frequentavam a metrópole para fazer cursos superiores, em que se imbuíam⁸⁸ dos valores que ali eram consagrados, e, ao voltarem, reivindicavam que fossem aplicadas a legislação inglesa na íntegra, a semelhança do povo da metrópole, porque já não aguentavam as restrições que lhes eram impostas pela coroa no que tangia ao seu Direito de ir e vir.

⁸⁵ Numa Constituição não escrita, não significa que não tenha nada escrito e que tudo se resolve na base de oralidade, existem normas positivadas embora não reunidas em um único texto ou código como se deu com os seguintes documentos importantes ingleses que não estão reunidos em um só texto (*Magna Carta*, *Petition of Rights* e *Act of Habeas Corpus*). Sem assim, (...) “as regras não estão modificadas em um texto único, mas resultam de leis esparsas, da jurisprudência, assim como dos próprios costumes”. Cf. Rodrigo César Rebello Pinho. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Teoria%20Geral%20da%20Constituicao%20e%20direitos%20fundamentais%20-%20Rodrigo%20Cesar%20Rebello%20Pinho.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁸⁶ Ilustre Ponte de Miranda, citado pelo Foppel e Santana Jr. Assim disse: “Nelas procuraram os colonos se estribar contra opressões do reino. Ingleses, que eram, mostravam-se ciosos e entusiastas das suas liberdades seculares e reclamavam a cada momento contra certas medidas injuriosas ou usurpadoras, que consideram atentatórias de seus direitos individuais. (...) Queriam em suma, que a Magna Carta, a Petição, a Lei de Habeas Corpus e Bill de Direitos, bem como a lei comum, os protegessem e garantissem em sua aventureira emigração das ilhas”. Cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. **Habeas corpus**. In: DIDIER JR. Fredier. Ações Constitucionais. 5ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador/BA: juspodivm, 2011, p.29.

⁸⁷ FIUZA, Cezar. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 256.

⁸⁸ Neste caso, a história simplesmente se repetiu, porque foi a mesma coisa que aconteceu na Inglaterra. A petição dos barões teve origem também na aquisição de informações que o povo vinha adquirindo com conhecimentos dos seus direitos através dos estudos os jovens clérigos depois de seus cursos, estudavam direito em Bolonha. No começo do séc. XII, todos os padres tinham formação em direito ou eram advogados na Inglaterra.

O arcebispo de Cantuária que também estudou na França, certa vez leu um de carta de direitos feita em São Paulo de Londres, com a intenção de suscitar movimento de opinião e animar nobres e barões sobre as suas liberdades. Criou-se um movimento que se foi disseminando a ideia de liberdade que todos têm direito, quando isso chegou uma reclamação através de uma petição ao rei, ele exclamou dizendo: por que não me pedem também a minha Coroa? *Why do they not ask for me my Kingdom?*”. Cf. MIRANDA, op.cit. PP. 15-16.

Depois da independência, como menciona Fiuza, os americanos deram mais ênfase ao Direito de liberdade que consagram no artigo 5º da Constituição, não só o Direito de ir e vir, mas também o “*Due process of Law*”⁸⁹. Desta forma a “fama” de *habeas corpus* começou a se disseminar para outros países, tendo a sua consagração nas suas cartas políticas, como forma de proteger os direitos fundamentais no que diz respeito ao direito de ir e vir dos seus cidadãos.

2.4.5 O *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a legislação do reino não cuidou do instituto de *habeas corpus*⁹⁰ em nenhum momento. Da mesma sorte as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas apesar de serem posteriores à *Magna Carta* de 1215, nada trouxeram do instituto heroico. Nas Afonsinas, havia as cartas de seguro que tinha a função de *writ*.

A certeza que se tem sobre a inserção do instituto no ordenamento brasileiro, foi através do “decreto”⁹¹ de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal, referenciado pelo Conde dos Arcos”. O documento é de capital importância, por servir de base para as legislações vindouras, e vários dogmas constitucionais são calcados nele pelo espírito democrático que o norteou. O SIDOU⁹² ressalta que, os princípios do referido documento servem de escudos à liberdade de ir e vir dos cidadãos. Estes princípios foram comandos norteadores e pré-requisitos de observação escrupulosa para restringir a liberdade de um indivíduo.

A Constituição do império de 1824⁹³, apesar de ser lavrada após o decreto de 23 de maio supracitado e dentro do espírito liberal, não fez menção ao *habeas corpus*. Mas foi o Código Criminal de 1830, que mencionou *habeas corpus*, de forma direta na sistemática brasileira, nos seus artigos 183-188.

⁸⁹ FIUZA, op. cit. P. 256.

⁹⁰ MOSSIN, op. cit. P.25.

⁹¹ MOSSIN, idem; MIRANDA, op. cit. P. 123.

⁹² SIDOU, J. M. Othon. Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular- As garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: forense, 2002. P. 87-88. “1. Nenhuma pessoa livre pode ser presa sem ordem escrito do magistrado salvo prisão em flagrante; 2. Nenhum magistrado criminal pode expedir ordem de prisão sem culpa formada, o que veio ser posteriormente, regulamentado pelo decreto Lei de 30.8.1828, que abordou os casos em que se poderia proceder a prisão sem culpa formada; 3. Formação imediata, quando o réu preso, de processo a ser concluído dentro de 48 horas peremptórias e improrrogáveis contadas do momento da prisão; 4. Facilitação de meios de justa defesa salvo os casos que provados que mereciam pena capital, (...)”.

⁹³ MOSSIN, op.cit. p. 28.

Dois detalhes importantes que não podem ser olvidados quando se fala de *habeas corpus* no Brasil. O primeiro detalhe era a existência das “Cartas de Doação” e das “Cartas de Seguro” no Brasil Colônia. Com as primeiras, era impensável o remédio heroico porque atribuíam os poderes absolutos aos capitães donatários na administração da justiça, inclusive podiam aplicar até a pena capital sem nenhuma possibilidade de recurso.

Enquanto que, as cartas de seguro eram bem “próximas” de *habeas corpus*, embora não se deve confundir, pois, eram impetradas logo após do cometimento da infração penal e podiam ser de duas modalidades: negativas, quando se negava a autoria do delito e confessivas quando assumia a autoria, mas com justificativa. Enfim, as de seguro eram nada mais que as promessas que se davam aos acusados de serem presos preventivamente até que se finalizasse o processo ordinário⁹⁴.

Na mesma linha destaca Heráclito Antonio Mossin,

As Cartas de Seguro, igualmente apresentavam a finalidade de permitir que certos réus se livrassem da prisão para que soltos se livrassem, e soltos pudessem defender, ou recorrer, dentro do tempo por elas concedido. Daí observa Paula Baptista, as cartas de seguro têm alguma coisa de *habeas corpus*⁹⁵.

O segundo detalhe é que o *habeas corpus*⁹⁶ tinha um caráter restritivo – (só os cidadãos podiam impetrá-lo, os estrangeiros e escravos não podiam; escravos porque eram tratados como mercadorias) e vinculado – (só se podiam impetrar em caso de prisão efetiva, pois, era liberatório) antes da edição da Lei 2033 de 20/09/1971. Com esta lei, para além de alcançar os estrangeiros, o remédio heroico ganhou a natureza preventiva através do art. 18, § 1º, da referida lei⁹⁷.

Também não se pode falar de *habeas corpus* na Brasil sem mencionar a doutrina brasileira de *habeas corpus*. Esta doutrina foi sustentada na tese defendida por ilustre jurista Ruy Barbosa, que entendia que não havia limites impeditivos na Constituição de então⁹⁸, para

⁹⁴ TORON, op.cit. p. 38-39.

⁹⁵ Mossin, op.cit. p. 29. – Esta posição do saudoso Ruy Barbosa, não escapou das duras críticas do Pontes de Miranda que assim diz: (...) “O leitor deve levar em conta o nosso esforço, em 1916, para definir e precisar o que é a liberdade de ir, ficar e vir, protegível por *habeas corpus*, tinha que enfrentar a campanha jornalístico-política com que Ruy Barbosa pretendia fazer do *habeas corpus*, remédio todos abusos do poder, desvirtuando-o das fontes britânicas e comprometendo a liberdade, pelo excesso demagógico. A nossa missão era, então, como hoje, a de fixar em conceitos e reclamar que se respeite, nem mais, nem menos, o direito”. Cf. Pontes de Miranda, op. cit. P. 35.

⁹⁶ TORON, op. cit. P. 40-41.

⁹⁷ A Lei 2033, de 20 de setembro de 1871, fez algumas alterações nos dispositivos da legislação judiciária, no § 1º do art. 18, determina: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado”. Idem.

⁹⁸ A Constituição de 1891, no seu art. 72, § 22, dizia: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou achar na eminência em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou por abuso de poder”. Cf. – FIUZA, Cezar. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 265.

a concessão do *Writ*, bastava somente que se verificasse a violência, ou a pessoa sofresse ou estivesse na eminência de ser coagida ilegalmente ou com excesso de autoridade, logo a concessão de *habeas corpus* seria irrecusável. Uma posição oposta foi defendida por Pedro Lessa, que sustentava que o raio do *habeas corpus* dever-se-ia limitar tão somente aos casos de constrangimento ilegal que restringisse a liberdade de ir e vir do cidadão⁹⁹.

A tese sustentada pelo Ruy Barbosa foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão publicado em 16/11/1914, através do voto do então Ministro Enéias Galvão¹⁰⁰, ao assegurar a posse de Nilo Peçanha para governo de Rio de Janeiro. Assim nasceu a doutrina brasileira de *habeas corpus* que se usava para proteger o direito líquido certo, fato este que só cessou com o surgimento de mandado de segurança na Constituição Federal de 1934, no seu artigo 113, XXXIII. Na atual Constituição o instituto heroico está consagrado no artigo 5º inciso LXVIII da Constituição Federal¹⁰¹.

A ampla exegese que se fazia do instituto de *habeas corpus*, deu origem a doutrina brasileira de *habeas corpus*, conforme explica Ada Pellegrini e outros, citados pelo Zacharias Toron, que se chegou até a

“conceder ordem de *habeas corpus* para anular ato administrativo que mandara cancelar a matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão a de uma segunda época de exame de estudantes; para garantir a realização de comícios eleitorais; para garantir exercício de profissão etc.”¹⁰².

A doutrina brasileira de *habeas corpus*, teve grande importância no seu tempo, porque através dela era possível proteger alguns direitos pela inexistência de mecanismos processuais adequados para a sua proteção. Hoje, de fato, não faria sentido aquele elastério interpretativo que se fazia do instituto, porque existem instrumentos processuais próprios para tutelar aqueles direitos.

⁹⁹ Idem. P. 265.

¹⁰⁰ “o referido ministros assim diz: 1) a expressão do art. 72 §22, da Constituição corresponde qualquer coação e não somente a violência de encarceramento; 2) não há em nosso direito, outra medida capaz de amparar eficazmente o livre exercício dos direitos, a liberdade de ação e a prática dos atos não proibidos por lei; 3) o *habeas corpus* não deve limitar-se a impedir a prisão injusta e a garantir livre locomoção; 4) a providencia estende-se aos funcionário para penetrar livremente a repartição e desempenhar o seu emprego, aos magistrados e aos mandatários do Município, do Estado e da União para exercerem a sua função ou mandato; 5) o Supremo Tribunal Federal interpreta soberanamente as regras constitucionais sem estar subordinado às disposições de leis ordinárias”.

¹⁰¹ Constituição da Republica Federativa do Brasil, art. 5º, LXVIII, “conceder-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”.

¹⁰² TORON, op. ci. P. 42.

2.4.6 O *HABEAS CORPUS* NO DIREITO PORTUGUÊS

Por força dos estreitos laços históricos existentes entre a República da Guiné-Bissau e a República Portuguesa, por esta ter sido colonizadora daquela, é importante antes de falar do instituto de *habeas corpus*, na Guiné-Bissau, falar antes dele em Portugal, visto que, muitas legislações guineenses, são fotocópias das leis portuguesas.

Antes da incorporação do *habeas corpus* no ordenamento português, havia alguns instrumentos protetivos de liberdade de locomoção dos indivíduos que podem ser considerados como precedentes do remédio heroico em Portugal. Estes instrumentos eram a *Carta de Segurança Real* e a *Carta de Seguro*, que também tiveram vigência no Brasil Colônia, como foi mencionado nas páginas anteriores.

Estes instrumentos eram meios pelos quais o rei tentava preservar a paz no seu reino, porque se a vingança fosse travada entre as famílias, isso poderia instabilizar o seu reino e como forma de controlar tudo, concedia a carta de segurança como forma de evitar sucessivas represálias.

A Segurança Real e a Carta de Seguro, conforme explica Guilherme Camargo Massau,¹⁰³ tiveram origem nas figuras procedentes de farol, que eram uma concessão do monarca ou uma autoridade eclesiástica com objetivo de regular as relações animosas dos seus súditos ou fiéis respectivamente.

Ainda segundo Massau,

(...) a organização política portuguesa centralizada nos tentáculos do Rei, a absorver toda a vida da comunidade sobre seu manto, intervindo na esfera pública e, inclusive, na esfera privada dos seus súbditos. O absolutismo reinante na época exigia a direta intervenção real no controle dos seus súbditos; a manutenção da ordem interna favorecia-lhe no seu reinado, logo qualquer movimento de desequilíbrio social poria a sua autoridade-poder em risco¹⁰⁴.

Entretanto em nome da paz social, o monarca intervia diretamente nos conflitos públicos e particulares, como forma de afirmar a sua superioridade e manter a ordem no seu

¹⁰³ MASSAU, Guilherme Camargo. **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista Ágora, Vitória/ES, n.º. 7, 2008, pp. 01-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2017.

¹⁰⁴ Idem.

reino e concedia Cartas de privilégios – faróis que eram chamados de *Carta de Seguro e Segurança Real*¹⁰⁵.

As referidas cartas merecem ser consideradas como antecedentes do *habeas corpus*, pela função que desempenharam na sociedade de então, pela concessão daquilo que hoje chamaríamos de prisão provisória para os acusados – (*Carta de Seguro*), e pela prevenção de vingança entre famílias em conflito, tudo isso, afinal, acaba sendo uma proteção de direito fundamental de ir e vir que o *habeas corpus* protege¹⁰⁶.

Mas em Portugal o instituto de *habeas corpus* surgiu na constituição portuguesa de 1911, no seu artigo 3º, nº 31, com a seguinte redação:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o individuo sofrer ou sem encontrar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação por ilegalidade, ou abuso de poder. A garantia de *habeas corpus* só se suspende nos casos de estado de sitio, conspiração, rebelião, ou invasão estrangeira. Uma lei especial garantirá a extensão desta garantia e o seu processo¹⁰⁷.

Posteriormente, a Constituição de 1933¹⁰⁸, consagrou o instituto no seu art. 8º § 4º, e o atual texto constitucional no seu art. 31, nº 1, que assim dispõe: “haverá *habeas corpus* contra abuso de poder, por virtude da prisão ou de detenção ilegal, a interpor perante tribunal judicial ou militar, consoante os casos”.

Parece que com a constituição portuguesa atual, regrediu em matéria de *habeas corpus*, em relação à constituição de 1911, no que diz respeito à sua redação. Porque pela redação do nº 1 do art. 31 da constituição¹⁰⁹, parece não contemplar a forma preventiva do *habeas corpus*. Mas, este não é o objeto desta pesquisa, razão pela qual não será examinado com mais profundidade.

¹⁰⁵ A *Carta de Seguro*, como já foi explicado, servia para livrar o acusado da prisão preventiva e a *Segurança Real*, servia para evitar as vinditas privadas que podiam evoluir e criar perturbações no reino caso não fossem travadas. Por isso era concedida pelo rei ou pelos seus juízes para impedir as sucessivas vinganças entre as famílias e, consequentemente, manter o seu reino em paz.

¹⁰⁶ A *Carta de Seguro*, só pelo fato de permitir o acusado ficar livre até fim do processo, protege-lhe a liberdade de ir e vir, e o interessante é que tudo isso aconteceu numa época em que o rei detinha o poder absoluto e por este motivo merece ser considerada precedente de *habeas corpus*. A *Carta de Segurança Real*, que o monarca concedia arrefecia a vontade de vingar, o que acabava possibilitando a locomoção de pessoas que estavam sob ameaças de vingança.

¹⁰⁷ PORTUGAL, **Constituição da República de 21 de Agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>> Acesso em: 06 set. 2017.

¹⁰⁸ FIUZA, op.cit. P. 256-257.

¹⁰⁹ PORTUGAL, **Constituição da República de 2 de Abril de 1976**, disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 ago. 2017.

2.4.6 INSTITUTO DO HABEAS CORPUS NA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU

A República da Guiné-Bissau, apesar herdar a maioria das suas leis da legislação portuguesa, não tem registro da vigência da *Carta de Seguro* que teve ocorrência no Brasil Colônia, nem da *Segurança Real*. Outro detalhe importante é que a primeira constituição da república de 1973¹¹⁰, não mencionou ou não trouxe consigo o instituto do *habeas corpus*, como instrumento constitucional de proteção da liberdade de ir, ficar e vir dos indivíduos.

Mas isso não quer dizer que inexistia na jovem República o instituto heroico, porque a Lei n.º 1/73, de 24 de Setembro de 1973, recepcionou as leis portuguesas¹¹¹, ressalvando aquelas que vão de encontro à soberania nacional, às leis ordinárias e aos princípios e objetivos do PAIGC. Contudo, não se tem nenhuma informação sobre uma concessão de *habeas corpus*, durante o período de 1973 a 1984. Neste período, o país estava sob o regime do partido único – Partido Africano para Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC), em que foram desrespeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, aliás, o regime então imposto, não permitia qualquer reclamação dos cidadãos contra o Estado.

Em 1985 deu início ao episódio mais triste do regime do partido único – PAIGC, conhecido como “o caso de 17 de outubro”, em que 12 indivíduos foram acusados de uma suposta tentativa do golpe de Estado e condenados à pena capital, dentre eles, oficiais militares e alguns políticos. Seis foram executados e outros seis tiveram as penas comutadas pelo Conselho do Estado¹¹².

¹¹⁰ A primeira constituição da República, de 24 de Setembro de 1973, foi carta de que fundou o Estado guineense; no seu artigo Art. 18.º, disse: “É garantido o direito do cidadão a não ser detido, preso ou condenado senão em virtude da lei em vigor no momento da perpetração do facto que lhe é imputado. O direito de defesa é reconhecido e garantido ao arguido e ao acusado”.

¹¹¹ Código Civil, Código Penal, código de processo Civil e do processo Penal, porque o Art. 1.º, da referida lei assim proclama: “A legislação portuguesa em vigor à data da proclamação do Estado soberano da Guiné-Bissau mantém a sua vigência em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à Constituição da República, às suas leis ordinárias e os princípios e objetivos do Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC)”. PAIGC, foi partido que dirigiu a luta de libertação nacional. Lei n.º1/73, de 24 Setembro. Publicado no B.O. N.º1, Sábado, 4 de Janeiro de 1975.

¹¹² CARVALHO, Norberto Tavares de. “**O Dever da Memória**”. Disponível em: <<http://www.didinho.org/Arquivo/DeverdaMemoria.pdf>> Acesso em: 14 deago. 2017. Este autor citando a notícia do dia 19/07/1986, do jornal Nô Pintcha, que assim destacou: “O Conselho de Estado decidiu comutar as penas aplicadas pelo Tribunal Militar Superior aos réus Tagme Na Wae, Wagner na Fande, K’Pas Kull, Saia Braia Na Nhakpa, Lamine Cissé e Malam Sane. (...) E a recusa do pedido de graça aos réus, Paulo Correia, Viriato Rodrigues Pã, Binhanquerem Na Tchanda, Pedro Ramos, Braima Bangura e N’Bana Sambú”.

Assim, a não incorporação do *habeas corpus* na Constituição de 1973, talvez fosse pelo descuido do legislador, ou pela forte influência da antiga URSS¹¹³, que era um dos parceiros guineenses¹¹⁴ na luta de libertação nacional, que tinha um modelo intervencionista do Estado.

Como se sabe, o Estado soviético de matriz revolucionária anticapitalista é um tipo de Estado intervencionista, que manipula o poder de forma que lhe apetece, fazendo da Constituição a letra morta¹¹⁵. Ainda segundo Novais, a ideia inspirada na teoria de Karl Marx¹¹⁶, foi adaptada pela nova teoria marxismo-leninista, que em vez de socializar os meios de produção, propõe a estatização desses meios, substituindo assim o interesse da classe trabalhadora pelo interesse do Estado, consequentemente alterando a democracia burguesa como destaca Novais:

As instituições típicas da democracia representativa, agora designadas como ‘democracia formal’, ou ‘democracia burguesa’, são suprimidas. O pluralismo político dos tempos iniciais da revolução dá lugar à institucionalização do regime de partido único; este partido único controla e dirige todas as organizações sociais, sindicais, e o aparelho do Estado, verificando-se a completa identificação do Partido/Estado e o controlo absoluto e exclusivo da vida político por parte desse partido¹¹⁷.

Esse modelo de Estado soviético foi visível na então jovem república guineense durante o regime do partido único, em que os direitos fundamentais eram condicionados, isto é, só se respeitavam se estivessem de acordo com os interesses do partido, caso contrário era impensável o seu exercício. Sendo assim, pode-se concluir que do ponto de vista material, estes direitos eram inexistentes.

Depois da Constituição de 1973, em 10 de outubro de 1980, foi aprovado um novo texto constitucional, mas que não chegou a vigorar devido ao golpe de Estado de 1980, denominado Movimento Reajustador de 14 de Novembro, liderado João Bernardo Vieira Nino, que veio a presidir o país sob o regime do partido único.

¹¹³ A antiga União das Repúblicas socialistas Soviéticas – URSS, apoiou significativamente a luta de libertação nacional. Ajudou na formação dos soldados bem como no fornecimento do arsenal bélico, com os quais as Forças Armadas Revolucionárias do Povo – FARP, conseguiu libertar o país do jugo colonial.

¹¹⁴ Os países que apoiaram a Guiné-Bissau na luta pela independência nacional são: antiga URSS, Cuba, China, Polónia, Marrocos e Guiné Conacri.

¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de ciência política e direito constitucional guineense**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 37.

¹¹⁶ Instauração de um Estado transitório, comandado pela classe dos proletariados de forma imediata, que prosseguirá até se criar uma sociedade sem classes, ou seja, o desaparecimento do próprio Estado e o surgimento da sociedade comunista. *Ibidem*, p. 38.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

Em seguida, entrou em vigor uma nova Constituição, em 16 de maio de 1984¹¹⁸, atualmente em vigor no país, com várias revisões e que traz o instituto heroico no seu bojo, instituto este que é assunto central do presente trabalho, que se pretende analisar sob ponto de vista do direito comparado e propor uma forma que lhe permita cumprir o seu papel fundamental de proteger de forma célere o direito fundamental de ir, ficar e vir dos indivíduos. Isto porque a dogmática constitucional guineense adotou uma forma centralizada no que diz respeito ao conhecimento e deliberação do *habeas corpus*, uma vez que, só o Supremo Tribunal de Justiça tem esta competência.

Como é óbvio, esta construção dogmática da Constituição guineense, não permite a celeridade do instituto de *habeas corpus*, pela concentração da competência no Supremo, que além de *habeas corpus*, possui inúmeros assuntos a tratar por ser a última instância do poder judiciário no país. Há que se ressaltar também que, a tramitação da ação até o Supremo é um caminho muito longo e demorado pela falta de infraestruturas¹¹⁹ que poderiam acelerar a sua chegada ao Supremo Tribunal de Justiça, lembrando que a sua chegada ao Supremo, não significa que será decidido de imediato.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE.

Fala-se em diversas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, alguns apontam até a existência de seis gerações/dimensões destes direitos¹²⁰. Mas a doutrina não se silenciou com o uso do termo “geração”, lançando fortes críticas por entender que o termo não guarda a ideia cumulativa e gradativa que os direitos fundamentais expressam, uma vez que, dá impressão da substituição de uma geração por outra no tempo, o que, na verdade, não acontece.

Paulo Bonavides é um dos defensores do termo “dimensão dos direitos fundamentais¹²¹”, juntamente com Ingo Sarlet, que também lança duras críticas ao termo geração dos direitos fundamentais, da seguinte forma:

¹¹⁸GUINÉ-BISSAU. **História de assembleia nacional popular** – ANP, Disponível em: <http://www.anpguinebissau.org/institucional/historia/historia-anp/historia-da-anp>. Acesso em: 14 ago. 17. Segundo a História da ANP, a Constituição de 1984, reproduziu quase a totalidade da Constituição de 1973, mas foi revista em 1991, 1993, 1995 e 1996. É a Constituição ainda em vigor.

¹¹⁹ Não existem boas estradas e não existe o processo eletrônico, aliás, para este último é imprescindível que se tenha energia regular e internet, o que o país ainda tem grandes dificuldades sustentar.

¹²⁰ SARLET, op.cit. p. 52.

¹²¹ Paulo Bonavides também é um dos defensores do termo dimensão em vez da geração dos direitos, e sobre o assunto propõe dirimir o equívoco da linguagem, sustentando que a o vocábulo dimensão substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, no sentido de que este último venha a induzir apenas sucessão

O termo geração é ironizado por “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que além da imprecisão terminológica, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, e não se encontram em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. (...). A teoria dimensional dos direitos fundamentais, não só defende o caráter cumulativo e a natureza complementar destes direitos, como também afirma a sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e de modo especial, na esfera do moderno direito internacional dos direitos humanos¹²².

Conforme preleciona George Marmelstein¹²³, os direitos fundamentais não são imutáveis ou inflexíveis, mas sim dinâmicos e passíveis de mudanças evolutivas que seguem o progresso cultural da própria sociedade. Igualmente não é anormal que os valores éticos dos direitos fundamentais também cresçam ou se modifiquem com o passar tempo.

Ainda segundo ele, é para ilustrar este processo evolutivo da sociedade humana, que o jurista francês, de origem tcheca, chamado Karel Vasak, desenvolveu a ideia de teoria das gerações dos direitos fundamentais, baseado no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, que corresponde aos direitos da primeira, segunda e terceira geração ou dimensão.

Os direitos da primeira geração seriam direitos políticos e civis, fundados na liberdade, os da segunda geração seriam os direitos econômicos e sociais e culturais fundados na igualdade e os da terceira geração seriam os direitos da solidariedade, em especial direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade da revolução francesa¹²⁴.

Antonio Augusto Cançado Trindade¹²⁵ imprime crítica à teoria de gerações dos direitos. O referido autor entende que a ideia de que os direitos da primeira geração (direitos políticos e civis), ou seja, os direitos individuais, só podem ser admitidos como os da primeira geração ou dimensão no âmbito interno. Porém, no plano internacional, a ideia não procederá pela sua incongruência com a realidade histórica do direito internacional, visto que, neste plano a evolução foi oposta, porque os primeiros direitos que foram consagrados no plano internacional são direitos econômicos, sociais e culturais, nas convenções (de anos 20 e 30) da Organização Internacional do Trabalho, que é anterior às Nações Unidas. Neste sentido, os

cronológica ou, uma suposta caducidade dos direitos de gerações predecessoras, o que é uma inverdade escancarada. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso do direito constitucional**. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 572.

¹²² SARLET, op. cit. P. 53.

¹²³ MARMELSTEIN, Op. cit. p. 37.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ BRAGA. Op.cit. p. 278. E também cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Cançado trindade questiona a tese de "gerações de direitos humanos"** de Norberto Bobbio. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>; Acesso em: 05 jan. 2018.

direitos da segunda geração ou dimensão, seriam os primeiros e a primeira geração (direitos políticos e civis), seriam os segundos.

Igualmente, Cançado Trindade sustenta que a teoria em comento, viola o princípio da *indivisibilidade* e da *inter-relação* dos direitos humanos adotados na Conferência Internacional dos Direitos Humanos realizada em 1968, em Teerã. Conforme estes princípios, os direitos humanos não se podem distinguir em hipótese alguma, visto que, só fazem sentido se forem analisados e aplicados em conjunto, pois, a validade de um depende do outro direito correlato e, assim, sucessivamente¹²⁶.

Marcelo P. Braga, apesar de comungar a mesma ideia com Cançado Trindade, ressalta que não se deve ignorar o fato de que a prática nem sempre caminha de mãos dadas com a teoria. Por isso, não se pode ignorar que:

os pensamentos dos críticos à universalidade dos direitos humanos, pois a história, o costume, a cultura, a religião e as peculiaridades de cada região implicam uma compreensível sobrevalorização de determinados direitos em detrimento de outros. Ainda assim, entendemos que nos cabe defender a universalidade, a indivisibilidade e a inter-relação dos direitos humanos, pois somente mediante uma visão global e integrada desses direitos é que de fato conseguiremos vislumbrar uma concreta e justa proteção internacional da pessoa humana¹²⁷.

Segundo Bonavides¹²⁸, os da primeira dimensão/geração, são direitos da liberdade e da vida oponíveis ao Estado, pois ostentam a subjetividade, ou seja, são direitos de resistência ao Estado¹²⁹. Os da segunda dimensão são direitos sociais, culturais e econômicos, ou seja, pertencem à coletividade, pois são produto da reflexão antiliberal do século XX, introduzido pelo Estado Social e embasado pelo princípio da igualdade, e os da terceira geração assentam sobre base da fraternidade conforme aponta Vasak, pois, não visam especificamente à proteção dos direitos individuais, mas a toda irmandade humana.

Bonavides também propõe a existência dos direitos da quarta dimensão que seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Ressaltando que, a quarta geração/dimensão compreende o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos e só com eles será verdadeira e possível a globalização política¹³⁰.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ BONAVIDES. Op.cit. p. 63-69.

¹²⁹ São Tomas de Aquino, um dos grandes defensores do jusnaturalismo chegou afirmar a existência de duas ordens formadas por direito natural, uma formada da natureza racional do homem e outra pelo direito positivo. Sustenta que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia em casos extremos justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Cf. Sarlet, op.cit. p. 44.

¹³⁰ Bonavides. Op. cit. p. 572.

Para Antonio Carlos Walkmer, os direitos da quarta dimensão:

São os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros¹³¹.

Estes avanços biotecnológicos são de capital importância para vida, principalmente na questão de transplantes de órgãos e outros procedimentos e curas que proporcionam à vida humana e animal, mas o uso desenfreado desses engenhos biotecnológicos poderia acarretar a banalização do próprio gênero humano, se não tivesse uma lei que os discipline e puna os comportamentos desalinhados com a teleologia que inspira a criação dessas técnicas¹³², ou seja, engenharia genética depreciativa do gênero humano.

O que se imaginava ou era ficção científica há alguns anos atrás, hoje é uma realidade empírica à vista de todos através do uso das biotecnologias. A reprodução dos seres humanos por clonagem¹³³, o processo mapeamento de genes para prever a saúde e perspectiva de vida de pessoas e a criação dos embriões humanos para fins de pesquisa, terapêuticos ou comerciais.

Os defensores da política limitativa ou proibitiva entre os quais, destaca-se Habermas¹³⁴, chama atenção sobre “os riscos de uma genética liberal”, pois, podem ser violadores dos direitos individuais. Ele concorda com a engenharia genética de tipo terapêutico, por entender que os embriões podem fazer uma intervenção terapêutica na pessoa, diferentemente da engenharia genética melhorativa que compromete a liberdade ética de pessoa, por ficar preso às intenções irreversíveis de terceiros que lhe impedem de se idealizar como senhor da própria vida.

Stefano sustenta que o clone nasce com uma violação da sua essência porque:

o clone é um indivíduo cuja a identidade genética lhe foi imposta por outro à sua imagem e semelhança e que, portanto sofre as escolhas que outro fez por ele sem poder de modo algum controlá-las, e sem poder por sua vez influir sobre o outro

¹³¹ WALKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações**. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490%3E>: Acesso em 31 ago. 2017.

¹³² A Lei nº. 11.105 de 24 de Março de 2005, regulamenta o art. 225 da CF, estabelece as normas de segurança e meios de controle de atividades que se relacionam com organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança– CNBS, Política Nacional de Biossegurança – PNB, etc. e revoga a Lei nº 8.974, que tratava da matéria.

¹³³ PETRUCCIANI, Stefano. **Modelos de filosofia política, tradução de José Raimundo Vidigal**. São Paulo: Paulus, 2014, p. 221.

¹³⁴ Ibidem. P. 222.

como este influenciou sobre ele; Põe-se aqui o dramático problema de direitos do indivíduo¹³⁵.

Os da quinta dimensão “São os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral¹³⁶”, dado que, refletem a realidade da era virtual, com grande impacto para campo jurídico e não só, como também revolucionam diferentes áreas da vida social. Para o direito, condicionam a regulamentação do uso desse espaço impalpável, bem como ajudam na investigação e na obtenção de provas de infrações penais difíceis de obter por meios físicos, como por exemplo, o caso do agente infiltrado trazido pela Lei nº. 12.850/2013.

Rogério Sanches¹³⁷ destaca que, a figura do agente infiltrado trazido pela Lei nº. 12.850/2013, na seção III, apesar de não ser pioneiro a inaugurar esta figura no ordenamento brasileiro, por ser precedido no assunto pela Lei nº 9.034/95, que já tratava do assunto e a Lei de Drogas, (Lei nº 11.343/2006), que em seu art. 53, inc. I cogita nessa modalidade de investigação, a Lei nº. 12.850/2013 trouxe um tratamento mais preciso e detalhado sobre o instituto, pelo estabelecimento de parâmetros norteadores do seu procedimento, diferente das leis anteriores que trataram do assunto com menos detalhes e de forma tímida.

No que diz respeito aos termos “geração” ou “dimensão” dos direitos fundamentais, adere-se ao último, por encerrar a ideia de acúmulo, do progresso, de continuidade e complementaridade dos direitos fundamentais novos com os antigos, e não de substituição destes por aqueles como induz o termo “geração”. Contudo, o termo “geração” desempenha uma função didática interessante, pois, neste sentido, demonstra a cronologia de afirmação de cada uma das gerações/dimensões desses direitos na sociedade.

Como foi frisado anteriormente, os valores e princípios que tiveram origem na Idade Média, ganharam uma expressão significativa nas sociedades modernas, com o Constitucionalismo, por serem imprescindíveis para que se possa ter uma sociedade política que respeite à dignidade da pessoa humana, na qualidade da linha norteadora de todo agir do poder político.

O Estado Democrático de Direito, tal qual como é concebido hoje, é construído por sistemas de valores jurídicos que se irradiam da dignidade da pessoa humana, sobre a qual,

¹³⁵ Ibidem. P. 223.

¹³⁶ WALKMER, op. cit. PDF.

¹³⁷ CUNHA, Sanches Renato. **A figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>> Acesso em: 01 de set. 2017.

todas as decisões jurídico-políticas devem observar, sob pena de aviltarem arcabouço sobre qual se assenta o próprio Estado.

3.1. A REALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GUINÉ-BISSAU

A República da Guiné-Bissau, nascida em 24 de setembro de 1973, quando foi proclamada a sua independência sob jugo das forças colonialistas portuguesas, depois de 11 anos de luta armada pela independência, comandada pelo Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde – P. A. I. G. C., é um Estado democrático de Direito, pois, desde seu nascimento, isto é, da sua primeira Constituição de 1973, adota a forma democrática de Estado e, conseqüentemente, consagra os direitos fundamentais dos cidadãos nos artigos 1º e 11º, respectivamente da Constituição¹³⁸.

Os direitos fundamentais, apesar de estarem plasmados naquela Constituição, nem de longe foram observados pelos “camaradas”¹³⁹ do PAIGC, porque muitas pessoas foram dizimadas no período pós-guerra de libertação nacional, entre eles, as pessoas que se julgavam ser colaboradoras do inimigo e as que depois foram tachadas de rebeldes. Os artigos garantísticos da Constituição (supracitados) eram letras mortas, ou seja, estava-se perante uma Constituição semântica, como é óbvio, sem qualquer efetividade na prática, pois, a verdadeira lei era a vontade do presidente e dos seus fiéis correligionários.

Por sua vez, a Constituição atual de 1984, também reitera a forma democrática do Estado guineense e consagra os direitos fundamentais dos cidadãos, respectivamente, nos artigos 1º e 29, nº. 1 e 2, também com observância muito aquém do esperado. Continuam sendo normas de enfeite, isto é, uma constituição nominal, pois, faltam-lhe a ‘simbiosidade’ com os cidadãos, como se espera em um Estado Democrático de Direito.

¹³⁸ Os artigos 1º e 11º da Constituição assim rezam: Art. 1.º “A Guiné-Bissau é uma República soberana, democrática, anti-colonialista e anti-imperialista que luta pela libertação total, pela unidade da Guiné-Bissau e do Arquipélago de Cabo Verde, assim como pelo progresso social do seu povo”. Art. 11.º “O Estado, de acordo com os princípios fundamentais da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com os objectivos revolucionários e democráticos da presente Constituição, garante direitos fundamentais, cuja realização visa a formação da personalidade e o desenvolvimento da sociedade. O Estado cria as condições políticas, económicas e culturais necessárias para que os cidadãos possam gozar efetivamente dos seus direitos e cumprir integralmente as suas obrigações”.

¹³⁹ Os dirigentes e membros do PAIGC, na sua maioria não tinha formação superior, e até porque na época, a escola não era para todos. Muitos deles ingressaram muito cedo na luta de libertação nacional, e se referenciam de (até hoje usa-se), camarada fulano, camarada beltrano, etc., enfim, o termo camarada funciona como um pronome de tratamento entre eles.

Karl Loewenstein¹⁴⁰ fez uma classificação das constituições chamada de Classificação Ontológica das Constituições, que se triparte em: Normativa, Nominal e Semântica. A classificação do Loewenstein é para demonstrar o grau de interação e de efetividade das Constituições com os seus cidadãos, no que tange à observação dos seus direitos e garantias fundamentais; ou seja, serve para evidenciar o grau de simbiose entre a Carta Política e a realidade sociopolítica de um país.

Segundo esta classificação do Loewenstein, a Constituição normativa, é aquela que cujas normas correspondem com a realidade sociopolítica. Isto é, aquela que é efetivamente observada pelos detentores do poder político. Em outras palavras, pode se dizer que uma Constituição normativa é aquela que cuja proteção dos direitos fundamentais não está apenas plasmada na Constituição, mas também vivida na prática tanto pelos detentores do poder político quanto pelos cidadãos que são os destinatários destes direitos.

Numa Constituição Normativa, os direitos fundamentais tais como: à vida, à liberdade - em seus vários desdobramentos - à saúde, à educação, à propriedade, ao acesso à justiça, etc., são fruídos pelos cidadãos e estes são autorizados a acionar o Poder Judiciário em caso de violação ou lesão a qualquer um destes direitos consagrados na Constituição seja contra o próprio o Estado ou qualquer pessoa que atente contra estes parâmetros.

Conforme o jurista alemão, para que se possa efetivamente viver uma constituição ou, considerá-la viva é indispensável que haja um ambiente nacional favorável, isto é, as condições que permitam colher êxito a que ela se propõe.

(...). Para que uma Constituição seja viva, não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e efetiva, a Constituição terá que ser observada por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade e esta nela. A Constituição e a sociedade deverão ter que passar por uma simbiose. Somente neste caso pode-se falar de uma Constituição normativa: as suas normas dominam o processo político, ou seja, o processo político adapta-se as suas normas e submete-se a ela¹⁴¹. (tradução do autor).

A Constituição Nominal, segundo Loewenstein, é aquela que tem a validade jurídica, mas que na prática, o seu processo político, não coincide com as normas da constituição, provocando assim uma carência na realidade existencial da própria constituição.

A Constituição Nominal é aquela que é juridicamente válida, mas carece de uma efetividade existencial. Para que uma constituição seja classificada como Normativa

¹⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, 216-217.

¹⁴¹ LOEWENSTEIN, Idem, p. 217.

(constituição efetiva) requer-se um conjunto de fatores que devam colaborar de forma sinérgica para que assim aconteça.

Assim, a ausência dos pressupostos econômicos, sociais e de educação, de uma forma geral e a inexistência de uma classe média independente, bem como outros fatores que se esperam que estejam presentes em um Estado Democrático de Direito, concorrem para a não concordância absoluta das normas constitucionais e o exercício do poder político¹⁴². Esta situação de fato, ou seja, os fatores reais do poder – como diria Lassale¹⁴³, impossibilitam uma completa integração das normas constitucionais, bem como a própria dinâmica da vida política.

Por fim, ainda na classificação feita por Loewenstein, vem a Constituição Semântica que é a constituição simbólica, que tem como fito, dar aparência de normalidade da situação em uma determinada sociedade, quando na verdade visa escamotear a real situação existente, em benefício exclusivo dos detentores do poder político.

Neste sentido, o autor destaca:

Nas Constituições semânticas, contudo, dão a sensação seguras que permitem reconhecer o seu caráter ontológico: quando o Presidente da República pode permanecer sem limitação temporal no seu cargo; quando está autorizado a vetar as decisões da assembleia legislativa, sem que no final, possa-se recorrer à decisão dos eleitorados; quando a confirmação das decisões políticas fundamentais são reservadas aos plebiscitos manipulados em lugar de um parlamento livremente eleito; quando eleições são autorizadas somente a um partido político¹⁴⁴. (tradução ao autor).

Jorge Miranda ressalta que, a sujeição ao Direito, não é só dos indivíduos, mas também, do próprio Estado e demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito, sem excepcionar o próprio direito que criam¹⁴⁵. Isso reforça a ideia de que, ninguém está acima da lei, independentemente, do cargo ou função que desempenhe na sociedade.

Dentre os três tipos de constituições, segundo a classificação do Karl Loewenstein, a característica da última se adequa com a primeira constituição da Guiné-Bissau (a Constituição de 1973), pois, foi redigida no regime de partido único – PAIGC, que podia tudo e influenciava a todos, porque detinha o poder político na sua totalidade, com o qual fez o que bem lhe parecia, os adversários políticos eram inimigos do Estado e qualquer oposição ao

¹⁴² LOEWENSTEIN, *Ibidem*, p. 218.

¹⁴³ Os fatores reais do poder, que imperam dentro de uma sociedade são força ativa e eficaz que influenciam as leis e as instituições jurídicas dessa sociedade, fazendo com que elas (instituições e as leis) não sejam outra coisa senão, o que os fatores reais determinam. Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 17.

¹⁴⁴ LOEWENSTEIN, *op. cit.* p. 219.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro, 2005. Pdf.

partido era tachada de crime contra o Estado, culminando às vezes em espancamento, em prisão e na eliminação física dos opositores, dependendo da gravidade do “pecado” que estes cometiam contra Estado – PAIGC.

Ainda na mesma classificação do jurista alemão, a Constituição Nominal, amolda-se à atual Constituição vigente na Guiné-Bissau (a Constituição de 1984), que possui uma validade jurídica, mas padece de uma efetividade existencial, isto é, há a submissão de todos indivíduos, os detentores do poder político, militares e as forças de segurança a ela. Mas isso é um reflexo da “*La tradición autocrática en el proceso gubernamental ...*”¹⁴⁶, do partido único supracitado, somado com a fraqueza das instituições nacionais, que ainda não são capazes de fazer valer a lei sobre todos, para que o Estado Constitucional possa dar uma proteção eficiente aos direitos fundamentais.

A obra de Loewenstein, não obstante ser um trabalho de algumas décadas atrás, a sua classificação de Constituições em Normativas, Nominais e Semânticas, ainda é atual, pois, com toda rapidez que o mundo hodierno caminha e as transformações que as sociedades sofrem, pela liquidez que a modernidade prega¹⁴⁷, a Constituição Normativa ainda é um mito, ou seja, algo que ainda se espera no mundo real.

A Constituição da Guiné-Bissau, que é objeto principal desta pesquisa é uma Constituição absolutamente Nominal, pois, até então não consegue dar uma proteção efetiva aos direitos da primeira dimensão, especialmente no que toca à liberdade de ir, vir e ficar das pessoas, diferentemente da constituição brasileira, que só não transita para a “classe A” da classificação do Loewenstein – Constituição normativa, por ainda lhe falta a eficácia social, sendo assim uma Constituição relativamente Nominal.

É importante frisar que, esta proteção seletiva dos direitos fundamentais à revelia do que está plasmado na constituição, impede o êxito estatal na proteção eficiente dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, faz com que um considerado número de Estados, fique aquém da realidade efetiva da Constituição Normativa, de acordo com a taxonomia de Loewenstein.

Jorge Miranda, a fazer sua ponderação sobre a classificação das constituições feita por Karl Loewenstein, afirma que é uma taxonomia feita com base numa constituição ideal e não

¹⁴⁶ LOEWENSTEIN, op. cit. p. 217.

¹⁴⁷ A modernidade líquida, segundo Bauman é a ideia de mudanças voláteis que a sociedade moderna registra, onde tudo se transforma rápido, inclusive as relações pessoais, bem como as estruturas sociais construídas com uma certa rigidez dissolvem-se, uma vez que, as regras de catalogação desmancham-se, isto é, flexibilização dos parâmetros sociais firmados que serviam de referências entre os indivíduos e as instituições sociais, na modernidade sólida. Cf. BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

de uma imbricação dialética entre a constituição e a realidade constitucional, razão pela qual entende que é uma classificação axiológica em sintonia entre a Constituição Normativa e a democracia constitucional (...) ¹⁴⁸.

Carl Schmitt ¹⁴⁹ destaca que o conceito ideal de constituição dominante em muitos Estados atualmente, que é o modelo da Constituição do Estado burguês de Direito, que consiste em adoção de uma organização do Estado que visa proteger ao cidadão contra o abuso do poder estatal, e a criação de meios e métodos de controle do poder, para salvaguardar os direitos e garantias individuais e estabelecer os limites ao exercício do poder estatal.

A constituição ideal a que se refere Schmitt, enquadra-se na segunda classificação, pois, não corresponde a idealidade constitucional aludida por Loewenstein, pois, esta se encontra no plano de dever ser, em quanto que aquela, como o próprio Schmitt declara (*Constitución del Estado burguês de Derecho*) é o modelo em voga em vários países do mundo, válidas juridicamente, mas ineficazes no plano da sociopolítica, isto é, na proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos/ indivíduos.

Como se percebe, os constitucionalistas não são uníssonos quanto à classificação da Constituição, conforme assinala Manoel Jorge Neto ¹⁵⁰, apesar de não existir esta uniformidade, no Brasil há critérios classificadores adotados pela doutrina majoritária relativamente ao conteúdo, à forma, à origem, à estabilidade, ao modo de elaboração, à ideologia e à extensão.

Quanto ao **conteúdo** as constituições podem ser *materiais* quando disciplinam matérias ligadas à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais, e são *formais* quando os seus dispositivos não guardam relação com o núcleo materialmente constitucional ¹⁵¹. Estes dispositivos, embora não sejam materialmente importantes (não se tratam dos direitos e garantias fundamentais), mas são inseridos na Constituição, mas poderiam ser bem regulados pela norma infraconstitucional ¹⁵².

Quanto à **forma**: podem ser classificadas em *escritas* quando a vida e a estrutura do Estado está totalmente disciplinada na constituição e *não escritas* que são aquelas que se apoiam nos costumes e nas jurisprudências.

¹⁴⁸ MIRANDA, op.cit. PDF.

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 1ª ed. 2ª reimp. Madrid: Alianza editorial, 1982, p. 62.

¹⁵⁰ SILVA NETO, Jorge Manoel e. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² O melhor exemplo é o art. 242, § 2, § 2º da Constituição Federal “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Quanto à origem: as constituições podem ser *populares* quando no processo da sua elaboração conta com a participação democrática do povo e *outorgadas* quando são impostas ao povo por um monarca ou por um grupo de políticos que dominam poder político num determinado país.

Quanto à estabilidade: podem ser *rígidas*, quando o processo de modificação das suas normas demanda uma solenidade muito rigorosa; *super-rígidas* quando alguns textos constitucionais possuem conteúdos imutáveis ou imodificáveis pelo processo legislativo derivado – as chamadas cláusulas pétreas; *flexíveis* quando o processo de modificação é igual ao processo de alteração das leis ordinárias e *semirrígidas* quando o processo de alteração de alguns dispositivos constitucionais é difícil e rigoroso, e o processo de alteração de outros dispositivos acontece na mesma forma com as leis ordinárias¹⁵³.

Quanto ao modo de elaboração: podem ser *dogmáticas* quando as regras de organização política de um Estado estão literalmente inseridas no texto constitucional com o fito de exigir a sua observância por todos e *históricas* quando o processo da sua elaboração decorre dos costumes e do processo evolutivo histórico do sistema constitucional¹⁵⁴.

Quanto à ideologia: podem ser de espécies *ortodoxas* quando a sua elaboração é fundada numa única ideologia e *eclética* é quando a sua elaboração não se funda numa única ideologia, mas na fusão de duas ou mais ideologias¹⁵⁵.

Quanto à extensão: as Constituições podem ser *sintéticas* quando se limitam em enunciar os princípios gerais, limitando-se a disciplina da organização e dos poderes do Estado e *analíticas* são aquelas Constituições que cuidam de detalhes pormenores que poderiam ser objeto das leis ordinárias¹⁵⁶.

Conforme esta classificação do Manoel Jorge e Silva Neto dotada pela doutrina brasileira, pode-se concluir em síntese apertada que a Constituição da Guiné-Bissau é *escrita*, porque disciplina da vida do Estado e não é uma constituição *não escrita* porque não funda nos costumes. Ela também poder ser confundida com uma constituição *outorgada* por ter sido elaborada no regime do partido único, mas entende-se que ela é uma constituição *popular* em virtude de grandes mudanças que sofreu quando se deu abertura democrática ou se implementou o multipartidarismo.

É possível afirmar também, ser uma constituição *semirrígida* porque comporta uma dualidade no processo de alteração dos seus dispositivos, ou para fazer uma revisão

¹⁵³ Ibidem, p. 92.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Ibidem, p.93

constitucional. Uns demandam solenidades rigorosas e outros não¹⁵⁷. Por conter conteúdos inalteráveis pelos processos de emenda e revisões constitucionais é *super-rígida*¹⁵⁸ neste aspecto, também é uma Constituição dogmática por determinar um comportamento de todos.

Por ter sido elaborada no período do partido único, dá impressão, por este fato, que é uma constituição *ortodoxa*, pois foi inspirada pela ideologia de um único partido PAIGC, mas não a é, porque teve alterações significativas no período pós-abertura democrática que lhe influenciaram com as ideologias diferentes que a fazem uma constituição *eclética*.

E, por último, entende-se que é uma constituição sintética por números de artigos que possui e por não trazer algumas garantias constitucionais para proteção de respectivos direitos fundamentais¹⁵⁹, limitando-se a enunciar os princípios gerais, da disciplina da organização e a limitação do poder político.

3.2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA GUINÉ-BISSAU

A proteção dos direitos fundamentais exige, impreterivelmente, a existência de uma constituição ou lei que os definam ou os consagrem como tais. Os direitos fundamentais são direitos essenciais a uma comunidade política e por isso têm fundamento na constituição. A palavra fundamento é de origem latina *fundamentum*, que significa firmeza e fortalecimento, ou seja, fundamento é a alicerce ou a razão em que se firmam as coisas ou se justificam as ações, aliás, é a razão de ser delas¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Art. 127º

1 - A presente Constituição pode ser revista, a todo o momento, pela Assembleia Nacional Popular.

2 - A iniciativa de revisão constitucional compete aos deputados.

Art. 128º

1 - Os projectos de revisão indicarão sempre os artigos a rever e o sentido das modificações que nele se pretendem introduzir.

2 - Os projectos de revisão serão submetidos à Assembleia Nacional Popular por pelo menos um terço dos deputados em efectividade de funções.

Art. 129º As propostas de revisão terão de ser aprovadas por maioria de dois terços dos deputados que constituem a Assembleia.

¹⁵⁸ Art. 130º Nenhum projecto de revisão poderá afectar:

a) A estrutura unitária e a forma republicana do Estado; b) O estatuto laico do Estado; c) A integridade do território nacional; d) Símbolos nacionais: Bandeira e Hino Nacionais; e) Direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; f) Direitos fundamentais dos trabalhadores; g) O sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico na designação dos titulares de cargos electivos dos órgãos de soberania; h) O pluralismo político e de expressão, partidos políticos e o direito da oposição democrática; i) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; j) A independência dos tribunais.

¹⁵⁹ Cf. próximo item 2.1. sobre as garantias constitucionais não trazidas pela Constituição da Guiné-Bissau.

¹⁶⁰ SILVA de Plácido e. **Vocabulário jurídico/atualizadores**: Nagib Slaibi filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2006, p. 643.

Mas existe uma questão terminológica que envolve os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que às vezes, são tratados como sinônimos e às vezes não. No presente trabalho, utilizar-se-á o termo direitos humanos para referenciar os direitos cujos fundamentos estão nos tratados e nas convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais, para os direitos consagrados numa determinada ordem jurídica¹⁶¹.

Esta confusão que ocorre com relação a estes termos, decorre como ressalta Casado¹⁶², de uma zona de grande convergência entre os referidos direitos, visto que, os direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro em sua maior porção são réplica dos direitos e garantias fundados em vários tratados e convenções internacionais que o Brasil é signatário¹⁶³, e este processo de incorporação dos tratados internacionais é apelidado de processo de *constitucionalização dos direitos humanos*.

Na verdade, a maioria dos países, após a Declaração Universal dos Direitos Homem – DUDH, feita pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de novembro de 1948, começaram a fundamentar os direitos do homem nas suas Constituições, inspirados por essa Declaração, que é considerada primeiro anúncio universal dos direitos do homem com bem ressalta Bobbio:

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração universal dos direitos do homem; a partir do direito interno de cada Estado, através do direito entre os outros Estados, ...¹⁶⁴.

É importante destacar que a DUDH não é pioneira em declarar os direitos humanos, mas o grande problema que se tem hoje, não é a internalização ou proclamação desses direitos pelos Estados, porque a sua fundamentação é razoável quase em todas as constituições modernas, isto é, as constituições pós Declaração Universal dos Direitos do Homem. Contudo, a grande batalha a ser encarada é a criação de medidas que possibilitem a proteção efetiva desses direitos que se tornam fundamentais na ordem interna de cada Estado/país¹⁶⁵.

¹⁶¹ Assim prelecionam Marcia Brandão ZOLLINGER, cf.- ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: juspodivm, 2006, p. 21; Napoleão Casado Filho, cf. CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19. Pdf; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

¹⁶² CASADO, Idem, *ibidem*.

¹⁶³ **O Decreto Nº. 19.841** de 22 de Outubro de 1945 promulga a Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 12 de setembro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm> Acesso em: 27 set. 2017; O Decreto Nº. 592 de 06 de Julho de 1992 o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Cf. – em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html> Acesso em: 27 set. 2017.

¹⁶⁴ BOBBIO, Roberto. **Era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁶⁵ BOBBIO, *ibidem*. P. 24-37.

No mesmo sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁶⁶ destaca que, para que haja uma proteção eficaz dos direitos humanos declarados nos tratados internacionais é preciso que os Estados criem recursos internos eficazes que aprimorem os instrumentos e mecanismos internos de proteção judicial desses direitos.

A República da Guiné-Bissau, na qualidade de um Estado Democrático de Direito, também é signatário de vários tratados internacionais¹⁶⁷ e regionais¹⁶⁸, garantindo constitucionalmente que, os dispositivos atrelados aos direitos fundamentais, devem ser interpretados em consonância com os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos¹⁶⁹, como uma forma de dar mais proteção à dignidade da pessoa humana que na verdade é um núcleo no qual se irradiam os direitos do homem.

Na Guiné-Bissau, os direitos, liberdade e garantias fundamentais estão previstos no Título II, dentre os artigos 24º a 58º da Constituição da República, mas muitos dos direitos que estão elencados neste título não têm garantias ou remédios constitucionais expressos, que para em caso de suas violações possam ser usadas para assegurá-los.

O que se pode extrair da Constituição com relação a estas garantias é o disposto no artigo 32º, que de forma genérica declara que todos têm direitos de recorrer aos órgãos jurisdicionais quando forem violados os seus direitos consagrados na Constituição e pela lei, independentemente, dos seu poder econômico, mas não há uma descrição e especificação das garantias constitucionais para assegurar a violação de cada direito fundamental, com exceção de *habeas corpus* que assegura a liberdade de ir e vir.

Não há previsão constitucional sobre *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, chamados de remédios constitucionais, visto que, são instrumentos constitucionais postos à disposição dos indivíduos para acionarem a autoridade estatal ou, poder jurisdicional competente, para que intervenha a fim de assegurar o direito fundamental em violação ou, na iminência de ser violado. Estes remédios constitucionais, ou seja, ações constitucionais, instrumentos importantíssimos, garantem a fruição dos direitos fundamentais, tanto os violados quanto os que não foram atendidos pelo poder público.

¹⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª.ed. Vol.I, rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 532.

¹⁶⁷ A Guiné-Bissau é membro da Organização da Unidade Africana – OUA desde 19 de novembro de 1973. A OUA foi criada em 25 de maio de 1963, em Addis Abeba, Etiópia, (onde é sediada). Em 2001, a OUA passa a ser chamada oficialmente da União Africana- UA. Cf. os Estados membros da União Africana. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Estados-membros_da_Uni%C3%A3o_Africana>. Acesso em 17 de fev. de 2018.

¹⁶⁸ Em 17 de setembro de 1974, tornou-se membro da Organização das Nações Unidas – ONU.

¹⁶⁹ Constituição da República da Guiné-Bissau, art. 29º, nº. 1 e 2. – 1 – “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional”. 2 — “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

No entanto, esta falta de previsão das garantias constitucionais dificulta sobremaneira a proteção dos direitos a que se destinam proteger. Assim, a proteção dos direitos fundamentais na Guiné-Bissau é dificultosa pela imprevisão constitucional, diferentemente do Brasil, em que estes instrumentos estão previstos com procedimentos definidos na constituição e em lei.

Contudo, esta imprevisão constitucional, apesar de dificultar o processo de proteção dos direitos fundamentais aqui aludidos, não quer necessariamente dizer que os seus titulares são desprotegidos e não podem provocar autoridades competentes para assegurá-los, porque, embora estes instrumentos não estejam expressos na Constituição da República, são implícitos, podendo ser protegidos através de uma interpretação teleológica da constituição, uma vez que, o Estado Democrático de Direito é fundado na dignidade da pessoa humana, da qual irradiam os direitos fundamentais.

Assim, com fundamento na dignidade humana e nos direitos fundamentais, estes direitos podem ser protegidos por fazerem parte do grande arcabouço jurídico e constitucional do Estado Democrático de Direito, embora de forma mais dificultosa se comparado ao Brasil.

Na América Latina, conforme destaca Lolita Aniyar de Castro¹⁷⁰, não há objeção à adesão às declarações internacionais sobre os direitos humanos, que têm relação com o controle penal, as leis são modernas e avançadas no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, aliás, essas leis são perfeitas réplicas dos países civilizados com parâmetros políticos e sociais em prol do cidadão. Lolita destaca, especialmente, a situação da Venezuela em que existe na constituição um conjunto de garantias em favor dos cidadãos/indivíduos, mas na prática nem de longe são observadas pelas autoridades competentes.

O respeito aos direitos humanos, não é algo que brota de forma automática pelo simples ato de adesão ou de ratificação de um tratado que os contempla, mas é um processo interno, que perpassa fases de construção ou reconstrução social, que deve iniciar com educação de base para todos, e boa gestão da coisa pública, complementada com as políticas públicas de fomento estatal, com vistas a atingir a camada mais vulnerável da sociedade.

Alguns países, para escamotear o verdadeiro caos a que se expõem os seus cidadãos, apressam-se em assinar os tratados e convenções internacionais, porém sem qualquer escrúpulo ou interesse em dar a devida proteção aos direitos ali consagrados, porque o que

¹⁷⁰ CASTRO, Lolita Aniyar de. **Rasgando el velo de la política criminal en America Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología.** Disponível em: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/rasgando_velo_politica.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

lhes importa na verdade é apresentar ao mundo como se civilizados fossem, quando, na verdade, são “selvagens”, sob o ponto de vista de proteção dos direitos fundamentais.

3.3. O *HABEAS CORPUS* NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL GUINEENSE

A inserção de habeas corpus na estrutura constitucional guineense se prende ao próprio constitucionalismo da Guiné-Bissau, visto que, a primeira constituição da Guiné-Bissau, não trouxe no seu bojo nenhum capítulo relativo aos direitos e garantias fundamentais, até porque, o modelo de Estado adotado após da independência, não priorizava a proteção dos direitos fundamentais, porque a questão prioritária de então era a da soberania e aniquilação das influências imperialistas e colonialistas de Portugal.

Talvez a questão principal não fosse estas influências, mas sim a influência do Estado autocrático de modelo soviético, porque a Rússia apoiou muito o Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde – PAIGC, na libertação do país, tanto na preparação dos guerrilheiros quanto no fornecimento de materiais bélicos.

Antes da proclamação da independência, em 24 de Setembro de 1973, houve um Processo Constituinte em 1972 que se desenvolveu em duas fases: a primeira foi a convocação da população guineense de mais de 17 anos de idade das zonas libertadas a escolher numa lista única apresentada pelo PAIGC dos candidatos à representação do povo nos Conselhos Regionais; já na segunda fase, os membros dos Conselhos Regionais escolheram os deputados da Assembleia Nacional Popular – ANP¹⁷¹.

Assim, teve-se na Guiné-Bissau a primeira Assembleia Constituinte eleita por sufrágio indireto e com uma composição homogênea (só as pessoas que constavam na lista do PAIGC). Em julho 1973, após assassinato do Amilcar Lopes Cabral¹⁷² foi convocada a Assembleia Nacional Popular¹⁷³ e em 24 de setembro do mesmo ano, a ANP proclamou a independência da República da Guiné-Bissau e aprovou a Constituição da República de 1973, e, finalmente elegeu o Conselho do Estado e o Conselho dos Comissários de Estado¹⁷⁴.

¹⁷¹ NOVAIS, Op.cit. p. 89-90.

¹⁷² Amilcar Cabral, Líder do PAIGC e pai da Nacionalidade da Guiné-Bissau e Cabo Verde, foi assassinado em 20 de Janeiro de 1973 em Guiné Conacry pelo próprio PAIGC.

¹⁷³ NOVAIS, Idem. p. 90.

¹⁷⁴ NOVAIS, Idem

A Constituição de 1973, não deu relevância aos direitos e garantias fundamentais, mas deu muita tónica aos fundamentos e objetivos do Estado que estavam previstos no seu primeiro capítulo (arts. 1º a 10º), o que se pode conferir através dos princípios do anticolonialismo e do antineocolonialismo. Justamente pelo contexto que a luta pela libertação nacional e a estruturação dos poderes do Estado, bem como a vivência constitucional imposta pela Constituição de 1973, demonstram uma de forma hialina a influência e inspiração soviética¹⁷⁵, como foi notório na generalidade dos movimentos anticolonialistas dos anos sessenta e setenta do século passado.

A tendência dos Estados que nasceram destes movimentos foi de assumir, sem quaisquer interferências externas a direção do país, isto é, andar com os seus próprios pés, sob direção de um partido único, que domina e orienta a política nacional e organiza o poder político de forma concentrada. Esta forma de organização, conforme destaca Jorge Reis Novais, dava ao partido único a força diretiva da sociedade e a expressão suprema da vontade soberana do povo e o poder orientador da política do Estado em estreita ligação com as massas trabalhadoras¹⁷⁶.

Assim, sentia-se a ausência dos direitos fundamentais e as garantias constitucionais dos cidadãos na Constituição de 1973, porque os fundamentos e objetivos dos Estados estavam acima de qualquer direito do cidadão, porque os órgãos dos Estados ANP e os Conselhos Regionais eram fontes de todos os poderes do Estado dirigidos pelo PAIGC.

Ainda segundo Jorge Reis Novais¹⁷⁷,

O paralelismo com a estrutura soviética de organização do poder político é notório: os cidadãos elegem na base (através da lista única selecionada pelo partido único) os Conselhos Regionais correspondem aos ('soviétes da Rússia soviética'); por sua vez, os Conselhos Regionais escolhem os deputados à ANP (correspondem ao 'Soviéte Supremo'), ainda que tal como aconteceu na União Soviética, este processo de eleição indirecta da ANP seja considerado transitório – até libertação do território nacional (art. 6º). A ANP (arts. 28 e segs.) é o órgão supremo do Estado e dela emanam por um lado, o conselho do Estado (correspondente ao 'Presidium do Soviéte Supremo'), que exerce as funções da ANP entre as sessões desta (arts. 36º e segs.), e, por outro lado, um Conselho dos Comissários de Estado (correspondem ao 'Conselho dos Comissários do povo na Rússia soviética), que é um órgão essencialmente executivo e administrativa (arts. 44º e segs.).

Em 1980 foi aprovada uma nova Constituição que começaria a vigorar em 1981, mas a sua vigência foi frustrada pela eclosão do movimento reajustador de 14 de Novembro de

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 91-92. O art. 6º da Constituição de 1973 diz: "O P.A.I.G.C. é a força dirigente da sociedade. Ele é a expressão suprema da vontade soberana do povo. Ele decide da orientação política da política do Estado e assegura a sua realização pelos meios correspondentes".

¹⁷⁶ Idem, p. 92. Esta ideia estava expressa nos arts. 4º e 6º da Constituição de 1973.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 94-95.

1980, que causou uma ruptura constitucional, mas a Constituição de 1980 foi retomada pelo Constituição de 1984.

O Conselho da Revolução do movimento reajustador de 14 de Novembro aprova a lei 1/80 de 1980 que dissolve a ANP e o Conselho do Estado, foi extinto o Conselho dos Comissários de Estados e, por conseguinte, açambarcam os poderes que eram atribuídos a estes órgãos pela Constituição de 1973. Em Janeiro de 1981 foram aprovadas duas leis constitucionais, a Lei 1/81 e a Lei 2/81, que completaram o quadro constitucional que regia o período da transição liderada pelo Conselho da Revolução, e, a partir de 1982, passou-se a ter a figura do Primeiro Ministro que assumiu as atribuições eram do Conselho dos Comissários¹⁷⁸.

A Constituição de 1984, já traz no seu capítulo II os direitos, a liberdade e as garantias fundamentais dos cidadãos. Em 1990, fora aprovado um programa de transição duoanal com objetivo de revisão constitucional para instauração do regime de multipartidarismo, eleições diretas de Presidente da República, liberdade de imprensa e liberdade sindical.

Em 1991, foram aprovadas duas leis da revisão constitucional, a Lei 1/91 e a Lei 2/91 ambas de 09 de Maio, a primeira fez uma alteração muito importante na Constituição de 1984, porque removeu o art. 4º¹⁷⁹ da Constituição, implantou o multipartidarismo e aboliu a identificação do PAIGC – partido único com o Estado; foi instituído o princípio da legalidade democrática e a subordinação do Estado à constituição; foram consagrados novos direitos fundamentais, à liberdade de imprensa, à liberdade sindical e o direito à greve. A segunda lei teve como ponto central a criação da figura do Primeiro Ministro¹⁸⁰.

A lei Constitucional 1/93 de 29 de Fevereiro, introduz reformas significativas referentes aos direitos fundamentais, à organização do poder político e à fiscalização da constitucionalidade, deixando o Estado com um perfil do Estado Democrático de Direito. Jorge Reis Novais¹⁸¹, considerando as mudanças feitas na Constituição de 1984, através das revisões de 1991 e 1993, ressalta que, materialmente, está-se perante a uma nova constituição, embora, formalmente, a atual constituição da Guiné-Bissau seja a de 1984.

Feito este breve panorama sobre a evolução do constitucionalismo guineense e, consequentemente, da evolução dos direitos fundamentais, pode-se agora falar da estrutura de

¹⁷⁸ Ibidem, p. 97-98.

¹⁷⁹ Art. 4.º “Na Guiné-Bissau o poder é exercido pelas massas trabalhadoras ligadas estreitamente ao Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (P.A.I.G.C.), que é a força política dirigente da sociedade”.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 104-106.

¹⁸¹ Ibidem, p. 106.

habeas corpus (trazida pela Constituição de 1984) no ordenamento jurídico guineense e analisar a sua dogmática, sob o ponto de vista da proteção célere e efetiva do direito fundamental de ir e vir dos indivíduos/cidadãos.

Os direitos, a liberdade, as garantias e os deveres fundamentais foram inseridos na Constituição da Guiné-Bissau de 1984, no seu Título II e o *habeas corpus*, o instrumento constitucional de proteção de direito fundamental de ir e vir dos indivíduos vem expresso no mesmo título.

O artigo 39 n.º 4 e 5¹⁸² da Constituição determina que a providência do *habeas corpus* seja requerida na suprema corte guineense, em caso de dificuldade para acessar ao Supremo Tribunal de Justiça, a sua providência poderá ser requerida ao tribunal regional mais próximo. Isto é, se o juiz que emitiu a ordem de prisão é de um tribunal regional “x” a providência de *habeas corpus* será requerida ao tribunal regional “y” (mais próximo) ou, requerida diretamente ao STJ.

Porém, antes de tratarmos da estrutura de HC no ordenamento jurídico guineense, é importante abordar primeiro a organização e a competência dos tribunais judiciais, para que se possa perceber como funciona na verdade o procedimento de *habeas corpus* na Guiné-Bissau, isto é, a forma como é protegido o direito de ir e vir dos cidadãos.

A Lei Orgânica dos Tribunais¹⁸³, de 2002, organiza e estrutura os órgãos do poder judiciário na Guiné-Bissau. No que concerne à organização dos tribunais, isto é, a sua arrumação numa ordem hierárquica, tem-se os tribunais de pequenas causas, os tribunais de primeira instância, os tribunais de segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça. Os tribunais de pequenas causas são os tribunais de setores, os tribunais da primeira instância são os tribunais regionais, os tribunais segunda instância são os tribunais de círculo ou de relação e no topo da hierarquia está o Supremo¹⁸⁴.

O art. 15º da referida lei trata da competência e hierarquia dos tribunais para o efeito dos recursos das suas decisões. Isso está atrelado à ideia do duplo grau de jurisdição, que é também um direito fundamental do cidadão/ indivíduo, pois é um direito que lhe assiste de ter a sua causa apreciada por mais de um órgão jurisdicional devido à própria falibilidade do

¹⁸² Art.4 – “A providência do *habeas corpus* é interposta no Supremo Tribunal de Justiça, nos termos da lei”. Art. 5 – “Em caso de dificuldade de recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, a providência poderá ser requerida no tribunal regional mais próximo”.

¹⁸³ GUINÉ-BISSAU, Lei organiza dos tribunais, Publicada no Suplemento ao B.O. n.º 47, de 20 de Novembro de 2002.

¹⁸⁴ Art. 12º n.º 1e segs.

órgão julgador, para que o órgão hierárquico superior possa corrigir os possíveis erros ou abusos do órgão anterior.

No mesmo sentido, destaca André de Carvalho Ramos¹⁸⁵, o duplo grau de jurisdição consiste na faculdade de exigir o reexame cabal de determinada decisão judicial, por outro órgão judicial diverso e de hierarquia superior no Poder Judiciário. É uma garantia constitucional dada aos cidadãos para pleitear a revisão das decisões que lhes são desfavoráveis ou desproporcionais.

O art. 27 n° 1, f) da lei orgânica dos tribunais, diz que compete às câmaras do STJ, segundo as suas competências “Conhecer dos pedidos de *Habeas corpus*, em virtude de prisão ilegal”; este preceito está em sintonia com o n° 4 do art. 39 da Constituição da República e com o n°. 1 do art. 171 do Código do Processo penal Guineense¹⁸⁶ e o n°1, 2, 3 e 4 do art.172¹⁸⁷, prescrevem respectivamente que o pedido será dirigido ao presidente do Supremo Tribunal de Justiça – STJ; que ao receber o pedido deve ordenar a notificação do Ministério Público – MP em 48 horas, e no prazo de sete dias a contar com a data da recepção, a secção criminal presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça deverá deliberar sobre o pedido de *habeas corpus*.

Tudo dá impressão de celeridade, mas não é o que ocorre na verdade, como se pode constatar na primeira tabela da página 118 deste trabalho, que o lapso temporal é bem maior, aliás, nenhum processo foi decidido em 25 dias e muito menos em 07 (sete) dias.

Como se sabe, a Guiné-Bissau administrativamente é dividida em oito¹⁸⁸ regiões e um setor autónomo, que é a capital Bissau, embora a divisão político-administrativa do país possa não corresponder com a divisão judicial¹⁸⁹.

Os tribunais da segunda instância – tribunais de relação ou de círculo, não têm competência para decidir sobre o *habeas corpus* como se pode ver no art. 38¹⁹⁰ da lei

¹⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, em PDF.

¹⁸⁶ Art. 171, n°1. “Qualquer pessoa que se encontrar ilegalmente presa pode requerer ao Supremo Tribunal de Justiça, por si ou por qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos, que lhe seja concedida a providência de “*habeas corpus*””.

¹⁸⁷ Art. 172, n°1. “O requerimento é elaborado em duplicado, dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e apresentado à autoridade à ordem de quem se encontrar o preso, que o remete ao Supremo Tribunal de Justiça no prazo de 24 horas com as informações relativas às circunstâncias que determinaram a prisão e se esta se mantém”; n° “Recebido o requerimento o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ordena a notificação do Ministério Público para em 48 horas se pronunciar e nomeia defensor no suspeito se este o não tiver já”; o n° 3 “No prazo de sete dias a contar da recepção do requerimento, efectuadas as diligências necessárias, será proferida decisão relativa ao requerimento apresentado”; e o n° 4 “ A decisão compete à secção criminal presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça”.

¹⁸⁸ Cf. item 3.6. do presente trabalho, sobre nomes de regiões.

¹⁸⁹ Art. 11° n° 2. da lei orgânica dos tribunais. “A divisão judicial do território referida número anterior pode não coincidir com a divisão político-administrativa”.

orgânica dos tribunais. E pela mesma lei, os tribunais da primeira instância (tribunais regionais) e os tribunais de pequenas causas (tribunais de setores), não têm competência em matéria de *habeas corpus*.

Entretanto, pode-se constatar que, em matéria de *habeas corpus*, a tarefa de apreciação, segundo a lei orgânica dos tribunais judiciais, é reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal de Justiça. Apesar do nº 5 do art. 39 da constituição indicar o tribunal regional mais próximo, mas isso não tem nenhuma aplicabilidade na prática forense guineense porque não há sequer uma decisão de *habeas corpus* pelos tribunais da primeira instância.

Entende-se que a providência deve seguir o rito recursal, isto é, começando das instâncias inferiores para superiores, guardadas as devidas proporções de cada caso, de outro modo, o direito fundamental em comento continuará em prejuízo, pois da forma como está atualmente “protegido” é insuficiente e aviltante à dignidade da pessoa humana.

Pelas informações disponíveis, nenhuma providência de *habeas corpus* foi dada pelos tribunais regionais na história do judiciário guineense, ou melhor, desde que os tribunais começaram a funcionar, por uma razão óbvia, nenhum pedido de *habeas corpus* foi requerido naqueles tribunais. Este fato, por si só demonstra que a matéria de *habeas corpus* é de competência exclusiva do STJ na Guiné-Bissau.

Esta exclusividade do STJ não ajuda suficientemente na proteção do direito fundamental protegido pelo *habeas corpus*, razão pela qual deve ser desconcentrada para outros órgãos do Poder Judiciário para que o instituto possa reconquistar a sua celeridade na proteção do direito que tutela.

3.4. INEFICÁCIA DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PENAL GUINEENSE NA PROTEÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR.

O Estado Democrático de Direito é um Estado de teleologia antropológica, na medida em que tem como função principal, proteger os direitos fundamentais, através das garantias constitucionais previstas na Constituição¹⁹⁰, que são nada mais, nada menos, os remédios preventivos e corretivos contra ações ofensivas a esses direitos, tendo como finalidade última, proteger a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁰ Este artigo fala da competência dos tribunais de círculo e em nenhuma alínea se refere o assunto de *habeas corpus*. Não se transcreveu o dispositivo porque é longo, por conter várias alíneas.

¹⁹¹ O Título II, da Constituição da República da Guiné-Bissau assegura os direitos, liberdades garantias fundamentais aos cidadãos, isto é, quando estes direitos são ameaçados, o cidadão tem uma justa causa de acionar autoridade competente para livrar-se desse constrangimento.

Como já foi mencionada alhures, a fundamentação ou a constitucionalização dos direitos, não é o grande problema a ser enfrentado, apesar de ser também um ato importante, mas o ponto crucial nesta questão reside na efetivação desses direitos, ou seja, usando a classificação de constituições do Loewenstein, é transportá-los de Constituição Nominal para Constituição Normativa, isto é, dar efetiva proteção aos direitos fundamentais.

A Constituição da República (1984) consagra como garantia fundamental, a liberdade de ir, vir e ficar dos indivíduos em seu artigo 39, nº. 3, 4 e 5, com a autorização do manejo de *habeas corpus* nos casos da ilegalidade da prisão ou detenção decorrente de abuso de autoridade, ao Supremo Tribunal de Justiça – STJ, que é única instância no país competente para conhecer e dar providência sobre o *habeas corpus*, embora o requerimento possa ser feito no tribunal regional mais próximo¹⁹². A mesma dogmática constitucional foi reproduzida no Código do Processo Penal – CPP guineense, nos seus artigos 171, nº 1 e 2; 190, nº 1 e 2¹⁹³.

Analisando os dispositivos supracitados, do ponto de vista garantista, observa-se que, não oferecem uma proteção efetiva ao direito de ir, vir e ficar dos cidadãos, por uma dificuldade criada pela própria dogmática constitucional, que sedimentou de forma centrada ou concentrada, ao eleger um único órgão competente para deliberar sobre a providência do remédio heroico – o *habeas corpus*. No próximo capítulo, será abordado de forma mais detida esta questão de desconcentração da competência do Supremo Tribunal de Justiça, no que tange à matéria de *habeas corpus*. Esta breve referência, aqui aludida, é somente para demonstrar como o dogma constitucional dificulta a celeridade do instrumento heroico na tutela da liberdade de locomoção.

Norberto Bobbio elaborou três critérios de valoração da norma jurídica que são: justiça, validade e eficácia. Segundo ele, a justiça é a “correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”; a validade é a

¹⁹² Este requerimento, é para que o referido tribunal encaminhe a ação para o Supremo para que este aprecie e decida sobre a concessão ou não de mandado de *habeas corpus*.

¹⁹³ Art. 171, nº. 1. “Qualquer pessoa ilegalmente presa pode requerer a STJ¹⁹³, por si ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos que lhe seja concedida a providência de Habeas Corpus. nº 2. A legalidade de prisão deve fundar-se no facto de: a) Ter sido efectuado ou ordenado por entidade incompetente; b) Ser motivada por facto pelo qual a lei não permite a sua aplicação; c) Mostrarem-se ultrapassados os prazos máximos de duração”. Art.190, nº. 1. “Qualquer detido pode requerer o juiz de círculo judicial da área em que se encontrar que ordene a sua imediata apresentação judicial se: a) Estiver excedido nos artigos 55; 183; 184 ou qualquer outro prazo para entrega ao poder judicial; b) Mantiver a detenção fora dos locais e das condições legalmente previstas; c) Detenção tiver sido ordenada ou efectuada por entidade incompetente; d) A detenção não for admitida com os fundamentos invocados”.

2. O requerimento pode ser subscrito pelo detido ou qualquer outra pessoa no gozo dos seus direitos que o apresentará à entidade que o detenha, a qual o remete imediatamente ao juiz com as informações que entenda necessárias.

simples existência da norma como a regra jurídica e a eficácia está atrelada a questão de saber se esta norma está sendo seguida pelas pessoas a quem se destina¹⁹⁴.

O que se quer sacar desta tese valorativa da norma do Bobbio são os critérios da justiça e da eficácia, uma vez que, a validade das normas parece dispensar muitos comentários, por ser aferida, simplesmente, pela sua existência no ordenamento jurídico.

O dogma constitucional ora referido, observada sob critério da justiça do Bobbio, ou seja, a realização dos valores superiores que inspiraram o constituinte é dissonante, em certa medida, com a intenção de proteger o direito fundamental (direito de ir e vir), plasmado no título II, da Constituição da República (1984).

A garantia de um direito é a vida para o próprio direito garantido. Um direito sem garantia é um direito morto, uma vez que, o direito vivo é aquele em que os seus destinatários podem gozar dele. No que diz respeito ao destinatário da norma constitucional fundamental, proclama Van Der Broocke, que o seu destinatário¹⁹⁵ é o Estado, a quem se incumbe a responsabilidade de prover meios necessários para garantir eficácia aos direitos fundamentais, cujo titular é o indivíduo¹⁹⁶.

Neste ponto, entra-se na questão da eficácia, isto é, a produção dos efeitos jurídicos, que se esperam de uma norma – no caso em tela, a proteção efetiva do direito fundamental de ir e vir. Assim, pode-se concluir que, a garantia assegurada pela dogmática constitucional e penal, ou seja, a proteção da liberdade de locomoção é insuficiente, violando o princípio da proibição de proteção deficiente.

3.5 PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO HABEAS CORPUS.

3.5.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Há quem sustente que a proporcionalidade tem origem na França e objetivava o controle judicial dos atos administrativos do Conselho do Estado francês para corrigir os

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. de Denise Agostinetti. 1ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 25- 27.

¹⁹⁵ VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição de proteção deficiente** (Untermassverbot), Curitiba: CRV, 2016, P. 20.

¹⁹⁶ O Estado na qualidade do destinatário dos direitos fundamentais, porque é nele que o indivíduo titular do direito fundamental irá pleitear que lhe garanta o seu direito (seja ele à vida, liberdade etc..) contra uma ameaça real ou potencial decorrente do agir do próprio Estado ou do terceiro. Ibidem. P. 37.

excessos ou desvios cometidos pelo órgão e, de lá teria sido projetado, para países vizinhos, principalmente a Alemanha, onde foi recepcionada como princípio da proporcionalidade, profundamente vinculada à proibição do excesso, realizável mediante os critérios de adequação e da necessidade do ato interventivo do Estado¹⁹⁷.

Pela sua origem, a proporcionalidade revela uma derivação do ideário liberal iluminista de defesa dos direitos e liberdades fundamentais do homem face às investidas do Poder Público, que comprometiam o exercício dos direitos fundamentais conquistados com a suplantação do Estado absoluto para o Estado de Direito, este último firmado na limitação e no controle do poder absoluto do monarca e na garantia de liberdade dos cidadãos.

Antonio Scarance Fernandes preleciona que:

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as ideias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores, e, no plano do direito administrativo, de que o exercício do poder de polícia só estaria legitimado se não fosse realizado com excesso de restrição aos direitos individuais¹⁹⁸.

Hodiernamente, o princípio da proporcionalidade representa a justa medida para constatação de quaisquer atos interventivos ou restrições do Poder Público exagerados em face dos direitos fundamentais, e assegura a realização destes direitos em concreto, conforme os princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica cujo baluarte é a dignidade da pessoa humana.

Destarte, o princípio da proporcionalidade procura equilíbrio na intervenção do poder público na esfera individual dos indivíduos. Igualmente, o princípio da proporcionalidade revela-se um instrumento jurídico apto a controlar a constitucionalidade das leis, atos e decisões dos órgãos públicos, predispostos a declinar ou restringir os direitos fundamentais de forma desproporcionada. Neste sentido, sustenta George Marmelstein:

O princípio de proporcionalidade é, portanto, o instrumento importante para aferir a legitimidade das leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado “limite dos limites”. O objetivo da aplicação da regra de proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensão desproporcional¹⁹⁹.

¹⁹⁷ SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 79.

¹⁹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 54-55.

¹⁹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 372.

Isso denota que, a medida restritiva dos direitos fundamentais deve ser proporcional, para não se exceder o limite tolerável da restrição, nem proteger insuficientemente os direitos fundamentais, conforme preleciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello dizendo:

Sendo o Direito Penal um instrumento de realização de Direitos Fundamentais, não pode prescindir do princípio da proporcionalidade para realização de seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade, na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em *Ética e Nicômaco* é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito. Desta forma, para Aristóteles, a regra será justa quando seguir essa proporção²⁰⁰.

Sebastian, baseando-se nas lições do Robert Alexy, aborda as três dimensões do princípio da proporcionalidade que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que se passará apresentar.

Adequação – demanda que o ato do poder público seja adequado aos fins que justificam a sua adoção, ou seja, os meios devem ser ajustados aos fins pretendidos pelo Estado. Assim, o meio elegido pelo Estado não deve ofender o direito fundamental, caso contrário deve ser vedado caso não otimize o direito fundamental.

Necessidade – na realização de um interesse público ou fim do Estado, deve-se adotar o meio ou medida que tenha menor ingerência possível nos direitos fundamentais, isto é, se existir dois meios para que o poder público realize um determinado fim, exige-se que adote o meio que onere menos os direitos dos cidadãos/indivíduos.

E já a proporcionalidade em sentido estrito – traz a ideia de ponderação, segundo Alexy, se uma norma de direito fundamental colide com outro princípio em sentido oposto, deve-se sopesar os interesses em conflito para buscar a medida mais adequada, a fim de proporcionar equilíbrio entres os interesses opostos com menor prejuízo possível.

A decisão sobre habeas corpus na Guiné-Bissau, deve observar os fundamentos dessas três dimensões do princípio da proporcionalidade para salvaguardar o direito de ir e vir dos indivíduos que atual dogmática constitucional não ajuda, colocando dos indivíduos em causa num completo estado de vulnerabilidade, à revelia do valor que norteia o Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁰ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Princípio da proporcionalidade no direito penal**. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (ORG.). **Princípios penais constitucionais: direito e processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.204.

No que diz respeito à primeira dimensão, exige ao poder público que eleja medida que não ofenda ao direito fundamental, constata-se que, encaminhar o pedido de *habeas corpus* para outro tribunal próximo ou STJ, não é uma medida adequada do ponto de vista protetivo do direito fundamental em questão, razão pela qual deve ser vedada por não otimizar o direito de ir e vir dos cidadãos em prol do tribunal em que ocorreu a prisão.

Com relação à segunda dimensão da proporcionalidade, para restringir a liberdade de um cidadão deve ser observado se não existe outra medida que onere menos este direito, isto é, se a única medida necessária (entre as várias medidas necessárias existentes) para que o Estado atinja o fim almejado e, no caso da decisão de *habeas corpus*, é importante ponderar qual a ferramenta mais eficaz: se é o encaminhamento do pedido para outro tribunal mais próximo ou para STJ e decidir no órgão da região em que ocorreu a restrição da liberdade dos indivíduos, qual deles onere menos o direito fundamental em comento.

É obvio que, entre estas duas possibilidades, a última onera menos o direito sindicado, sendo mais preferível que a primeira - que é largamente desproporcional por demandar muito tempo, uma vez que instituto heroico é caracterizado pela celeridade. (economia processual e eficiência)

E por último, para proporcionalidade, em sentido estrito, devem-se ponderar dois interesses opostos. Primeiro é a norma do Estado que determina o procedimento demorado para proteger a liberdade do indivíduo - o *habeas corpus*, o outro é o direito fundamental do indivíduo que se vê muito onerado por este procedimento positivado pelo Estado em detrimento de outro que lhe oneraria menos (dar competência ao tribunal do local do fato). No caso em tela, têm-se dois interesses em conflito que devem ser sopesados para encontrar uma medida adequada que lese da menor forma possível o direito de liberdade do indivíduo.

Entre dois interesses acima citados, um oferece menor sacrifício ao direito fundamental porque, se o pedido de *habeas corpus* for decidido pelo tribunal do local do fato o procedimento seria mais célere e seria mais eficaz do ponto de vista de proteção do direito fundamental de ir e vir.

Habeas corpus é um remédio constitucional que se caracteriza pela sua celeridade, como se compreende do que foi exposto, a dogmática constitucional guineense não oferece esta característica que é inerente ao instituto heroico pelo que, a proteção de direito de locomoção dos indivíduos quando presos é deficiente porque, ficam mais tempo presos do que deveriam devido à lerdeza do procedimento que faz com que o Estado proteja menos o direito fundamental, ofendendo assim ao princípio de proibição de proteção deficiente.

3.5.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proibição da proteção deficiente traz a ideia de que, o Estado, no cumprimento da sua obrigação ou imperativo de tutela, com relação aos direitos fundamentais, não deve atuar abaixo do certo mínimo de proteção, Isto é, o raio de atuação estatal estaria sujeito aos limites superiores – proibição de excesso (*Übermassverbot*) e aos limites inferiores – proibição de insuficiência/deficiência (*untermassverbot*)²⁰¹.

Neste sentido leciona Paulo Gilberto Cogo Leivas,

A proibição de não suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar os limites mínimos. O Estado, portanto, está limitado por um lado, por meio de limites superiores de proibição de excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição de não-suficiência²⁰².

Estes limites são para manter equilíbrio na atuação do poder público, para que não seja deficiente na proteção dos direitos fundamentais, nem excessivo na restrição da liberdade dos indivíduos. Ressalta-se que os três poderes do Estado²⁰³ precisam observar a proibição de excesso – *Übermassverbot* e a proibição de proteção deficiente – *untermassverbot* no exercício das suas funções, pois, a eles são incumbidos a tarefa de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A elaboração dogmática da proibição da proteção deficiente, coube ao alemão Claus-Wilhelm Canaris²⁰⁴, adotada e disseminada pela doutrina majoritária do seu país, mas a sua notoriedade se deu com a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1993, num caso que envolveu o controle de constitucionalidade da 15ª lei de mudança do Direito Penal, que estabeleceu uma exclusão de antijuridicidade com relação ao aborto realizado até 12ª semana de gestação, contanto que a gestante queira interromper a gestação, ou seja, esteja acobertada por estado geral de necessidade²⁰⁵.

O Tribunal Constitucional Federal alemão²⁰⁶, firmou a sua decisão sob fundamento de que à vida intrauterina, tem dignidade humana, e não poder ser algo a ser deixado ao livre arbítrio da gestante, e por ser tratar de vida, a dignidade do nascituro faz jus à proteção estatal,

²⁰¹ ZOLLINGER, op. cit. p. 58.

²⁰² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006, p. 77.

²⁰³ ZOLLINGER, op. cit. p. 30. Cf. – também Van der Broecke, op. cit. p. 42.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ VAN DER BROECKE, op. cit. p. 63.

²⁰⁶ Ibidem, 64-65.

e que a lei de “doze semanas”, é deficiente, na medida em que coloca em disponibilidade da gestante um bem indisponível – a vida do nascituro.

Como nenhum direito é absoluto, o referido Tribunal ressaltou alguns casos em que não será proibida interrupção de gravidez, por exemplo, nos casos de aborto terapêutico, que visa salvar à vida da gestante e do aborto humanitário ou sentimental, conseqüente do crime de estupro. Estes abortos são típicos e jurídicos, pois, são previstos respectivamente no artigo 218, inciso I e II, do Código Penal Brasileiro.

O equilíbrio a que se propõem a proibição de proteção deficiente e a do excesso está atrelado ao princípio de proporcionalidade, na medida em que esta assume o papel instrumental na aplicação das normas restritivas dos direitos fundamentais, razão pela qual a sua inobservância resultará na violação da norma fundamental e, por conseguinte, da dignidade humana, que é o núcleo central de onde se derivam os valores básicos que sustentam o Estado civilizado – o Estado Democrático de Direito.

Daí se extrai a imperiosa necessidade de submeter toda atividade estatal ao critério do imperativo de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito, para que a intervenção do Estado, tanto para restringir a liberdade dos indivíduos, quanto para protegê-la, não extrapole os limites dos subprincípios componentes da proporcionalidade²⁰⁷.

Sobre o princípio de proporcionalidade, Robert Alexy, chama atenção alertando que, este princípio não deve ser confundido com a noção dos princípios como “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas²⁰⁸” que comportam sopesamento em caso da colisão. Alexy ressalta ainda que, as máximas parciais, isto é, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, não são sopesadas na hipótese de um conflito, elas são satisfeitas ou não satisfeitas, razão pela qual devem ser consideradas como regras²⁰⁹.

Mas Alexy fez uma ressalva admitindo que, pode haver sopesamento, quando há colisão entre a máxima de proporcionalidade em sentido estrito, com o princípio antagônico, se aquela for uma norma direito fundamental de caráter principiológica.

(...). A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando

²⁰⁷ É bom lembrar que os subprincípios componentes da proporcionalidade, são “os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito”. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2015, P. 117.

²⁰⁹. Idem. Cf. nota de rodapé nº. 84.

uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos (...), é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais²¹⁰.

Falando do sopesamento/ponderação dos princípios é importante trazer ao debate a posição de Humberto Ávila²¹¹, embora sem o fito de aprofundar o assunto para não fugir do escopo do presente trabalho. Ele sustenta que o entendimento de que os princípios são normas de elevado grau de abstração (destina-se a um número indeterminados de situações) e de generalidade (destina-se as pessoas indeterminadas), são características que permitem infiltrar a subjetividade do aplicador da lei, enquanto que as regras, que expressam quase nenhuma abstração (destina-se a um número quase determinado de situações), e a generalidade (também destinada quase a um determinado número de pessoas), oferecem uma restrita infiltração da subjetividade do intérprete, e que os princípios seriam alicerces, vigas-mestras ou valores do ordenamento jurídico, sobre qual irradiam os efeitos.

Para Ávila, esta distinção entre os princípios e regras, é fraca, visto que, tanto os princípios quanto as regras, têm a mesma propriedade, e que o modo de aplicação das espécies normativas (princípios e regras), seja por meio de ponderação ou de subsunção, não é plausível diferenciá-las, uma vez que, toda norma jurídica é aplicada mediante a ponderação e que as regras enquanto normas, não fogem deste modelo, isto é, são também ponderáveis²¹².

Robert Alexy, embora entenda que, as regras não são ponderáveis, deixa claro que tanto princípios quanto às regras são normas jurídicas, por expressarem o *deve ser*, também podem ser formulados pelas expressões deonticas básicas, isto é, do dever, da permissão e da proibição, porque ambos são motivos de juízos de dever ser, apesar de serem normas de espécies diferentes²¹³.

Uma das distinções que Alexy fez entre as regras e os princípios, é que estes, ordenam que algo seja feita em maior medida possível de dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; por serem *mandamentos de otimização*, justamente por poderem ser

²¹⁰ Idem, Ibidem. P. 117-118.

²¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 84.

²¹² Este entendimento de Humberto Ávila destoa-se com a posição defendida por Robert Alexy e Ronald Dworkin, que comungam entendimento de que a ponderação só se faz no caso da colisão entre os princípios ou entre as normas de caráter fundamental com o princípio antagônico. Cf. ALEXY, op. cit. p. 117.

²¹³ Alexy, op. cit. p. 87.

realizados em diversos graus, no sentido de que, a sua satisfação não está só dependente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. Diferente dos princípios, as regras, ou são satisfeitas, ou não são. Isto é, sendo válidas, exigem que se faça exatamente o que determinam, nem mais, nem menos e isso mostra que a distinção entre regras e princípios é qualitativa²¹⁴.

Nesta mesma esteira, Ricardo Maurício Freire Soares, sintetiza de forma nítida a visão de Alexy, ao afirmar:

Na visão de Alexy, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, deste modo, podem ser cumpridas ou descumpridas. A forma característica da aplicação das regras é a subsunção. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização do algo na maior medida possível, relativamente as possibilidades jurídicas e fáticas. As normas principiológicas figuram, por conseguinte, como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. A forma característica de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação²¹⁵.

Virgílio Afonso da Silva, corroborando entendimento esposado pelo Alexy, assim preleciona também:

Se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte. Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação de regras – dever-ser – cairia por terra²¹⁶.

No mesmo sentido, caminha Ronald Dworkin, que pondera que a diferença entre regras jurídicas e princípios é de natureza lógica, porque numa situação específica, ambos apontam para decisões particulares, todavia, diferenciam-se quanto à natureza da orientação que apresentam. “As regras são aplicáveis á maneira de tudo ou nada”, Isto é, ou uma regra é válida para um determinado fato que ela estipula, ou não vale²¹⁷.

Feita esta breve distinção entre os princípios e as regras baseado em Robert Alexy e Humberto Ávila, em que o primeiro entende que os princípios são sopesados e as regras não e o segundo sustenta que ambas são normas jurídicas passíveis de ponderação, cumpre destacar que, a posição aqui endossada quanto à ponderação é a de Robert Alexy, porque as características das regras por serem deterministas e fechadas inquinam a possibilidade do intérprete abstrair dos limites impostos pelas regras, para fazer uma ponderação diante de uma

²¹⁴ Alexy, *Ibidem*, p. 90-91. Sobre a solução do conflito entre as regras, Alexy afirma que deve se introduzir a cláusula de exceção que elimine o conflito, ou que umas regras seja declarada inválida. Cf. p.92.

²¹⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, 75.

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tirag. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 47.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

situação fática ajustada a uma determinada regra, enquanto que os princípios, por serem mais abertos, permitem esta possibilidade.

Voltando ao princípio da proporcionalidade, Mariângela destaca que a proporcionalidade acaba funcionando como verdadeira garantia aos direitos fundamentais, uma vez que, limita ou condiciona a intervenção estatal na esfera individual dos cidadãos.

(...). Neste sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessária tutela determinados bem jurídicos, e somente confere a legitimidade às intervenções que se mostrarem conforme aos seus ditames²¹⁸.

O dogma guineense constitucional e centralizante da competência do Supremo na apreciação da matéria do *habeas corpus* afronta o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente, e por ser um problema estrutural decorrente da própria Constituição, impossibilita a correção da deficiência, ou seja, a sua inefetividade pela via judicial, diferentemente da inefetividade contingente que é reparável pela intervenção judicial²¹⁹.

A inefetividade da norma é contingente quando é possível fazer uma reparação do ato violador de direitos e garantias através da intervenção do Poder Judiciário, e ela é estrutural, quando não há possibilidade de fazer esta reparação por meio da intervenção judiciária, mas somente por meio do Poder Legislativo, isto é, quando se constata que a omissão, só pode ser sanada pela instância legiferante que pode e deve fazer (legislar) para garantir a efetivação proteção do direito fundamental em causa²²⁰.

Ainda sobre o princípio da proibição da proteção deficiente, é importante trazer à baila a contribuição de Gilmar Mendes²²¹, segundo este notório jurista, a conduta estatal considerada deficiente por não proteger de forma adequada e eficiente um direito fundamental, não impede que a referida conduta seja considerada desproporcional e deficiente do ponto de vista metodológico.

Os princípios são sem sombra de dúvida, melhores mecanismos jurídicos, para a efetivação dos direitos fundamentais, por isso, é imprescindível lançar mão a eles (os princípios), porque por serem mais abstratos, oferecem maior abertura e articulação ao intérprete, permitindo assim a melhor proteção aos direitos fundamentais, diferentemente das

²¹⁸ Mariângela Gama. Op. cit. p. 59.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 115.

²²⁰ Idem.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364-367.

regras que não oferecem margens de articulação, por serem rígidas e fechadas, impossibilitando muitas das vezes a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

É através da utilização dos princípios, que se pode otimizar a realização dos direitos básicos dos cidadãos que o estrito positivismo ou legalismo das regras. O Supremo Tribunal Federal, na Reclamação constitucional **4374**, valendo-se do princípio da proibição da proteção insuficiente, considerou inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 20, da Lei 8742/93 – LOAS²²² que considera incapaz, a pessoa deficiente ou idosa, ou a família cuja renda *per capita* é inferior a ¼ de salário mínimo, por entender que a referida lei viola o princípio de proibição de proteção insuficiente, visto que, por um critério matemático (regra rígida e fechada), inquina a efetivação do direito fundamental prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Segundo a regra prevista no parágrafo 3º do artigo citado, uma família de quatro pessoas, que tenha a renda mensal de um salário mínimo, não fará jus ao benefício de assistência social, mesmo que, um deles seja idoso, outro deficiente e outros menores incapazes, porque matematicamente não preenchem o requisito legal para fruir do benefício.

Apesar de não preencher o requisito legal, está patente que a família referenciada é carente e as suas necessidades fazem-na digna do benefício de assistência social. É neste sentido que o Supremo, sob relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Reclamação constitucional 4374/2013, promovida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, contra Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, que havia concedido o benefício ao necessitado (um trabalhador rural do Estado de Pernambuco), por entender que, embora o necessitado não preencha requisito legal exigido, faz jus ao benefício, pela real miserabilidade social que vive/enfrenta²²³.

É importante observar que a decisão mencionada foi a virada do entendimento do Supremo Tribunal Federal, porque, quando apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – *ADI 1.232-1/DF* em 1998, declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei

²²² A Lei Orgânica da Assistência Social, no art. 20, § 3º, dispõe o seguinte: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. Vale ressaltar que esta lei regulamentou o art. 203, V da Constituição da República Federativa do Brasil.

²²³ Cf. a decisão do Supremo Tribunal Federal e da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 10 out. 2017. A segunda Turma do Supremo, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, também já decidiu no mesmo sentido no HC. 82.969/ 2003. Cf. – FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 188.

8742/1993²²⁴, possivelmente porque os seus integrantes, estavam talvez presos às regras, pois, elas não oferecem muita mobilidade ao aplicador da lei.

Isto ressalta a importância dos princípios na proteção dos direitos fundamentais. Para além, as normas jurídicas precisam ser interpretadas para atingir a finalidade a que se destinam, (proteção aos direitos fundamentais) o que as regras, pelas suas características rígidas, fechadas e objetivas, muitas vezes não facilitam.

Destarte, no caso da família citada, o critério matemático em que se funda a LOAS não observa o subprincípio da necessidade por não proteger, suficientemente, o direito da família, também não é um meio adequado porque onera seu direito fundamental e, por último, sopesando o interesse do Estado em querer assistir pessoas hipossuficientes usando critérios matemáticos e a dignidade da família, que apesar de, matematicamente, estar fora do critério, afere-se que o critério elegido pelo Estado através de LOAS é desproporcional, pois fere a dignidade da pessoa humana, por proteger deficientemente o direito fundamental de assistência ao desamparado²²⁵.

3.5.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Falar do devido processo legal é pressuposto lógico do princípio da legalidade, porque o *Due Process of Law* é um desdobramento deste, na medida em que consagra que atos processuais devem observar à lei sob pena de ilegalidade.

Segundo Fernando Capez²²⁶, o princípio da legalidade consiste na vinculação dos órgãos estatais incumbidos de persecução penal – instaurarem os processos ou inquéritos, ou de qualquer ato vinculativo, sendo-lhes vedado o uso dos poderes discricionários²²⁷ para apreciar a conveniência e oportunidade.

O devido processo legal teve a sua origem na *Magna Carta Libertatum* de 21 de junho de 1215, outorgada por John Lack Land – João Sem Terra, sob pressão dos barões

²²⁴ Idem.

²²⁵ Art. 6º da Cf. “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso do processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73.

²²⁷ Por poder discricionário entende-se como aquele que a lei concede à Administração Pública, tanto de forma expressa ou tácita, para realização de alguns atos administrativos, com a uma certa faculdade de escolha segundo os critérios de conveniência e oportunidade, da própria autoridade administrativa, respeitando os parâmetros legais, uma vez que, estes critérios não têm uma definição na lei.

revoltados e apoiados pela burguesia da cidade de Londres²²⁸. O documento consagrou os direitos básicos dos súditos face à arbitrariedade do monarca, exigindo observação dos requisitos previstos no item 39 da *Magna Carta*²²⁹, para que se possa restringir a liberdade de um homem livre²³⁰, que seria julgado pelos seus pares e conforme a lei da terra – *Law of the Land*.

Law of the Land era uma cláusula da *Magna Carta* que depois se transformou em *Due Process of Law*, no reinado de Eduardo II, em 1354²³¹. Os americanos, por sua vez, optaram pela expressão *Due Process*, em vez da tradicional *Law of the Land*. As emendas nº. 5 e nº14 à Constituição dos Estados Unidos²³² exigem que seja observado o *Due process of Law*, nos atos que venham a privar da vida, restringir a liberdade ou propriedade, de alguém.

Depois da *Magna Carta Libertatum*, surgiram outros documentos importantes, como *Petition of Rights* de sete de junho 1628, que exige o consentimento na tributação, julgamentos pelos pares nos casos de restrição da liberdade de locomoção ou da propriedade, proibição de detenções arbitrárias, e *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, que de forma especial, preocupa-se com a independência do parlamento e, conseqüentemente, de separação dos poderes²³³, enfraquecendo, assim, a absoluta soberania do monarca, que se vê limitado diante de outros poderes emergentes.

Daí teve início a ideia de “Separação do Poder”, defendida na antiguidade por Aristóteles²³⁴ na sua obra “política”, cujo objetivo principal é a contenção do poder, através da sua distribuição para outros órgãos (judiciário e legislativo), visto que, a sua concentração causou o seu mau uso, que acabou desdobrando em abusos, arbitrariedade e, conseqüentemente, em violação dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Conforme

²²⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos fundamentais**. 9ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2007.

²²⁹ Item 39 “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”. Cf. TORON, Op. cit. p. 37, nota de rodapé nº 3.

²³⁰ Como já foi mencionado no capítulo anterior, as prerrogativas aqui aludidas, não atingiam a todos os súditos do reino, porque só os homens livres tinham este privilégio. Os escravos não tinham estes direitos e a restrição da sua liberdade fica à discrição dos seus donos.

²³¹ EDUARDO, Appio. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008, p. 117. “a clausula do devido processo legal estava escrita em latim para que poucos pudessem invocá-la, e primitivamente tinha o nome de *Law of the land*. Somente no reinado do inglês Eduardo II, em 1354, a cláusula foi expressamente escrita em inglês como *Due process of Law*, quando passou a fazer parte do Estatuto das Liberdades de Londres”. – Cf. nota de rodapé nº 5, da mesma página.

²³² Ibidem, p. 125-126.

²³³ FERREIRA FILHO, op. cit. p. 12.

²³⁴ CUNHA JÚNIOR, Op. cit. p. 1018.

proclamou John Emerich Edward Dalberg, historiador britânico conhecido por Lord Acton, que “o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”²³⁵.

Mais tarde em 1690, o filósofo inglês John Locke na sua grande obra intitulada *Two Treatises of Government* – O segundo tratado do governo civil, na qual defendeu a liberdade política, criticando de forma veemente o absolutismo real, depois veio o francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Montesquieu, inspirado em Locke, na sua célebre obra *De l'esprit des lois* – O Espírito das leis, afirma que o homem investido de poder tem a tendência de usá-lo de forma abusiva, até que outro poder o limite, ou seja, o poder limita o poder – *Le pouvoir arrête Le pouvoir*, sustentando a ideia dos três poderes estatais, a saber: legislativo, executivo e judiciário, que servem, respectivamente, para legislar, administrar e julgar²³⁶. Ressalta que para que haja exercício das liberdades políticas, é imperioso que se separem os poderes.

Ainda sobre a separação dos poderes, Alexandre de Moraes pondera com maior exatidão dizendo:

“(…) a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal²³⁷”.

A separação dos poderes, do ponto de vista da proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, joga um papel importantíssimo, porque com a distribuição dos poderes para diferentes órgãos do Estado, limita o superpoder que estava concentrado na mão de uma única pessoa – o monarca, e de forma reflexiva, dá abertura aos direitos individuais.

²³⁵ Cf. Wikipédia. **John dalberg-acton, 1.º barão acton.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Dalberg-Acton,_1.º_C2%BA_Bar%C3%A3o_Acton#cite_note-2>. Acesso em: 13 out. 2017. – “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely in such manner that great men are almost always bad men.” O poder tende a corromper, e poder absolutamente assim, os grandes homens são quase sempre maus homens (tradução do autor). Esta ideia está na mesma linha com o pensamento do Montesquieu desenvolveu depois no seu famoso livro o Espírito das Leis, referenciado abaixo.

²³⁶ Dirley da Cunha, idem, ibidem. P. 1018-1019.

²³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385

Como destaca Dirley²³⁸, “a separação dos poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder Político”.

A separação dos poderes se transformou em um princípio basilar da organização política dos Estados Modernos, por exemplo, do Brasil²³⁹, da Guiné-Bissau²⁴⁰, etc., como forma de evitar a concentração do poder num único órgão, como alertaram Lord Acton, Locke e Montesquieu, e dar mais azo à liberdade do indivíduo, como direito indispensável para a sua realização pessoal.

Paulo Bonavides²⁴¹ pondera que coube a Montesquieu o mérito de dar a doutrina de separação de poderes uma fórmula mais acabada nos momentos áureos do constitucionalismo clássico, embora hoje conte reformulações bancadas pela teoria política do constitucionalismo democrático, que, todavia, reconhece o seu mérito e a sua importância histórica.

Ainda segundo Bonavides:

A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria liberdade. Fazia-se mister contrapor a onipotência do rei um sistema infalível de garantias. Essa doutrina é, como se vê, o termômetro das tendências antiabsolutistas. Segundo Gierke, o constitucionalismo trouxe inicialmente consigo, durante os combates a favor dos direitos do povo, o enfraquecimento e a desintegração da doutrina da soberania²⁴².

Com a diluição do poder do rei para outros órgãos da soberania conjugado com a limitação do poder estatal que o constitucionalismo impõe, iniciou-se assim a construção do edifício de um Estado Democrático, que respeita os direitos dos cidadãos que já só podem ser limitados por meio de um devido processo legal.

Entretanto, era quase que impossível (para não se dizer absolutamente impossível) pensar no devido processo legal num Estado Absoluto, em que a lei se confunde com a vontade do monarca, os procedimentos judiciais, não têm um rito claro e predefinido, as liberdades das pessoas estão à mercê do bom humor do monarca ou ao sabor dos ventos, sem mínimo respeito para com os direitos dos indivíduos.

Segundo Pablo Hernandez Romo Valencia, o devido processo legal é entendido como “conjunto de condições e requisitos de caráter jurídico e processual que são necessários

²³⁸ Dirley, op. cit. 1019.

²³⁹ Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁴⁰ Art. 59, nº. 2, da Constituição da República “A organização do poder político baseia-se na separação e independência dos órgãos de soberania e na subordinação de todos eles à Constituição”.

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores; 2007. P. 44.

²⁴² *Ibidem*, p. 45.

para poder afetar legalmente os direitos dos governados”. Assevera ainda que o devido processo legal é também conhecido como uma garantia de direito de defesa, prevista na Constituição²⁴³. Esta garantia é a segurança que o cidadão tem de que, qualquer processo contra a sua pessoa, deverá obedecer aos parâmetros legais previstos antes que lhe seja atingido um direito seu, ou seja, qualquer procedimento fora desse parâmetro dá-lhe direito de apelar para a via legal.

A Constituição da República da Guiné-Bissau (1984) consagra no n.º. 2, do art. 41, o devido processo legal, vedando a condenação ou qualquer outro tipo de punição, se não em virtude de lei. Na Constituição brasileira, o devido processo legal está plasmado no inciso LIV, e proclama: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, pode-se concluir que o devido processo legal é nada mais nada menos do que uma garantia constitucional do cidadão que objetiva protegê-lo dos riscos que um procedimento ilegal poderia lhe acarretar.

Segundo Tourinho Filho, o princípio do devido processo legal foi erigido à categoria de dogma constitucional, pela sua expressa previsão na Constituição Federal²⁴⁴, e, Couture, citado por ele, assim o define: “*Due Process of Law* consiste no direito da pessoa não ser privada da sua liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei²⁴⁵”.

Víctor Manuel Rodríguez Rescia²⁴⁶ ressalta que, o devido processo legal, na qualidade do direito de defesa processual, é uma garantia processual que deve ser respeitada em qualquer processo, compreendido como atividade complexa, progressiva e metódica, que se materializa segundo as leis preestabelecidas, seja ele civil, penal, administrativo, etc., uma vez que, busca confirmar a realidade e a correta aplicação das leis dentro de um parâmetro mínimo que respeite à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o devido processo legal pode ser compreendido como princípio reitor de todo arcabouço jurídico processual, do qual derivam os demais princípios²⁴⁷. Porque, sem a devida observância ao *Due Process of Law*, outros princípios como: princípio do

²⁴³ ROMO VALENCIA, Pablo Hernandez. **Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad:** aproximación de la realidad penal Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/view/2569/2421>> Acesso em: 13 out. 2017.

²⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual do processo penal.** 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. **El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>> Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 10ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 3.

contraditório, da ampla defesa, da verdade real, do juiz natural e promotor natural, da presunção de inocência, etc., serão afrontados, visto que, todos eles ganham a validade nele por serem seus derivados, pois ele se funda na dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, vários tratados consagram o princípio do devido processo legal, como pressuposto para restringir a liberdade de alguém. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 10 e 11²⁴⁸; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14²⁴⁹; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8, nº 1²⁵⁰; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigos. XVII e XXVI (18 e 26); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, art. 6²⁵¹; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6²⁵² etc., tudo isso, alusivo à dignidade da pessoa humana, que é a base sobre a qual se assenta a moderna democracia.

É importante destacar que estes diplomas internacionais foram fontes inspiradoras do direito interno, porque depois das declarações e pactos sobre os direitos humanos, os países começaram a incorporá-las nas suas Cartas Políticas, procurando assim firmar uma eficácia protetiva aos direitos fundamentais. Embora alguns o façam para agradar a comunidade internacional, fazendo os respectivos dispositivos letras mortas em suas constituições.

²⁴⁸ Artigo 10º “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. Artigo 11º 1. “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **A declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 15 out. 2017.

²⁴⁹ Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. [...]. Cf. BRASIL, Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html> Acesso em: 15 out. 2017.

²⁵⁰ Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **declaração americana dos direitos e deveres do homem**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

²⁵¹ Artigo, 6º “Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser privado da sua liberdade salvo por motivos e nas condições previamente determinados pela lei. Em particular, ninguém pode ser preso ou detido arbitrariamente”. Cf. COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>> Acesso em: 15 out. 2017.

²⁵² Art. 6, nº. 1. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. [...] Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção europeia dos direitos do homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 15 out. 2017.

Mas o que se pode esperar dessas sociedades é o seu amadurecimento com o tempo, para disseminar dentro da comunidade os valores éticos de forma gradual, através de um processo de aculturação dos seus membros sobre esses valores, para que em médio ou longo prazo possam se sedimentar no seio da sociedade, a fim de que a bandeira da dignidade humana seja erguida por todos.

3.6 A ARBITRARIEDADE OU ILEGALIDADE NA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DE IR E VIR.

Há valores que são sagrados ao homem, por se identificarem com a sua natureza. A liberdade é um desses valores. É dela que não se deve privar ao homem de forma trivial, porque é através da liberdade que o ser humano consegue se realizar, isto é, correr atrás dos seus afazeres (trabalhar, estudar, etc.), pelo que privá-lo dela, não deve ser por meros motivos subjetivos de quem pode, mas sim por motivos e fundamentos plausíveis previstos em lei.

No Estado Democrático de Direito, há regras e princípios a serem observados. Conforme preleciona Eduardo Appio²⁵³, deve-se observar o devido processo legal, em qualquer ato ou procedimento que visa restringir o direito à liberdade, à vida, e à propriedade dos cidadãos.

O abuso de poder é uma exceção no Estado Democrático de Direito, e é regra no Estado autocrático ou ditatorial, pois, neste, os direitos dos cidadãos estão à mercê da vontade do ditador, sem nenhuma garantia protetiva.

No Estado Absoluto, igual ao idealizado por Hobbes, não há nada externo que limite o poder do ‘soberano’, este só tem limite na sua própria vontade. Isto é, quando quiser e entender, pode fazer o que lhe apetece, pois, acima dela ou fora dela, não existe nada que lhe sirva de limite para suas ações. Diferentemente, no Estado Democrático de Direito, os órgãos públicos (particulares também) estão subordinados ao império da lei – *rule of law*, e são responsabilizados pelo abuso ou excesso do poder.

Na Guiné-Bissau, não é raro ver e ouvir, apreensão e violência física, perpetradas pelos dos agentes da força de segurança contra os cidadãos, tudo isso à revelia dos direitos garantidos em leis e na Constituição da República. Parece que, não se pode processar ou responsabilizar alguém por vias legais, sem que lhe restrinjam a liberdade ou lhe agridam fisicamente.

²⁵³ APPIO, op. cit. p. 138.

Recentemente (18 de junho de 2017) ocorreu um fato vergonhoso, em que foi detido sem nenhuma ordem judicial, o senhor Francisco Conduto de Pina, pelo simples fato de contestar a construção de uma obra pública (instalação da sede da Polícia Judiciária - PJ) numa rua, na cidade de Bubaque²⁵⁴, região que representa como deputado da nação vitalício. A sua advogada também foi alvo agressões físicas e insultos por parte dos agentes da PJ em Bissau, onde estava recolhido o conduto de Pina²⁵⁵.

A Guiné-Bissau, constitucionalmente é um Estado Democrático de Direito, com garantias legais para assegurar os direitos aos cidadãos, isto é, como ordena os princípios do Estado democrático, deve-se observar sempre o devido processo legal, antes que se restrinja a liberdade de um cidadão. Mas tendo em conta a fragilidade das instituições públicas, que não conseguem fazer com que a lei seja observada, permite que a ilegalidade e arbitrariedade²⁵⁶, reinem no lugar em que deveria reinar a legalidade.

Na Guiné-Bissau, a violação dos direitos fundamentais é frequente, pois, é recorrente ver e ouvir os atos de ilegalidade e de abuso do poder por parte das autoridades. Parece até que não se consegue mais processar o cidadão sem que lhe restrinja a sua liberdade de locomoção.

As prisões e detenções ilegais apesar de serem proibidas por lei estão sempre presentes no cotidiano guineense, conforme é relata o Relatório dos Direitos Humanos na Guiné-Bissau, produzido pelo Gabinete Integrado das Nações Unidas para consolidação da paz na Guiné-Bissau - UNIOGBIS em 2012²⁵⁷.

A Constituição e a lei proíbem prisões e detenções arbitrarias e o governo, de modo geral, observou tais proibições. No entanto, as forças de segurança prenderam indivíduos arbitrariamente e estiveram envolvidas na resolução de disputas pessoais, por vezes prendendo pessoas sem o devido processo legal.

(...). A lei exige mandados de captura embora ocorrido com frequência prisões sem mandados, sobretudo de imigrantes suspeitos de crime. A lei requer que os detidos compareçam perante um magistrado no prazo de 48 horas após a detenção e que sejam libertados se não for apresentada uma acusação atempada; contudo, as autoridades nem sempre respeitaram estes direitos. (...).

²⁵⁴ Bubaque é uma cidade da região de Bolama, composto por arquipélago.

²⁵⁵ CONOSABA. **Advogada de conduto pina expulsada na pj e carlos correia considera detenção de manecas de arbitrária**. Disponível em: <<http://conosaba.blogspot.com.br/2017/06/advogada-de-conduto-pina-expulsada-na.html>> Acesso em: 07 nov. 2017.

²⁵⁶ Conforme De Plácido e Silva, a arbitrariedade é executar um ato à revelia da lei, ou, de forma manifestamente inconstitucional pela autoridade constituída, que venha ameaçar ou violar direitos assegurados em lei. Op. cit. p. 130.

²⁵⁷ UNIOGBIS - United Nations Integrated Peacebuilding Office in Guinea-Bissau. Relatório dos Direitos Humanos na Guiné-Bissau. Disponível em: https://photos.state.gov/libraries/senegal/323264/pdf/hhr-2012_gb_pt.pdf. Acesso em 12 de Mar. de 2015.

Esses abusos de poder²⁵⁸, que se verificam naquele país, são resquícios deixados pelo poder colonial, herdado pelo regime do partido único – PAIGC, que, como foi frisado no primeiro capítulo, violou vergonhosamente os direitos fundamentais através das medidas de exceção, que eram impostas contra todos. Assim, os onze anos de luta da libertação nacional contra o colonialismo português, não lhe trouxe a liberdade plena, ao povo guineense, o que aconteceu foi à mudança dos atores políticos.

Com abertura democrática no país, em 1991, que, por consequência lógica, introduziu o multipartidarismo, e, desde 1994, época em que foram realizadas as primeiras eleições democráticas, até hoje, nenhum governo terminou a sua legislatura (quatro anos), e nenhum Presidente da República também terminou o seu mandato (cinco anos), devido às cíclicas quedas de governo e golpes de Estado, respectivamente, que os interrompem.

Estes acontecimentos enfraquecem as instituições estatais, atrasam o desenvolvimento do país, que sempre ocupa últimas posições no ranking de desenvolvimento na subregião (África ocidental), nos Países Africanos da Língua Oficial Portuguesa (PALOP)²⁵⁹, e, na Comunidade dos Países da Língua Portuguesa (CPLP)²⁶⁰.

Tudo isso, leva a questionar a “democracia” que foi transplantada de Europa para Guiné-Bissau, sem os devidos ajustes, considerando que o país é composto por vários grupos étnicos com culturas e políticas diferentes, considerando também que quase a metade da população não tem acesso à educação. Talvez isso seja uma das causas dos cíclicos episódios (abuso do poder, violação dos direitos fundamentais, quedas de governos e golpes de Estado) que marcam o Estado guineense.

O mau funcionamento das instituições públicas (Executivo, Legislativo e Judiciário) de um país, desdobra na ilegalidade, na arbitrariedade, no abuso de poder etc., que culminam em violação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade humana, que é o valor fontal dos direitos humanos e do próprio Estado Democrático de Direito.

3.7 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

²⁵⁸ Conforme Hely Lopes Meirelles, o abuso do poder ocorre quando a autoridade pratica um ato da sua competência, fora dos limites das suas atribuições, isto é, fora da finalidade administrativa. Cf. – MEIRELLES, Lopes Hely. et al. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 121.

²⁵⁹ Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique São Tome e Príncipe e a Guiné Equatorial que recentemente adotou a língua portuguesa como uma de suas línguas oficiais.

²⁶⁰ Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tome e Príncipe, Timor Leste, Portugal, e a Guiné Equatorial, o membro mais recente na comunidade, que foi admitido em 24 de julho de 2014.

O ser humano ao nascer, traz consigo a plenitude dos seus atributos e direitos, por isso, pode-se afirmar que nasce completo e a sociedade não lhe acrescenta nada, salvo a formação do seu caráter através da educação, regras de condutas e valores sociais, que regem a vida em cada sociedade humana. A dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao ser humano e independe da criação social, pois, é a fonte da qual derivam os demais direitos humanos e arcabouço em que se esteiam.

Etimologicamente a palavra dignidade provém do latim: *dignitas* (virtude, honra, consideração), e, juridicamente, compreende-se como a distinção ou honra conferida a uma pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público²⁶¹. O sentido da dignidade que se quer destacar aqui, não é o jurídico que como se compreende que este carrega a ideia de mérito atribuído a uma pessoa por ter feito algo de valor notório na sociedade, mas sim o sentido etimológico da palavra, independentemente, de qualquer mérito pessoal, porque a dignidade humana transcende os conceitos de homem bom ou homem mau. A pessoa poder ser ladra, assassina, honesta ou filantrópica, isso não lhe tira e nem lhe dá a dignidade, porque a dignidade humana lhe é um valor endógeno.

Maurício Antonia Ribeiro Lopes leciona que, a origem da dignidade da pessoa humana, remonta-se na filosofia kantiana, que sustenta que toda pessoa humana é um fim em si mesma e que ninguém deve ser usado como meio para satisfazer interesse alheio, porque toda pessoa tem mérito em si mesma²⁶². O substrato da ideia kantiana sobre este assunto é de que o ser humano merece respeito e consideração não devendo ser utilizado como instrumento para adquirir algo e nem atingir um *status* social.

Fábio Comparato, citado por Ricardo Maurício, sustenta que a totalidade dos valores humanos estão reunidos no paradigma da pessoa humana, na qualidade do supremo critério axiológico norteador da vida humana em sociedade. O autor ressalta que os valores éticos, não são concebidos de uma vez e de forma acabada pelo homem, mas se revelam, vagorosamente, ao longo do tempo, e, vão se concretizando, ininterruptamente, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas²⁶³.

J. J. Gomes Canotilho²⁶⁴ leciona que da dignidade da pessoa humana, firmou-se como princípio do constitucionalismo ocidental, quando o ser humano ganhou significado

²⁶¹SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico/ autorizadores**: Nagib Slaibi Filho e Glauca carvalho. Rio de Janeiro, 2005, p. 458.

²⁶² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Dignidade da pessoa humana**: estudo de um caso. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v, 758, nº 87, dez. 1998, p. 113.

²⁶³ FREIRE, op. cit. p. 58-59.

²⁶⁴ FREIRE, ibidem, p. 50.

expressivo na constituição do Estado, sendo limite do exercício do poder político diferentemente das bárbaras experiências históricas em que foi dizimado (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídio étnico), e hoje ela é reconhecida fundamento do Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que, a positivação da dignidade da pessoa humana no ordenamento dos Estados Nacionais, é precedida de declarações universais²⁶⁵ dos direitos humanos, que eram meras aspirações ou valores éticos universais sugeridos pela comunidade internacional que se tornaram valores jurídicos deônticos com a sua incorporação nos ordenamentos interno dos Estados.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, declara de forma expressa que todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e da consciência, e que se devem relacionar com base em um espírito de fraternidade. O espírito fraterno, funda-se no respeito recíproco, no tratamento igual entre as pessoas, considerando que todos têm dignidade, independentemente, do estado em que se encontrem ou *status* que ostentem.

O que é certo e não constitui mais dúvida a ninguém, é que a dignidade da pessoa humana por força de neoconstitucionalismo que se consolida com afirmação do Estado Democrático de Direito, tornou-se (não por criação, mas por reconhecimento) um valor deôntico das sociedades civilizadas, visto que, em torno dele valorizam-se os direitos fundamentais, isto é, impõem dever jurídico ao seu destinatário²⁶⁶ que deve providenciar meios necessários para sua efetivação em prol do seu titular.

Segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes, as principais temáticas das constituições contemporâneas consagram os valores como a igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana dentre outros valores incontestáveis, sob uma pretensão de possível universalidade radicada na eticidade do seu postulado²⁶⁷.

Da mesma forma afirma Edilson Pereira Nobre Junior que:

O postulado da dignidade humana em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado quanto ao campo da sua atuação unanimidade entre os

²⁶⁵ A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789; A Declaração Universal dos Direito Humanos, de 1948; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; etc.

²⁶⁶ Neste sentido leciona Van Der Broocke. “O destinatário da norma constitucional fundamental é Estado, que deverá orientar meios materiais necessários para garantir eficácia aos direitos fundamentais de que o titular é indivíduo”. Cf. VAN DER BROOCKE, op. cit. p. 20.

²⁶⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Dignidade da pessoa humana**: estudo de um caso. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v, 758, nº 87, dez. 1998, p. 112-113.

autores, muito embora se deva de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares²⁶⁸.

Ora a questão que não quer calar é a seguinte: a dignidade da pessoa humana é uma regra, um princípio ou é um postulado normativo? Esta pergunta remete a uma discussão sobre a natureza jurídica da dignidade da pessoa, uma vez que alguns a chamam de postulado e outros de princípio. A intenção aqui não é aprofundar a discussão sobre a sua natureza, mas é de exprimir o que se entende que ele é, respeitando, contudo, a posição dos “grandes”.

Se se entender que a dignidade da pessoa humana é uma regra, isso significa que se ela se submete a cláusula de exceção (pode sair como válida ou inválida) ou, a regra de tudo ou nada, como sustenta Dworkin, caso entre em colisão com outra regra do direito fundamental, em outras palavras, ela pode ganhar ou perder, o que não parece razoável, uma vez que se entende que ela é a fonte de onde nascem os demais direitos fundamentais.

Segundo Alexy, “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida²⁶⁹”. A dignidade da pessoa humana não é digna de ser rebaixada a este nível de tratamento, por ser valor inspirador das regras e dos princípios.

Entende-se também que, não é plausível submetê-la ao processo de ponderação/sopesamento como se faz com os princípios, porque a ponderação é feita entre os princípios, o que não é o caso da dignidade da pessoa humana, aqui entendida como valor supremo do homem e das sociedades democráticas, que são construídas sob sua inspiração, pois, é dela que se irradiam os direitos fundamentais.

Assim, a dignidade da pessoa humana se enquadra no conceito de postulados delineado por Saulo José Casali Bahia, que assim os define:

Postulados, ao seu turno, orienta a discussão jurídica, mas não possuem qualquer conteúdo material de valor, não se sujeitando a ponderação e nem ao eventual abandono em caso de conflito. São constantes ou metanormas, e seus exemplos são a regra da proporcionalidade ou necessidade, no plano lógico, do respeito à identidade ou de tratar igualmente aos iguais (*igualdade formal abstrata*)²⁷⁰.

²⁶⁸ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: **Revista dos tribunais**, v. 777, nº 89, julho.2000, 474.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

²⁷⁰ BAHIA, Saulo José Casali. **A igualdade como direito fundamental**. In: CRUZ, A. C. (Org.); SARMENTO. George (Org.); Matos, Taysa. A (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais: Estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

Os postulados conforme leciona Ávila²⁷¹, são normas que norteiam aplicação dos princípios e das regras. Por isso, funcionam de diferentemente deste (regras e princípios), pois, situam-se no nível díspar ao dos princípios e das regras, que são objetos de aplicação, enquanto os postulados se destinam aos intérpretes e aplicadores do direito.

Ávila remata que postulados normativos são deveres de segundo grau que estabelecem as estruturas de aplicação de princípios e regras, que não devem ser chamados de princípios, pois, confundiria mais do que esclareceria a diferença existente entre eles²⁷². Cumpre ressaltar que este autor entende que a dignidade da pessoa humana é um princípio.

O que se pretende demonstrar aqui é que a dignidade da pessoa humana, não é uma regra porque, não se submete a regra de tudo ou nada, não é o princípio, porque o sopesamento se faz entre coisas equivalentes (entre os princípios), mas ele é um valor comparado ao postulado normativo, no sentido de que é o núcleo central do qual irradiam os direitos fundamentais, servindo da principal linha condutora de aplicação das normas jurídicas.

A dignidade da pessoa humana, além de ser um valor que dita os critérios de aplicação das normas jurídicas, é a seiva que alimenta e dá fundamento aos direitos fundamentais, visto que, a violação de qualquer geração/dimensão dos direitos fundamentais, reflete mediatamente na violação da dignidade da pessoa humana, porque todos se fundam nela.

Assim, a proteção deficiente da liberdade de ir e vir, oferecida pela dogmática constitucional guineense já aludida no item anterior, viola a dignidade da pessoa humana e conseqüentemente viola o núcleo axiológico do constitucionalismo que dá legitimidade a República da Guiné-Bissau.

Marcelo Novelino, para ressaltar a essencialidade da dignidade da pessoa humana, na construção do Estado Democrático de Direito, ensina o seguinte:

(...) a dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das

²⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 122.

²⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88-89.

normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular²⁷³.

Luigi Ferrajoli²⁷⁴ estabeleceu quatro critérios axiológicos que podem ser usados para classificar os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz.

a) O autor começa com a contraposição entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais, do valor relativo e valor intrínseco, do que é disponível e do que é indisponível, e, valendo-se da oposição kantiana do aquilo que tem preço e do que não o tem, e não pode ser trocado a título de equivalente com qualquer outra coisa, quer dizer, o que não admite equivalente, é aquilo que tem a dignidade, e é o fim em si mesmo, com valor intrínseco absoluto. Conclui que o homem está acima de qualquer preço, por isso deve ser protegido, não podendo ser usado como fim para atingir interesses alheios e nem os seus próprios interesses.

b) Quanto ao segundo critério, destaca que é a dignidade que nas relações interpessoais, cada um se sente ou se estima igual ao outro, e a garantias dos direitos sociais e as liberdades são assegurados a todos de forma igual, sem qualquer distinção, com objetivo de atenuar as desigualdades e firmar a dignidade.

c) O terceiro é a lei de proteção do mais fraco contra a lei do mais forte, e que os direitos fundamentais, são escudos dos mais fracos, como os de trabalhadores, das mulheres, da liberdade religiosa, de consciência e tolerância à diferença de identidade, enfim, libertação do mais fraco contra toda forma opressiva seja ela religiosa ou política, para que seja dono do sua vontade e consciência.

d) O ultimo critério axiológico é a paz, e para que haja paz, é *conditio sine qua non*, respeitar os direitos fundamentais como o direito à vida, integridade pessoal, direitos civis e políticos direitos sociais à sobrevivência, enfim, todas as garantias que vedam as formas opressivas que os mais fortes infligem aos mais fracos. A garantia dos direitos fundamentais depende da paz e garante a paz, porque, a sua violação pode trazer revoltas e revoluções que podem agitar a paz.

Mas o que se quer sacar na verdade destes critérios axiológicos ferrajolianos, é o atributo de inestimável, de indisponível, de inigualável e do valor absoluto atribuído à

²⁷³ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, 380.

²⁷⁴ FERRAJOLI, op. cit. p. 104-108.

dignidade humana, por ser um valor fontal de todos outros direitos do homem, pois, é dele que brota a seiva que nutre os direitos humanos.

Neste sentido, um Estado Democrático de Direito deve fazer da dignidade da pessoa humana, norte do seu programa, da sua política de governo, na proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, pois, só observando estes direitos, bem como criando mecanismos que permitam a sua proteção de forma eficaz é que as suas atividades poderão ser consideradas legítimas.

Porque, a dignidade humana é tida como fonte ou raiz que sustenta toda sistemática de proteção dos *direitos humanos fundamentais*, que segundo Alexandre de Moraes é conjunto institucionalizado de direitos e garantias do homem que tem por escopo reverência à dignidade, protegendo-a contra abuso do poder Estado e o estabelecimento os parâmetros básicos de vida e do desenvolvimento da personalidade humana²⁷⁵.

Assim, todo Estado Democrático de Direito, que não observe ou não crie mecanismos que ofereçam boa e rápida proteção aos direitos fundamentais estará violando a dignidade humana e, conseqüentemente, a razão da sua existência, porque o fundamento do Estado, assim apelidado, é o ser humano e a sua dignidade.

3.7.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SUA DIMENSÃO PROTETIVA.

A proteção dos direitos do homem e a dignidade da pessoa humana, já não se circundam apenas aos mecanismos protetivos internos – dos Estados, mas também aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos tutelados pelas organizações internacionais e pelas organizações regionais que se pautam para este fim.

Hodiernamente, a proteção dos direitos humanos transcendem os limites nacionais, porque o homem não é tido mais como um indivíduo simplesmente nacional, mas sim como um indivíduo com a personalidade internacional, digno da proteção internacional por parte dos organismos deste nível. Neste sentido Hidelbrando Accioly preleciona que:

²⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

(...) o homem possui certos direitos primordiais, inerentes á sua personalidade humana e que o direito internacional público já reconhece e põe sob a sua garantia. Passo decisivo neste sentido foi dado pela Carta das Nações Unidas, ao insistir na existência de direitos e liberdades fundamentais do ser humano²⁷⁶.

A personalidade humana já não tolera mais as duras fronteiras cobertas pela sombra da soberania nacional dos Estados, visto que, o homem se tornou um sujeito do Direito Internacional Público – DIP, segundo ressalta Celso D. de Albuquerque Mello que, admitir a personalidade jurídica internacional do homem, isto é, aceitá-lo como o sujeito do DIP é adequar-se com uma das mais modernas tendências democratizantes do próprio DIP²⁷⁷.

No mesmo sentido, esclarece Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra²⁷⁸ que: “os direitos humanos, estão elevados ao patamar do direito internacional dos direitos humanos, deixaram de ser assunto de jurisdição interna de um determinado Estado e passaram a ser preocupação de toda comunidade internacional”, que passou a zelar pela proteção universal dos direitos humanos, agora considerada interesse de toda humanidade, tanto a nível nacional quanto internacional.

Mas antes é imprescindível demonstrar como se desenrolou o processo de internacionalização dos direitos humanos, que se culminou com a coroação do homem como o sujeito do direito internacional, rompendo com o conceito tradicional da soberania dos Estados Nacionais, que eram hermeticamente fechados a quaisquer intervenções externas.

A título de exemplo, citam-se alguns Estados Absolutistas dos séculos passados: A França do Luis XIV, que chegou a declarar que ele era o próprio Estado; Alemanha do Adolf Hitler, que imprimiu a ditadura nazista cuja barbárie vitimou milhares dos judeus; A Itália do Benito Andrea Mussolini, que foi líder do Partido Nacional Fascista; e entre outros.

Com os ditadores acima mencionados, as vidas humanas foram impiedosamente dizimadas em nome do Estado, cuja soberania era absoluta, isto é, tudo que fazia dentro do seu território era legal e ninguém podia questionar sobre algo que ali dentro ocorria. Tudo isso, sob manto da soberania absoluta dos Estados que entendiam que podiam fazer tudo contra todos que se encontravam dentro de suas jurisdições.

²⁷⁶ ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 174.

²⁷⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 809.

²⁷⁸ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: Nova mentalidade emergente pós-1945**. 1ª ed. 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87-88.

Conforme a visão tradicional de Jean Bodin sobre a soberania²⁷⁹, ela era idealizada como o “poder supremo, absoluto, ilimitado e perpétuo sobre os cidadãos e súditos”. Sob a sombra desse tipo de soberania, muitos Estados perpetraram gravíssimas violações aos direitos humanos, pois, pelo princípio da “soberania absoluto” do Estado, ninguém poderia intervir nos assuntos internos dos Estados sem o seu consentimento, sob pena de violar outro princípio importante que é o da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, bem como violar o princípio de autodeterminação dos povos²⁸⁰.

Mas com decorrer do tempo, o conceito da soberania bodiniana, sofreu fortes erosões em prol da proteção dos direitos humanos, com adventos dos mecanismos internacionais de tutela desses direitos levados à cabo pelo Direito Internacional. Estes mecanismos de tutela dos direitos humanos em oposição à soberania absoluta fizeram nascer duas teorias sobre a soberania, a saber: a teoria dualista e a teoria monista.

Segundo Emerson Garcia, a teoria dualista defende a existência das duas ordens, mas nenhuma delas se sobrepõe a outra, isto é, a vigência de uma norma internacional dentro da esfera interna de um Estado deve ser precedida pela autorização do Estado, para que a norma internacional possa vir a valer na ordem interna do referido Estado, e a teoria monista defende a existência de uma única ordem, em que alguns defendem a prevalência da ordem internacional sobre a ordem interna e outros a supremacia desta em detrimento daquela²⁸¹.

Mas é bom lembrar que a soberania do Estado como era concebida por Jean Bodin, não foi sempre algo pleno do Estado dentro do seu território, porque foi resultado de cooptação paulatina dos pequenos poderes (os estamentos) pelo monarca que os atraiu para si, para depois poder imprimir o seu monopólio sobre todos.

Neste sentido esclarece Emerson Garcia:

A noção do poder do Estado e da soberania estatal nem sempre receberam o mesmo colorido. Na idade média, em que sob influxos do regime feudal, era possível divisar uma partilha de poderes entre a nobreza, clero, cavaleiro e cidades, foi lento o volver até que o Estado alcançasse a emancipação externa, afastando a tutela papal, e obtivesse a consolidação interna de poderes da nobreza, eliminando as poliarquias que legitimavam a existência de múltiplas estruturas independente de poderes, cada qual com uma organização funcional própria²⁸².

²⁷⁹ GORCZEWSKI, Clóvis; VEIGA DIAS, Felipe da. **A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011> Acesso em: 25 jan. 2017.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos: Breves reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. xiii-xiv.

²⁸² Idem, P. 2.

Como foi frisado acima, a cooptação dos pequenos poderes pelo Estado deu-lhe o monopólio do poder – o poder absoluto, que usou de forma imoderada violando seriamente aos direitos humanos, pois, era dono de tudo e os limites para sua força era a sua própria vontade, e, em nível internacional, não havia qualquer poder que o intimidasse ou, responsabilizasse dos seus atos e em nível interno, exercia a sua superioridade sobre todos os cidadãos, ou seja, sobre toda comunidade dentro do seu território²⁸³.

Esta soberania absoluta durou até quando surgiram as organizações de caráter internacional que zelam pela proteção dos direitos humanos, e, conseqüentemente, contribuíram para afrouxar as duras fronteiras internas dos Estados que eram blindadas pelo manto da soberania absoluta – poder ilimitado do Estado dentro do seu território.

Com o surgimento das organizações internacionais, desenvolveu-se um sistema de proteção dos direitos humanos cujos precedentes históricos são conforme preleciona Flávia Piovesan, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, que são “os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos”²⁸⁴.

Este sistema de proteção dos direitos humanos vai revolucionar o conceito tradicional da soberania dos Estados e alargar o alcance do sistema de proteção dos direitos humanos para interior dos Estados, permitindo assim a internacionalização da tutela dos direitos, e, conseqüentemente, a relativização da soberania dos Estados em prol da proteção dos direitos humanos.

Neste sentido Flávia Piovesan esclarece que:

para os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e alcance do tradicional conceito da soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional²⁸⁵.

Ao se internacionalizar a proteção dos direitos humanos, logicamente, mudou-se também o *status* dos indivíduos que se tornaram os sujeitos do Direito Internacional, visto que, antes, o Direito Internacional cuidava mais das relações e questões que envolviam os Estados e não os indivíduos. A Internacionalização da proteção dos direitos humanos dá azo à proteção internacional do homem, obrigando o Estado a respeitar os direitos humanos, assim,

²⁸³ Idem, p. 3.

²⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

²⁸⁵ Ibidem.

passou-se a responsabilizar qualquer pessoa que viole aos direitos humanos fundamentais, independentemente de quem seja – Estados ou indivíduos.

4. A DIFICULDADE DE EFETIVAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NA GUINÉ-BISSAU

4.1. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR

Antes que se exija um direito, ou direitos, é necessário que se conheça este ou estes direitos. Conhecer os direitos, também demanda um processo de instrução, educação do seu titular. Porque para exigir, precisa-se de saber o que se vai exigir e a quem se deve exigir, e para saber, é imprescindível que se ensine e se conscientize as pessoas sobre os seus direitos e deveres.

Milene de Alcântara Martins Scheer, leciona que, a concretização de um direito, passa necessariamente pelo conhecimento da norma e da sua interpretação:

É incontestável que o direito processual surgiu para exercer a função precípua de dar efetivação aos direitos e garantias descritos pelo direito material. Todavia o primeiro passo para a concretização de um direito é conhecer a norma jurídica que o prescreve. Conhecer a norma equivale a interpretá-la²⁸⁶.

Autora quer demonstrar que, não basta só querer efetivar os direitos, é necessário antes conhecer a norma e interpretá-la. É da mesma forma também com relação ao direito de acesso à justiça, que requer um conhecimento prévio de algo que seja instrumental (a educação), para sua efetivação.

O acesso ao direito e à justiça é um direito fundamental que pertence aos direitos da segunda geração/dimensão, que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, isto é, criando condições materiais necessárias para sua efetivação; opostamente aos direitos da primeira geração/dimensão que exigem o não agir do Estado, porque a sua realização depende da liberdade do indivíduo sem interferência (obstativa) do Estado.

²⁸⁶ SCHEER, de Alcântara Martins Milene. **A dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14, n.º. 54, janeiro/março de 2006, p. 277.

O direito de acesso à justiça, o seu exercício, ou a sua materialização requer a prestação significativa do Estado, pois, não é o mero acesso ao prédio físico em que funciona o órgão jurisdicional, mas exige que se faça algo a mais, como esclarecem Cambi e Neves²⁸⁷.

(...) acesso à justiça, em nada, se confunde com o acesso ao poder judiciário, pois a mera propositura da demanda não é garantia da justiça das decisões e, muito menos da prestação da atividade jurisdicional. Acesso à justiça é obtenção da tutela jurisdicional, o que demanda a ruptura das barreiras e introdução dos mecanismos facilitação e não do ingresso em juízo, mas também do fornecimento de meios adequados durante todo o desenvolvimento da relação processual.

Neste sentido, no Estado Democrático de Direito, para que a democracia ganhe o seu real significado, é imprescindível que se invista de forma significativa para que todos os cidadãos tenham igual acesso aos seus direitos e à justiça. Porque, na verdade, sem este acesso, não há cidadania, uma vez que, é com a cidadania que se exerce os direitos políticos, civis e sociais plasmados na constituição de um país. Doutra modo, por uma questão lógica, conhecendo os seus direitos, fica mais fácil pleiteá-los, em juízo, caso sejam violados.

Ousa-se dizer que, a realização dos demais direitos fundamentais, aliás, o próprio exercício da cidadania é condicionado, em grande medida, pelo direito de acesso à justiça, por ser uma ferramenta instrumental, para a democracia, entendida aqui como participação ativa do povo na construção e direção da vida política do Estado. Nesta linha, leciona Antônio César Bochenk,

O acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito para pela garantia dos direitos dos cidadãos. Estes, por sua vez, não existem se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião²⁸⁸.

Assim, efetivação do acesso ao direito e à justiça, é um meio adequado para estabelecer uma interface entre os cidadãos, a sociedade, os tribunais e a democracia, porque avaliação do nível de democratização de um Estado, e do seu sistema judicial²⁸⁹ afere-se pela fluência do acesso aos direitos e à justiça.

4.2. O CONCEITO DO ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA

²⁸⁷ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça: garantia de obtenção da tutela jurisdicional adjetivada. In: DIDIER JR, Fredie. (ORG.). **Coleção Novo CPC** - Doutrina Seleccionada - Vol.4 - Procedimentos Especiais, tutela provisória e transitória. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107.

²⁸⁸ BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre os tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise da experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013, p. 199.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 200.

Parece ser redundante dizer acesso ao direito e à justiça, uma vez que, o acesso à justiça é também um acesso ao direito. Antonio César Bochenek²⁹⁰, esclarece que a expressão acesso ao direito e à justiça, não é pleonástica. Ressalta que, embora o acesso ao direito seja mais amplo por conglomerar, o direito à informação, à consulta jurídica ao patrocínio jurídico, etc., a sua efetivação depende em grande medida do acesso à justiça, quer dizer, ao recurso ao Judiciário para obter uma decisão sobre uma questão juridicamente relevante.

Assim, acesso ao direito, para além de englobar o acesso à justiça, é um estágio antes dele. Na verdade, o acesso ao direito é o gênero em que o acesso à justiça é espécie. Para José Afonso da Silva²⁹¹, o acesso à justiça é um recurso ao Judiciário, para solucionar um conflito de interesse; Robles²⁹² definiu-o como caminho que o cidadão percorre para obter a justiça no seu caso particular.

Mauro Cappelletti²⁹³ reconhece a dificuldade de conceituar o acesso à justiça, mas professa que, através dele, as pessoas podem reivindicar os seus direitos e compor os seus conflitos por intermédio do Judiciário. Ressalta que, para que isso ocorra, o sistema deve ser acessível a todos, e deve produzir resultados que sejam justos.

Conforme salienta Bochenek,

Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, prevaleciam os direitos da defesa e de liberdade, e recorria ao judiciário quem pudesse arcar com o ônus financeiro. O direito de acesso à justiça ou, mais concretamente, à jurisdição, era limitado, ao que formalmente possuíam as pessoas (caráter patrimonialista). Os procedimentos adotados para solução litígios refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos de então vigente²⁹⁴.

No Estado Democrático de Direito, a filosofia individualista do Estado liberal, não tem cabimento, uma vez que, no Estado democrático, pauta-se pela igualdade substancial de todos, e exige-se que o Estado providencie meios materiais necessários para realização dos direitos fundamentais. Assim, tenta-se esbarrar os privilégios que assistiam outrora, a uma certa casta privilegiada de indivíduos.

Na verdade a igualdade que era pregada no Estado liberal era puramente formal, e deixava os que não tinham meios financeiros para arcar com as custas processuais fora da batalha jurídica. Segundo a ideologia individualista liberal, todos eram livres, e cada uma

²⁹⁰ Ibidem, p. 203.

²⁹¹ Ibidem, p. 204.

²⁹² Idem.

²⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8.

²⁹⁴ BOCHENEK, op.cit. p. 206.

tinha que virar na sua liberdade para resolver o seu problema, uma vez que, o Estado não podia intervir.

Essa era a filosofia individualista que impera no Estado Liberal. O objetivo dessa filosofia burguesa, era para privilegiar a própria classe, e afastar os pobres, que não tinham recursos para usufruir alguns direitos condicionados ao alto custo, que só quem “dinheiro” poderia gozar.

4.3. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

Afirmação dos direitos sociais aconteceu com a sua declaração nos tratados internacionais e, no plano interno, com a sua consagração nas constituições dos Estados Democráticos de Direito. Tudo isso foi resultado da evolução do Estado de Direito para Estado social de direito, pois este tenta superar a utopia na forma da igualdade formal do Estado precedente.

Conforme Jorge A. Marabotto Lugaro²⁹⁵, com o reconhecimento dos direitos sociais, o direito de acesso à justiça passou a ser um deve ser, isto é, algo real exigível ao Estado, e não só formal como era no estágio anterior, e, que a igualdade entre as pessoas deve ser real, cabendo ao Estado a missão de amenizar a grande desigualdade social.

O referido autor ressalta que o Estado, na qualidade de detentor do monopólio de resolução dos conflitos entre os indivíduos, tem o dever jurídico de criar condições reais, para que, quando alguém, se sinta ameaçado ou, tenha seu direito violado, possa ter condições de solucionar o caso de acordo com lei. E que, o acesso à justiça deve ser real, efetivo e verdadeiro, para evitar a utopia da igualdade na vida real.

Saulo José Casali Bahia²⁹⁶ preleciona que quando há direito garantido por lei, não há se discorrer sobre a discricionariedade do Estado quanto a sua concretização, pois, cabe ao judiciário o papel de assegurar os direitos fundamentais exigíveis, mas não concretizados pelos demais poderes estatais, que devem juridicamente responsabilizados.

²⁹⁵ LUGARO, Marabotto. A. Jorge. **Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia.** Disponível em: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁹⁶ BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política. In: Tribunal Regional Federal da 1ª região. II Jornada de direito constitucional. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – Brasília, 2014, p. 396.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é enfática ao tratar das garantias judiciais no seu art. 8º, nº 1²⁹⁷, em dizer que toda pessoa tem direito de ser ouvida por um juiz imparcial e competente, e ter as suas garantias respeitadas. O direito de ser ouvido é de ter acesso a um tribunal e apresentar a sua petição com os motivos ali expostos.

No âmbito interno, alguns países como Portugal, por exemplo, consagram o direito de acesso aos direitos por meio de vias não jurisdicionais no art. 20º, 1²⁹⁸, da Constituição da República, com a natureza prestacional, isto é, o Estado deve promover meios para que os cidadãos pleiteiem os seus direitos no tribunal sem grandes embaraços.

Na Guiné-Bissau, o direito de acesso à justiça é uma garantia constitucional prevista no art. 32º²⁹⁹, dada a todo cidadão de recorrer aos órgãos judiciais, contra atos que lesam os seus direitos, independentemente da sua insuficiência econômica.

No Brasil, o direito de acesso à justiça está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. A Lei 1060 de 1950, da assistência judiciária³⁰⁰, também assegura o direito de acesso à justiça para as pessoas hipossuficientes.

Assim, o direito de acesso à justiça resulta do compromisso que o Estado democrático tem com os cidadãos, de amparar os que não possuem meios econômicos suficientes para arcar com as custas processuais. Este amparo, muitas das vezes, realiza-se através de políticas públicas educativas, que fomentem a consciência cidadã. Segundo Roberto Antonio Malaquias Darós:

O acesso à justiça somente se torna possível na medida em que o Estado desenvolve atividades essenciais voltadas para educação básica da população no sentido de formar o cidadão, criando-lhe a consciência dos seus direitos, inclusive os seus deveres sociais, valorizando os direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, permitindo o seu acesso ao direito³⁰¹.

²⁹⁷ Art. 8º, 1. “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

²⁹⁸ 1. “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

²⁹⁹ Artigo 32 da Constituição da República diz: “Todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

³⁰⁰ Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).

³⁰¹ DARÓS, Roberto Antonio Malaquias. **A função social do processo no Estado democrático de direito**. 1º ed. Curitiba: Juará, 2012, p. 186-87.

No mesmo sentido, assevera Milena de Alcântara Martins Scheer, que a eficácia do direito de acesso à justiça, depende das políticas públicas:

No Estado social democrático somente se pode falar em eficácia plena do dispositivo quando o sistema jurídico, político e social do estado estiver adequado este programa, destarte, o acesso à justiça depende de políticas públicas concernentes a conscientização e educação da população e relativamente a seus direitos; depende, ainda de reais condições econômicas e técnicas para a busca de prestação jurisdicional³⁰².

Essas políticas que promovem igualdade material/real entre as pessoas são características que diferenciam o Estado Social e Democrático de Direito do Estado Liberal, em que a igualdade era mera utopia da filosofia liberal individualista.

A Guiné-Bissau tem *déficit* de políticas desse tipo, as escolas públicas, há anos, enfrentam ainda o problema de falta de professores, de sucessivas greves dos professores por falta de pagamento, falta de estabelecimento (estrutura física) adequado para administração de aulas (há escolas que ainda funcionam em barracas), e há lugares ainda que não têm um estabelecimento de ensino, obrigando os interessados a se deslocarem para muito longe em sua busca, ou, emigrarem para Bissau (capital do país), a fim de estudarem.

Isso é reflexo de uma política, de 44 anos após independência, com ausência de políticas públicas sérias, comprometidas, com a educação e a formação dos cidadãos preparados para enfrentar os novos desafios que a sociedade geopolítica impõe hodiernamente.

Esta dificuldade básica que o país ainda enfrenta no setor do ensino, constitui grande empecilho ao direito de acesso à justiça, uma vez que, o direito de acesso à justiça é instrumental para cidadãos, na medida em que colore a democracia pela interface que faz entre os órgãos estatais e os cidadãos. Por este motivo, o Estado deve criar meios que promovam o exercício da cidadania.

Como se sabe, exercer a cidadania pressupõe o conhecimento dos direitos e deveres de quem a exerce. E, aquisição desse conhecimento, passa necessariamente pela aculturação e conscientização das pessoas através da educação, ou de políticas públicas atinentes a esta finalidade. Entretanto, pode-se concluir que, não há acesso à justiça sem educação, e não há uma sã democracia sem o exercício da cidadania.

³⁰² SCHEER, op.cit. p. 290.

4.4. OBSTÁCULOS AO DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça é um direito fundamental no Estado democrático, mas o seu exercício às vezes vê-se limitado por algumas exigências formais, que muitos membros da comunidade não conseguem atender e, como consequência, acabam sendo impedidos de exercer ou usufruir desse direito assegurado constitucionalmente. Segundo Mauro Vasni Paroski:

O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição³⁰³.

As exigências formais e burocráticas são formas pelas quais o Estado se organiza para atender aos seus cidadãos. Acontece que, essas formalidades, às vezes, acabam por postergar a prestação jurisdicional, da qual o cidadão necessita, num tempo razoável, sem quaisquer dilatações, caso contrário, pode-lhe ocasionar um dano sério, ou irreparável, como naquelas situações em que podem impedir o exercício de um direito fundamental, ou piorar a situação do cidadão que precisa de um agir pronto do Estado para lhe atender. São nestes casos que, os órgãos estatais responsáveis para prestação da função jurisdicional devem afastar as meras formalidades em prol dos interesses da pessoa que está precisando.

Deveras, a resolução de um conflito judicial, demanda um alto custo para o Estado moderno. Para além do salário dos juízes e auxiliares da justiça, soma-se os custos com toda infraestrutura e materiais necessários que se possa fazer a “justiça”. Por consequência, os litigantes são obrigados a arcar com os custos do processo, para além dos honorários advocatícios e de sucumbência da parte vencida³⁰⁴.

Outro problema enfrentado pelas partes é a do ônus da lideza do processo judicial. A parte economicamente fraca, não consegue suportar a irrazoável duração processual, que às vezes, coloca-a numa situação de aceitar qualquer proposta oferecida, ou, de simplesmente não pleitear em juízo um direito seu, por saber que não poderá arcar com o ônus da lideza do processo judicial.

A duração irrazoável do processo viola uma das garantias fundamentais do indivíduo prevista no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que proclama “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

³⁰³ PAROSKI, Mauro Vasni. **Do direito fundamental de acesso à justiça**. Scientia Iuris, Londrina, v. 10. 2006, p. 228. PDF.

³⁰⁴ CAPPELLETTI, op.cit. p. 16.

duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esta garantia fundamental de acesso à justiça, foi inserida pela emenda à Constituição nº 45/2004, por se perceber que a lerdeza processual imprime ônus às partes, principalmente àquela de menor poder econômico.

No mesmo sentido proclama o artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que, o processo judicial que excede o prazo razoável da sua duração, é, para muitas pessoas (hipossuficientes), uma justiça inacessível³⁰⁵.

Para superar a dificuldade que os hipossuficientes enfrentam em acessar à justiça, foram criados mecanismos que os ajudem a superar o ônus das custas processuais, e os honorários advocatícios. Segundo Rogério Lauria Tucci³⁰⁶, o direito de acesso à justiça, deve ser garantido sob duas vertentes: acessibilidade econômica, isto é, – arcar com os custos econômicos que o processo impõe, e acessibilidade técnica, – atuação de um profissional habilitado, para proteger os interesses dos que não têm condições de pagar honorários advocatícios.

4.5. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

O Estado Democrático de Direito, tem como uma das suas bandeiras, assegurar igualdade substancial a todos. Essa igualdade exige que o Estado crie mecanismos materiais, que permitam de fato, que essa igualdade seja real.

Assistência judiciária gratuita é um mecanismo criado para garantir o direito de acesso à justiça a todos. Na Alemanha em 1919-1923, o Estado começou a remunerar os advogados que prestavam assistência judiciária gratuita. Na Inglaterra em 1949, foi criada *Legal Aid and Advice Scheme* que foi confiado à associação dos advogados – Law Society, e nos Estados Unidos, em 1965, foi instituída *Office of Economic Opportunity* (OEO), ampliado em 1974 pela *Legal Service Corporation*. O mesmo esquema foi instituído também por alguns países, como Áustria, Holanda e Itália³⁰⁷, para ajudar aqueles que não tinham condições de contratar um advogado.

³⁰⁵ Idem, p. 20-21.

³⁰⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

³⁰⁷ CAPPELLETTI, op cit. p. 34-35.

Nos seguintes países: Áustria, Inglaterra, Holanda França e Alemanha Ocidental³⁰⁸, ocorreu uma grande reforma no sistema de *assistência judiciária gratuita*, com a instituição do sistema *judicare*, através do qual, assistência judiciária é garantida a todos que se enquadram dentro das exigências legais para sua concessão, e os advogados que prestam esta assistência são pagos pelo Estado.

Na Espanha também, segundo Paulo César Santos Bezerra, há um sistema de acesso à justiça para os que se declaram não ter recursos suficientes para litigar em juízo sem prejuízo do seu próprio sustento³⁰⁹. Na Suíça, a Corte Federal, obriga os Cantões a fornecerem os advogados em questões civis que demandam conhecimentos específicos de direito³¹⁰.

Este sistema é forma, ou política que estes países instituíram para efetivar o direito ao acesso à justiça, porque não faz sentido prever um direito sem criar meios que permitam a sua efetivação, ou fruição por parte dos seus titulares.

No Brasil, existem as Defensorias Públicas³¹¹ (da União e dos Estados), que são instituições públicas, que prestam assistência judiciária gratuita às pessoas que não têm condições econômicas arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios.

Na Guiné-Bissau, apesar do direito de acesso à justiça ser uma garantia constitucional, não existe uma instituição pública que preste assistência jurídica gratuita aos que não podem pagar por este serviço. Mas existem cinco Centros de Acesso à Justiça, criados e mantidos técnica e financeiramente pelo “Projeto Estado de Direito do PNUD³¹²”, cujo objetivo é informar as pessoas sobre os seus direitos e o funcionamento do sistema de justiça, e dar orientação e assistência jurídica gratuita às pessoas necessitadas e menos protegidas.

³⁰⁸ Idem, p. 35. - na Inglaterra, através do programa *judicare*, o interessado podia escolher o advogado na lista dos profissionais que estavam disponíveis em prestar esses serviços. Assim, o sistema era mais democrático lá, porque os interessados tinham esta possibilidade de escolher dentre os causídicos alistados no programa aqueles que quisessem.

³⁰⁹ BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100-101.

³¹⁰ Idem, p. 101. - o mesmo sistema de assistência judiciária gratuita, existe no Uruguai, Japão, Coréia e Filipinas. - Cf. p. 102 deste livro (BEZERRA).

³¹¹ Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”. - Esta redação é dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014.

³¹² GABINETE INTEGRADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A CONSILIDAÇÃO DA PAZ NA GUINÉ-BISSAU- UNIOGBIS. **Novo centro de acesso à justiça apoiado pela uno inaugurado em bafatá**. Disponível em: <<https://uniogbis.unmissions.org/novo-centro-de-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-apoiado-pela-onu-inaugurado-em-bafat%C3%A1>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

A assistência jurídica gratuita é garantida mediante a apresentação de uma certidão/declaração de pobreza emitida pela Câmara Municipal de Bissau, através da qual, a Ordem dos Advogados da Guiné-Bissau, constitui um advogado para pessoa necessitada, uma vez que, não existe a defensoria pública, ou um órgão estatal para efeito.

Mas acontece que se a pessoa tiver uma casa, ou uma conta bancária em qualquer banco do país, não poderá gozar do benefício da justiça gratuita. Este procedimento não é razoável e está longe de ser justo, porque ter uma conta bancária não é sinônimo de ter dinheiro, ou condições de arcar com custas processuais, igualmente, ter uma casa, não é um motivo forte para ser impedido de usufruir do benefício da gratuidade de justiça, porque há pessoas com casas (no padrão da Guiné-Bissau), de barro, cobertas de palha, etc., que são construídas para evitar o pagamento rendas (aluguéis) e de dormir ao relento.

Este procedimento que se adota destoa da garantia constitucional prevista no art. 32º, que assim dispõe "Todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra os actos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos".

A forma mais fácil que poderia viabilizar este direito, sem grandes custos ao cidadão hipossuficiente seria conceder o benefício por uma simples declaração de hipossuficiência, como acontece no Brasil, porque, a Câmara Municipal de Bissau e o Ministério das Finanças estão dentro da capital Bissau e os que moram fora da capital (no interior do país) são obrigados a se deslocarem até Bissau para enfrentarem a burocracia da concessão da referida declaração, o que lhes onera muito, ou seja, não facilita o acesso à justiça.

No Brasil o art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal assegura os cidadãos o direito de acesso à justiça em defesa dos seus direitos, independentemente do pagamento das taxas e o art. 4.º ³¹³da Lei 1.060/50³¹⁴ (redação da Lei 7.510/86), e garante ainda o benefício da assistência judiciária gratuita mediante simples afirmação ou declaração do requerente, até que se prove o contrário.

Igualmente, o Código do Processo Civil³¹⁵, em seu art. 99 e em seu parágrafo 3º, prevê expressamente o seguinte: o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na

³¹³ Art. 4º "A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

³¹⁴ BRASIL, **Lei 7.510 de 1986**. Brasília: Presidência da República, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7510.htm> Acesso em: 28 jun. 2018.

³¹⁵ Brasil, Código de Processo Civil.

petição, na peça exordial, na contestação e no recurso, presumindo-se que as alegações da insuficiência são verdadeiras até que se prove o contrário.

Entretanto, as descabidas exigências da burocracia do Estado de Guiné-Bissau acabam inviabilizando o direito fundamental da gratuidade de justiça, bem como o direito de acesso à justiça consagrado na Constituição da República da Guiné-Bissau, até porque o ônus de aprovar a hipossuficiência do requerente da gratuidade deveria ser do Estado (oficiando os respectivos órgãos para lhe que forneçam as informações sobre o requerente), pois para conseguir os documentos exigidos o requerente é estorvado e onerado por contas das taxas e das complicações que enfrenta para conseguir os documentos exigidos.

O Decreto-Lei 11/2010³¹⁶, que regula a matéria da gratuidade da justiça na Guiné-Bissau, estabeleceu como objetivo principal do instituto, garantir condições que permitam os cidadãos exercerem os seus direitos de acesso à justiça, bem como as modalidades de assistência judiciária.

No preâmbulo deste Decreto, o legislador prescreve que:

(...), importa que o Estado não só proporcione o acesso gratuito à justiça às camadas da população economicamente mais desfavorecidas, mas que, sobretudo, crie condições institucionais para o seu exercício através de mecanismos de informação geral de tais direitos e da garantia de que esses meios sejam acessíveis aos cidadãos em geral.

O art. 5º do referido diploma prescreve três modalidades de assistência judiciária que são: consulta jurídica; dispensa total ou parcial de custas e o patrocínio oficioso. A concessão da gratuidade pode ser em qualquer grau de jurisdição e, mesmo que a outra parte tenha se beneficiado dela, conforme determina o art. 6º, do mesmo atestado. Ainda nos termos do mesmo diploma, o benefício pode ser revogado de ofício pelo juiz ou pelo requerimento do Ministério Público, quando se comprovar a falsidade dos documentos apresentados para a sua concessão, a má-fé do requerente e se este tiver meios suficientes para arcar com as custas (art. 16).

Acontece que este projeto de PNUD é um começo, mas o Estado precisa ainda fazer muito para que o direito de acesso à justiça seja efetivo, porque os centros de PNUD³¹⁷ (dois em Bissau, um em Mansoa, um em Bafatá e um em Canchungo), não contemplam a maior parte do território nacional.

³¹⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Decreto – Lei 11/2010. **Coletânea fundamental de direito penal e legislação complementar.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-da-africa/legislacao-guine-bissau>> Acesso em 28 jun. 2018.

³¹⁷ Idem, - No ato da inauguração do centro de Bafatá, o Representante Especial Adjunto disse: "A cerimônia a que estamos a assistir hoje, representa a busca de compromisso do PNUD e da ONU para conseguir atingir as metas de acesso à justiça".

Quando não se garantem de forma efetiva o acesso ao direito e à justiça, limita-se o exercício da cidadania e a própria democracia entra em crise porque a participação dos cidadãos na construção de uma sociedade justa fica restringida e cria-se um ambiente fértil que possibilita a manipulação do poder a favor dos dirigentes políticos.

Hoje, o direito fundamental do acesso à justiça é uma exigência ao Estado Democrático de Direito, pela sua essencialidade à democracia e ao exercício da cidadania. Lembrando que, antes do acesso à justiça, tem-se o acesso ao direito (à educação, à informação etc.), e que o Estado deve criar meios materiais para sua materialização, para que não haja uma proteção deficiente do direito de acesso à justiça.

4.6. A ESTRUTURA FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS GUINEENSES COMO UMA BARREIRA AO DIREITO E AO ACESSO À JUSTIÇA.

No Estado Democrático de Direito, todos os poderes/funções estatais têm fundamento na Constituição que é a lei máxima de um país. Constituição estrutura e organiza os poderes do Estado. O poder judiciário guineense tem a sua regulação na Constituição da República nos seus artigos 119º a 125º, que consagra os tribunais como órgãos da soberania competentes para administrar a justiça em nome do povo.

Os poderes do Estado são independentes e harmônicos, através do princípio de separação dos poderes já referido no segundo capítulo. A separação do poder decorre da independência dos poderes, como forma de manter equilíbrio entre eles (Legislativo, Executivo e Judiciário), para que um poder não se sobreponha sobre os outros, ou seja, para que o poder limita o poder – *Le pouvoir arretê Le pouvoir*, como leciona Montesquieu. Segundo Karl Loewenstein³¹⁸, quando o poder não é controlado ou limitado, tende-se a exceder os limites, e transforma-se numa tirania e em um despotismo arbitrário, que vai lhe degenerando até que se revele o seu caráter demoníaco, no seu processo patológico, isto é, sem qualquer qualificação ética.

Assim, o equilíbrio entre os poderes é importante, uma vez que, permite funcionamento normal das instituições, a proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, o desenvolvimento da sociedade em geral. A sinergia entre os poderes é a força que alavanca o princípio da igualdade e equaliza a desigualdade dentro da sociedade.

³¹⁸ LOEWENSTEIN, op. cit. p. 28.

Além do equilíbrio entre os poderes, é também necessário que os poderes sejam bem ordenados, para que possam assegurar a igualdade e acesso aos direitos e à justiça a todos os cidadãos. Quando isso não acontece, beneficia-se uma parcela da população em detrimento da outra.

Os tribunais como órgãos competentes para administrar a justiça, têm que ser de fácil acesso a todos. A organização e competência dos tribunais judiciais estão previstas no Capítulo II, da Lei Orgânica dos Tribunais³¹⁹. Existem quatro categorias dos tribunais judiciais, a saber: o tribunal das pequenas causas, da primeira instância, da segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça, respectivamente, os Tribunais de Sectores, os Tribunais Regionais, os Tribunais de Círculo e o Supremo Tribunal de Justiça³²⁰.

Ocorre que na Guiné-Bissau, nem todas as regiões e setores têm os respectivos tribunais. Segundo o relatório especial da ONU sobre independência dos juízes e advogados,³²¹ das oito regiões do país³²², só quatro deles possuem tribunais que são; Bafatá, Gabú, Oio e Quinará. Este último foi reaberto em 2014, depois de três anos de inatividade por falta de recursos necessários para sua manutenção. Assim, a jurisdição do Tribunal Regional de Oio estende-se à região de Cacheu, a do Tribunal de Quinara às regiões de Tombali e Bolama-Bijagós, e a do Tribunal de Bissau à região de Biombo.

De acordo com o mesmo relatório, nas 47 sectores do país, somente 22 tribunais de setores estão, atualmente, a funcionar no país. Destacando, não há tribunais de setores em funcionamento nas regiões de Quinara e Bolama-Bijagós. Se com todos os tribunais em funcionamento ter-se-ia dificuldade de acesso por parte dos cidadãos por falta de infraestrutura e outros mecanismos que facilitam o acesso à justiça, imagine-se então com a soma destas intempéries.

Mónica Pinto destaca que o acesso à justiça na Guiné-Bissau, está longe de ser uma realidade pela seguinte situação constatada no campo por ela:

O acesso à justiça na Guiné-Bissau está fora do alcance para a maioria das pessoas. As barreiras para que as pessoas tenham acesso ao sistema de justiça formal são muitas. Como vimos acima, não existem tribunais em funcionamento em muitas

³¹⁹ GUINÉ-BISSAU. **Lei nº 3 de 20 de Novembro de 2002**: anexa ao Código do Processo Civil guineense, Disponível em: < [www.track.unodc.org/LegalLibrary/.../Guinea-Bissau/.../Código%20Civil%20\(2000\).pdf](http://www.track.unodc.org/LegalLibrary/.../Guinea-Bissau/.../Código%20Civil%20(2000).pdf)> Acesso em: 27 jun. 2018

³²⁰ Idem, Artigo 12º da lei supra.

³²¹ PINTO, Mónica, **Relatório da relatora especial sobre a independência dos juízes e advogados**. Disponível em: <https://uniogbis.unmissions.org/sites/default/files/a_hrc_32_34_add1pt.pdf> Acesso em: 23 jan. 2017.

³²² A Guiné-Bissau é dividida em administrativamente em oito regiões (Gabú, Bafatá, Oio, Tombali, Bolama, Cacheu, Quinara, Biombo e sector autónomo de Bissau) e sectores, e administração da justiça também é distribuída por regiões e sectores.

partes do país. Para a maioria da população, distância para o tribunal mais próximo revela insuperável como eles não têm acesso aos meios de transporte. Em algumas áreas também não há nenhum polícia para apresentar uma queixa. A imposição de custas judiciais, que são muito altas para a maioria da população - cerca de 1,5 vezes o salário mínimo - também desencoraja as pessoas a recorrer aos tribunais. Essas taxas podem ser dispensados, mas na prática é muito difícil reunir todas as informações necessárias para provar a pobreza. O facto de que algumas pessoas não têm identidade legal porque seus nascimentos não foram registados oficialmente também pode representar um obstáculo importante³²³.

Entretanto, constata-se que a maioria da população da Guiné-Bissau, tem dificuldade de aceder a justiça tanto no plano físico – de se deslocar quilômetros de distância até ao tribunal, quanto no plano intelectual – de acesso à informação e conhecimento dos seus direitos. Estas dificuldades desencorajam a procura do Judiciário para resolver os conflitos, e incentivam outras formas de resolução de conflitos³²⁴, e também tolhem o acesso ao direito e à justiça.

A colocação dos tribunais nos lugares de fácil acesso às pessoas, e a criação de meios para encurtar a distância física que existe entre a maioria da população e os tribunais, é dever do Estado que tem o monopólio de fazer a justiça, segundo preleciona Wilson Alves de Souza:

O Estado terá que instituir órgãos jurisdicionais e permitir que as pessoas tenham acesso aos mesmos. Mas isso é elementar. Veja-se que o Estado praticamente monopolizou o poder jurisdicional e isso a ponto tal que só excepcionalmente admite arbitragem e, em regra, qualifica como crime o exercício da autotutela. Portanto, mais do que a motivação jurídica, a colocação de tribunais à disposição das pessoas que deles necessitam tem razão lógica³²⁵.

Estas distâncias, conjugadas com a falta de meios que facilitem o acesso ao direito à justiça³²⁶, são uns dos obstáculos de acesso á justiça na Guiné-Bissau, que o Estado precisa envidar esforços para dismantelar, para salvaguardar os direitos fundamentais plasmados na Constituição da República.

4.7. A CONCENTRAÇÃO DA PROVIDÊNCIA DE *HABEAS CORPUS* NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO OBSTÁCULO AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

³²³ PINTO, op. cit. 2017. Cf. – item nº 78 do documento.

³²⁴ Autotela, a lei do mais forte, brigas entre as partes, etc., que muitas das vezes culminam em lesões graves e até perda de vidas.

³²⁵ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: dois de julho, 2011, p. 25-26.

³²⁶ “A Relatora Especial nota com grande preocupação que um importante número de tribunais previstos pela lei não foi estabelecido ou não opera devido à falta de infraestruturas adequadas, financiamento ou outros recursos. Como resultado, existem regiões do país onde não há um tribunal que as pessoas possam recorrer”. Cf. – PINTO, op. cit. 2017, item nº 18.

A organização interna e a estruturação jurídico-constitucional do poder do Estado é denominado de “a forma do Estado” e para identificar a forma de um Estado é preciso observar se num determinado Estado existe um, ou vários centros de poder político, uma ou várias Constituições, etc., para saber se um Estado é unitário ou federal³²⁷.

O Estado unitário caracteriza-se pela existência de um único centro de decisão política e uma Constituição. Neste modelo de Estado, ele pode exercer a sua função tanto de forma centralizada quanto de forma descentralizada, conforme ensina Jorge Miranda:

Se todos ou quase todos os Estados do mundo admitem descentralização administrativa, quer de âmbito territorial - através de municípios ou comunas e através de circunscrições mais vastas quer de âmbito institucional ou funcional - através de associações, fundações, institutos ou outras entidades públicas - só alguns Estados comportam descentralização política³²⁸.

Ainda segundo Jorge Miranda³²⁹, a descentralização política se dá sempre no âmbito territorial, isto é, as províncias e as regiões ganham a sua autonomia política para desempenharem as suas funções ao lado dos órgãos estatais.

O Estado unitário “apresenta uma organização política singular” uma unidade de governo, com plena jurisdição nacional, ressalvada a divisão administrativa. O Estado federal é aquele que se divide em unidades ou províncias politicamente autônomas, com vários centros de poderes paralelos de direitos público, a saber: os poderes dos Estados federados e o poder federal ou nacional³³⁰.

O Estado guineense é um Estado unitário, descentralizado administrativamente, porém, politicamente centralizado, porque as regiões e os setores não têm autonomia política para desenvolverem as suas atividades, e são dependentes dos comandos do poder central (de Bissau) para poder desempenhar as suas funções políticas.

É essa centralidade da decisão em um único foro que se quer chegar, para demonstrar como isso obstaculiza o direito de acesso à justiça, e, como tem afetado à liberdade de ir e vir das pessoas, quando restringida (muitas das vezes de forma ilegal) e quer se impetrar o *habeas corpus*, para reconquistá-la. Das regiões para Bissau, já é uma distância considerada, não em termos físicos, mas considerando as dificuldades, começando pelos de meios de

³²⁷ NOVAIS, Op. cit. p. 80.

³²⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro, 2005. Pdf.

³²⁹ Idem.

³³⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 29ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175. – O exemplo dos Estados unitários tem-se: a França, Portugal, Bélgica, Holanda, Panamá, etc. dos Estados federais, são: Brasil, Estados Unidos de América do Norte, México, Argentina, etc.

transporte, as estradas, e a inexistência de um órgão que defenda os interesses das pessoas hipossuficientes em todas as regiões.

Mesmo se não existissem as dificuldades supracitadas, o Supremo Tribunal de Justiça guineense, na qualidade de última instância judiciária do país, tem outras atribuições que lhe são conferidas constitucionalmente, isto é, mesmo se lhe chegar um pedido de *habeas corpus*, não há garantia de que será decidido de plano por este órgão, porque há pedidos que lá chegam e são esquecidos nas gavetas.

Aliás, nesse ponto, tecnicamente, não se pode falar da descentralização da competência do Supremo para outros órgãos jurisdicionais, visto que, a descentralização supõe a distribuição de competência de uma pessoa para outra (as).

Considerando que outros órgãos jurisdicionais – os tribunais, são hierarquicamente inferiores à Suprema Corte guineense, juridicamente correto é o termo *desconcentração*, segundo Maria Sylva Zanella Di Pietro, “é a distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competência dentro de uma mesma pessoa jurídica³³¹”, no caso em tela – dentro do próprio órgão judiciário guineense.

A questão principal deste trabalho está radicada no inciso nº 4 do art. 39³³² da Constituição da República (1984), que dogmaticamente estabelece que a providência de *habeas corpus* seja dada unicamente pelo Supremo Tribunal de Justiça. A Lei Orgânica dos Tribunais também estabelece que apenas à Câmara Criminal do Supremo compete conhecer os pedidos de *habeas corpus*³³³. Esta concentração de competência no Supremo dificulta a celeridade do instituto heroico, e, conseqüentemente, não permite uma proteção célere do direito fundamental.

Destarte, a concentração de competência de providência de *habeas corpus* no Supremo, conjugada a falta de infraestruturas³³⁴, que poderiam encurtar a distância existente entre a capital (Bissau) e as regiões e o tempo que os pedidos levam para serem apreciados pela Suprema Corte, não garantem uma proteção suficiente do direito de acesso à justiça e do direito fundamental de ir e vir, porque, o percurso e o tempo que o pedido de *habeas corpus* leva até chegar ao Supremo, é absurdamente prejudicial ao cidadão cuja liberdade está restringida (muitas das vezes de forma arbitrária).

³³¹ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. **Direito administrativo**. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 349.

³³² Art. 39, 4 – “A providência do *habeas corpus* é interposta no Supremo Tribunal de Justiça, nos termos da lei”

³³³ Art. 27, nº 1. “Compete às câmaras do Supremo Tribunal de Justiça, segundo as suas competências: (...); f) Conhecer dos pedidos de *habeas corpus*, em virtude de prisão ilegal”.

³³⁴ Na Guiné-Bissau, as estradas são ruins, principalmente, as do interior do país, e o sistema de justiça não é eletrônico. Na capital há ainda falta de energia elétrica. Nos tribunais, *déficit* dos computadores, que fará nas regionais e nos setores, em que a presença do Estado é bem menor.

Entretanto, a efetivação do direito fundamental exige, sem sombra de dúvida, uma disposição estratégica dos órgãos estatais, em toda sua área de jurisdição com competência para dirimir eventuais litígios e em tempo razoável, como forma de dar uma efetiva proteção aos interesses e direitos dos cidadãos, sem excessivas demoras.

No que tange às excessivas demoras da Suprema Corte em apreciar os pedidos de *habeas corpus* que lhe são submetidos é importante observar as tabelas demonstrativas abaixo, para compreender o lapso temporal que um pedido leva para ser decidido no STJ.

ESTATÍSTICA DOS PROCESSOS DE HABEAS CORPUS DOS ANOS 2014 A 2016			
Nº. DO PROCESSO E ANO	DATA DE ENTRADA	DATA DE DECISÃO	LAPSO TEMPORAL
Processo nº 02/2014	03/02/2014	07/07/2014	5 meses e 4 dias
Processo nº 03/2014	10/02/2014	23/07/2014	5 meses 13 dias
Processo nº 04/2014	25/03/2014	09/06/2014	2 meses e 15 dias
Processo nº 05/2014	25/03/2014	11/06/2016	2 meses e 17 dias
Processo nº 01/2015	21/01/2015	01/04/2015	2 meses e 11 dias
Processo nº 02/2015	29/01/2015	10/03/2015	1 mês e 12 dias
Processo nº 03/2015	02/02/2015	10/03/2015	1 mês e 8 dias
Processo nº 04/2015	02/02/2015	01/04/2015	1 mês e 29 dias
Processo nº 02/2016	04/04/2016	10/06/2016	2 meses e 6 dias
Processo nº 05/2016	29/02/2016	10/06/2016	3 meses e 11 dias
Processo nº 15/2016	02/08/2016	01/09/2016	29 dias
Processo nº 13/2016	14/07/2016	21/02/2017	7 meses e 7 dias

PROCESSOS DE HABEAS CORPUS DE 2015 A 2017				Total dos proc. dos 3 anos
Processos	2015	2016	2017	
Proc. vindos do ano anterior	00	02	05	
Pedidos recebidos	23	16	10	49
Processos julgados	21	13	12	46
Proc. pendentes	02	05	03	03

A leitura desta tabela³³⁵ evidencia duas situações importantes. A primeira situação é tempo que os pedidos levam para serem apreciados pela Câmara Criminal da Suprema Corte, o que demonstra a lerdeza do instituto na Guiné-Bissau. A segunda situação é o pequeno número dos pedidos de *habeas corpus* que dão entrada na Suprema Corte.

Assim, pode-se concluir que a concentração da providência de *habeas corpus* no Supremo Tribunal é um bloqueio ao acesso à justiça, porque a pouca quantidade dos pedidos que entram não correspondem com abusos e detenções arbitrárias que ocorrem no país.

Neste sentido, propõe-se uma emenda à Constituição para mudar a redação do nº 4 artigo 39, da Constituição da República, para desconcentrar a competência dada ao Supremo Tribunal de Justiça em matéria de *habeas corpus*, para os tribunais da primeira instância – tribunais regionais, justamente para desobstacularizar o direito de acesso à justiça, e, conseqüentemente, garantir a efetivação do direito de ir, vir e ficar dos cidadãos em um tempo razoável.

4.8. A CONCENTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO SUPREMO E O PRINCÍPIO DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Como foi demonstrado acima, a concentração da competência na matéria de *habeas corpus* na Suprema Corte guineense, dificulta o direito de acesso à justiça, pelos motivos já arrolados. Neste tópico, pretende-se demonstrar que além de prejudicar o acesso à justiça, também há prejuízo à duração razoável do processo. Esta dilação temporal excessiva do processo viola direito fundamental do individuo – a liberdade individual.

O processo judicial quando é instaurado tem um prazo determinável para durar, isto é, um tempo razoável para que o Estado-juiz decida sobre caso que lhe foi colocado sob a sua jurisdição. Entretanto, a duração razoável do processo é o tempo razoável ou determinável que Estado-juiz tem para decidir sobre um caso concreto sob a sua jurisdição.

José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Paroski, ao se debruçar sobre o acesso à justiça, preleciona o seguinte:

(...), o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência

³³⁵ Estes dados foram obtidos na secretária do Supremo tribunal de Justiça da Guiné-Bissau. A primeira tabela foi confeccionada através de alguns acórdãos que me permitiram acesso e a segunda através dos dados estatísticos do próprio Tribunal que estavam num livro de registro entrada dos pedidos e dos processos julgados.

possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras”. (...) ³³⁶.

O autor ressalta a duração razoável do processo, sem olvidar outras garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, que são elementos que comprovam a igualdade e a democracia numa relação processual, à medida que dão oportunidade às partes para que se manifestem para aprovar a plausibilidade das suas pretensões também geram condições para se defenderem das acusações de que são alvos.

Conforme prelecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ³³⁷, a demora do processo pode causar alguns efeitos deletérios às partes, porque a celeridade processual é benéfica tanto para vítima quanto para o réu. Por isso, o seu desfecho deve ser num tempo razoável para que não lese os interesses das partes interessadas.

É comum ouvir a frase de que justiça tardia não é justiça. As pessoas que procuram o judiciário para terem os seus direitos assegurados, muitas vezes se sentem desiludidas pela lerdeza da prestação jurisdicional, ficando com a sensação de que a “justiça não funciona” porque a benemerência e a credibilidade do Judiciário estão atreladas à brevidade do tempo em que se solucionem os processos que lhe são submetidos.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, a emenda constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, acrescentou no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, o inciso LXXVIII, que proclama: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. O Código do Processo Penal brasileiro estabelece de forma expressa, o prazo de 60 dias (art. 400) ³³⁸ e 30 dias (art. 531) ³³⁹ para realização da audiência de instrução e julgamento, respectivamente para o procedimento ordinário, e para o procedimento sumário.

A finalidade da emenda nº 45 e dos dispositivos processuais em cima citados é de garantir uma celeridade dos processos, mas como isso não ocorre, isto é, os processos

³³⁶ PAROSKI, op cit. p. 229.

³³⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso do direito Processual Penal**. 5ª ed. rev, ampl. e atual, Salvador: Jus Podivm, 2011, p.67.

³³⁸ Art. 400. “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”.

³³⁹ Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

continuam a ser morosos, entende-se que algo deve ser feito para que os processos não demorem demasiadamente com se tem visto.

Para Távora e Alencar, o processo penal é um instrumento de realização da constituição, aliás, é um instrumento de contenção do abuso de poder estatal³⁴⁰; no sentido preleciona Aury Lopes Junior³⁴¹, que, o processo é um instrumento de realização do Direito Penal, que se desdobrar em duas funções essenciais, a saber: “de um lado tornar viável aplicação da pena, e, do outro servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra atos abusivos de Estado”.

Aury Lopes Junior, discorrendo sobre a duração razoável do processo, lamenta o excesso do prazo de prisão cautelar no Brasil³⁴², em especial a preventiva, que não tem um prazo determinado, diferente da prisão temporária, regulamentada pela Lei 7.960/89, com prazo de cinco dias prorrogáveis por prazo igual, quando for necessário para investigação do inquérito policial, ou, quando não se conhece a residência do acusado.

Aury, no artigo supramencionado, confecciona um julgado do TRT da primeira região, proferido pela sua 3ª turma sob-relatoria do Ministro Tourinho Neto, em que foi tratado o caso de uma cautelar que durou treze anos, tempo absurdamente longo, e incompatível com princípio de duração razoável do processo, e com o próprio princípio do Estado Democrático de Direito que pauta pela proteção da dignidade da pessoa humana. Dada a ridiculosidade do fato, há a necessidade de colecionar este julgado ao presente trabalho.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. BLOQUEIO DE CONTAS DETERMINADO HÁ 13 ANOS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Bloqueio dos valores depositados, a qualquer título, nas contas bancárias de que é titular o paciente, determinado, em 1998. 2. Denúncia ofertada três anos depois, em 2001, sendo recebida neste mesmo ano. TREZE anos, o paciente tem os valores das suas contas bancárias bloqueadas! O processo ainda está fase das alegações finais. Não se sabe sequer qual o possível prejuízo causado pelo paciente. 3. O inciso LXXVIII do art. 5º, da Constituição Federal ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"), princípio constitucional da razoabilidade do processo, impede que o acusado fique sob esta condição indefinidamente, aguardando que o feito tenha marcha processual normal. 4. O transcurso do tempo causado pela exagerada duração do processo contribui para disseminar um sentimento de injustiça e de incerteza na sociedade e gera para o acusado um grande transtorno, constituindo-se, por si só, punição. 5. O direito fundamental à razoável duração do processo é um direito constitucional e próprio do Estado Democrático de Direito. (TRF 1.ª R. – 3.ª

³⁴⁰ Ibidem, p. 68.

³⁴¹ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamento de instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. Rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

³⁴² LOPES JR, Aury. **Direito à duração razoável do Processo tem sido ignorado no país**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais> . Acesso em 08 de dezembro de 2017.

T. – HC 0069549-49.2011.4.01.0000 – rel. Tourinho Neto – j. 13.12.2011 – public. 19.12.2011)³⁴³.

Entretanto, há necessidade de efetivar a duração razoável do processo, para evitar os danos que a prolixidade do tempo processual pode causar aos envolvidos, principalmente ao réu, que no mais das vezes, sofre com essas “dilações processuais indevidas”³⁴⁴, que ofendem aos direitos fundamentais do acusado e à sua dignidade.

O princípio da duração razoável do processo objetiva combater as dilações processuais indevidas, exigindo que o processo tenha uma extensão temporal que não ultrapasse de longe o prazo legal (por ex: artigos, 400 e 531 do CPP), como uma forma de resguardar a liberdade individual, e a dignidade da pessoa humana.

Conforme ensina Aury Lopes Junior, a duração razoável do processo previsto na Constituição Federal é abstrata, ou, aberta porque não estabelece um tempo determinado para que o órgão julgador conclua o processo³⁴⁵. Esta ausência de prazo, conjugado com a falta de sanção para o magistrado que procrastina³⁴⁶ em seu dever de julgar os processos sob sua jurisdição no prazo “razoável”, talvez sejam os motivos encorajadoras dessa lerteza judiciária.

Quanto aos prazos do Código do Processo Penal já aludidos, Aury ressalta que aqueles são despidos de sanção, ou seja, os prazos sem sanções equivalem à ineficácia, pela ausência de qualquer comando objetivo que obrigue o magistrado a observá-los, salvo a penalidade prevista no art. 93, II, alínea “e” da Constituição Federal³⁴⁷. Assevera ainda que, “Em matéria cautelar (pessoal ou real) a situação é ainda mais grave: não existe qualquer definição de prazo máximo de duração, permitindo assim o bloqueio de uma conta bancária por 13 anos”³⁴⁸.

Ainda sobre “ausência dos prazos” no contexto brasileiro, Aury trouxe a colação o Código de Processo Penal paraguaio, no seu art. 136, que garante a resolução definitiva do processo judicial em tempo prazo razoável, cuja duração é de 4 anos, a contar do primeiro ato, prorrogável por seis meses, se houver a sentença condenatória. Vencido o prazo, o magistrado ou o tribunal de ofício ou a requerimento da parte, declarará extinta a ação penal, como prevê

³⁴³ LOPES JR, 2017.

³⁴⁴ Expressão usada pelo Aury Lopes Junior, cf. introdução ao processo penal de 2006.

³⁴⁵ LOPES JR, 2017.

³⁴⁶ No que diz respeito a procrastinação feita pelos magistrados, Aury cunhou a expressão “(de) mora jurisdicional” com significado de “mora” devido a procrastinação que leva o juiz na não adimplir a sua obrigação de prestação jurisdicional devida. Cf. LOPES JUNIOR, Op. cit. p. 103.

³⁴⁷ Art. 93, II, e) “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

³⁴⁸ LOPES JR, Op. cit. p. 103.

o art. 137, do referido código. Este exemplo do código paraguaio é o verdadeiro modelo a ser seguido, porque traz sanção, isto é, extinção do feito pela dilação indevida³⁴⁹.

Nelson Nery Junior, a discorrer sobre a duração razoável do processo, proclama que

“no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, etc.³⁵⁰.

Ainda segundo Nelson, a razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos, que são: a natureza e a complexidade da causa; conduta das partes e seus procuradores; atividades e procedimento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; a fixação legal dos prazos para prática dos atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa³⁵¹.

A dilação indevida do processo deve ser aferida não só quando o réu está intramuros, mas também quando está extramuros, porque embora fora do cárcere, sofre estigma e dissabores que a submissão do processo penal acarreta tais como: limitação da liberdade de ir e vir, restrição dos direitos e livre disposições de bens, a privacidade de comunicação bem como a própria dignidade do réu³⁵².

Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves³⁵³ classificam a demora processual em patológica e fisiológica. A demora fisiológica do processo decorre da sequência dialética dos atos processuais que se alargam através da sua encadeação, respeitando as garantias constitucionais, o contraditório e a ampla defesa, que demandam certo lapso de tempo, diferentemente da demora patológica que extrapola o tempo razoável esperado para duração da relação processual, postergando-a para lá do necessário.

A dilação devida do processo é necessária, quando o processo demanda perícias técnicas e complexas, que requerem mais tempo para poder apurar a veracidade dos fatos, ou, as provas de que o processo necessita para poder seguir em frente, ou para que o magistrado possa ter um norte para poder proferir a sua decisão. A demora patológica além de criar um

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ NERY JR. Nelson. **Princípio do processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 315.

³⁵¹ Idem.

³⁵² LOPES JR, op. cit. p. 99.

³⁵³ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça: garantia de obtenção da tutela jurisdicional adjetivada. In: DIDIER JR, Fredie. (ORG.). **Coleção Novo CPC** - Doutrina Seleccionada - Vol.4 - Procedimentos Especiais, tutela provisória e transitória. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 108-109.

clima de insatisfação aos jurisdicionados, um provimento jurisdicional moroso, é inútil e cataloga a justiça como algo ineficiente, e tardio, pois não consegue dar uma prestação jurisdicional a tempo.

Na questão da celeridade processual há que se cautelar para que não ocorra a supressão dos direitos, e das garantias processuais do réu, como alerta o Aury Lopes jr.

No que tange a duração razoável do processo, entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um tempo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois, grande prejudicado é o réu, aquele submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de dependência. O processo deve ser mais célere para evitar o sofrimento desnecessário de quem a ele está submetido. É uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu³⁵⁴

Nesse diapasão, deve-se buscar o equilíbrio entre aceleração do processo e os direitos e as garantias fundamentais das partes (em especial do réu), para não serem (suprimidas) deixados para trás, ou atropeladas por conta da velocidade processual. O processo não deve ser tão rápido para não ocorrer a supressão de direitos e garantias fundamentais, e nem tão moroso, porque pode afetar de forma desnecessária a liberdade de ir e vir, e a disponibilidade dos bens do réu.

Entretanto, a concentração da competência em matéria de *habeas corpus* na suprema corte guineense, também viola a liberdade de ir e vir e os direitos e garantias fundamentais das pessoas submetidas ao processo penal, que, no caso em tela, é muito lento por causa do monopólio atribuído ao supremo, pela Constituição da República (1984).

Para que haja respeito à dignidade humana, ou, para que se viva um verdadeiro Estado Democrático de Direito na Guiné-Bissau, é imprescindível que (haja mudança de paradigma) se faça a desconcentração da competência do Supremo Tribunal de Justiça, para pelo menos os tribunais regionais em funcionamento, a fim de minimizar afronta ao direito fundamental de ir, vir e ficar dos cidadãos.

4.9. MUDANÇA DE PARADIGMA COMO SAÍDA PARA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR.

³⁵⁴ LOPES JR, op. cit. p. 34-35.

Como se depreende dos argumentos expostos acima, a concentração da competência para conhecer a matéria de *habeas corpus* no Supremo Tribunal de Justiça guineense, é incompatível com a natureza célere do instituto heroico, desacelera o processo da proteção do direito fundamental de ir e vir, e, conseqüentemente, afronta à dignidade da pessoa humana.

Frente a esta situação anacrônica, do ponto de vista de proteção do direito fundamental de ir, vir e ficar das pessoas, propõe-se a mudança do paradigma (da dogmática constitucional), em que se funda a competência do Supremo, a fim de superar o problema, que passará pela suplantação do antigo pelo novo paradigma, uma vez que, o antigo é comprovadamente inadequado, ou, insuficiente para proteção do direito fundamental em comento.

Entretanto, ao falar de mudança de paradigma, é imperioso trazer ao debate a ideia de Thomas Samuel Kuhn sobre o assunto, principalmente, no capítulo 8º, em que discorreu sobre a natureza e a necessidade das revoluções científicas, que, segundo ele, “são avanços episódicos não cumulativos, em que um paradigma antigo é parcialmente ou totalmente suplantado por um novo paradigma, pela sua incompatibilidade com o paradigma antecedente³⁵⁵”.

Neste tópico, vai-se empregar a noção de paradigma para demonstrar que o modelo vigente no que concerne à proteção do direito de ir, vir e ficar, é inadequado com ritmo do Estado Democrático de Direito, cujo objetivo principal é da uma efetiva proteção aos direitos fundamentais, o que o modelo atual, ou “tradicional”, não oferece dado à sua morosidade.

Segundo Kuhn: “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma³⁵⁶”, ou seja, pode-se entender um paradigma como um conjunto de regras impostas a uma comunidade que se transformam em modelos de comportamento e de resolução dos conflitos que surgem dentro da comunidade. Estes modelos de resolução de conflitos firmados, com as mudanças que ocorrem na sociedade, tendem a ser ultrapassados quando não conseguem mais resolver os problemas que nela surgem, isto é, momento que o paradigma entra em crise e se exige a sua superação por outro que dê resposta a novos casos que apareçam na sociedade.

Conforme Raquel Tiveron, paradigma é uma expressão utilizada por Thomas Kuhn, para referir conjunto de progressos científicos universalmente reconhecidos, que por certo

³⁵⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 116. Pdf.

³⁵⁶ KUHN, Ibidem, p. 188.

período de tempo oferece soluções-modelos para uma comunidade de investigadores.³⁵⁷.

Ainda segundo Tiveron:

Um paradigma domina uma disciplina científica, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias cognitivas para solução de várias questões. À proposição que se desenvolve e amadurece, ele revela incapacidades ocasionais para enfrentar novas vicissitudes. As respostas produzidas ao longo das pesquisas não correspondem mais às expectativas da comunidade científica. O então é deflacionado ou abandonado quando os estudiosos instigados começam a procurar novas formulas e soluções. Não se trata simplesmente da passagem de uma opção teórica para outra, mas uma mudança epistemológica radical. Esta ruptura oportuniza uma forma diferente de pensar e proporciona novos modelos e teorias que desafiam o modelo tradicional de interpretar e explicar os eventos. (...) ³⁵⁸.

Sobre a mudança de paradigma, Thomas Kuhn³⁵⁹ aponta dois momentos de desenvolvimento das ciências, isto é, a Ciência Normal e a Revolução Científica. A Ciência Normal, conforme Kuhn, é a ciência determinada segundo as regras e modelos de um paradigma, e é incumbida a resolver as questões que surgem no interior do paradigma. Acontece que, quando os problemas que surgem, não se encaixam nas soluções previstas no paradigma, este começa a enfraquecer e entra em crise. E como é obvio, em crise, busca-se a solução, e nesta busca, caminha-se para construção de um novo paradigma que ocorre no estágio que ele chama de *ciência extraordinária*, que fica na linha fronteira entre o antigo paradigma e o novo. Esta ciência extraordinária modifica as regras do antigo paradigma e introduz o novo paradigma, que dispensará as regras anteriores, quer dizer, opera-se um processo de mudança descontínua na transição.

O paradigma fixado pelo nº 4, do art. 39 da Constituição da República, deve ser suplantado, uma vez que, não se rima com ditames do Estado Democrático de Direito, que é dar amplo acesso ao Poder Judiciário e duração razoável da prestação jurisdicional, em especial com a dinâmica do instituto heroico, na proteção do direito de ir, vir e ficar dos cidadãos.

A regra paradigmática do artigo, ora referido, está em crise, porque não se coaduna com celeridade que demanda de proteção do direito fundamental em questão pela sua morosidade (concentração da competência em matéria de *habeas corpus* no Supremo e demora de fazer chegar o pedido de *habeas corpus* ao Supremo), e a sua obsolência vem mais à tona com a falta de infraestruturas que poderiam encurtar a distância e o tempo, para que os

³⁵⁷ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa**: a construção de um novo paradigma da justiça penal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 121.

³⁵⁸ TIVERON, idem.

³⁵⁹ KUHN, op cit. p. 107-109.

pedidos de *habeas corpus* cheguem ao Supremo. Por este motivo, deve ser suplantada por outra que inspire a celeridade na proteção deste direito.

Para o bem da democracia, do Estado Democrático de Direito e da própria dignidade da pessoa humana, urge proceder à mudança do paradigma firmado do art. 39, n°4, da Constituição da República, sob pena de estarmos a viver aquilo que Durkheim³⁶⁰ chama de “vulgo” ou “prenoção”, com relação ao Estado Democrático de Direito, isto é, uma noção bem distante daquilo que o Estado Democrático de Direito realmente é.

O Estado Democrático de Direito está radicado na dignidade da pessoa humana, e os instrumentos protetivos da dignidade humana devem, portanto, ser céleres, para que o cidadão não passe, desnecessariamente, por momentos indignos que desonram a sua dignidade. É importante que o Estado crie mecanismos aptos à proteção dos direitos fundamentais, como forma de honrar a dignidade da pessoa humana e a própria nomenclatura que assume – Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são protegidos pelos remédios constitucionalmente previstos para sua tutela. *Habeas corpus* é um remédio constitucional cuja finalidade é impedir a restrição, ou fazer cessar a violência efetiva contra a liberdade de locomoção da pessoa humana decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Apesar de ser um instrumento importantíssimo do Estado Democrático de Direito, o *habeas corpus* teve a sua origem remota segundo alguns teóricos no Direito Romano, pois, através dele se podia reclamar a exibição do homem livre ilegalmente detido, mas a maioria aponta o seu berço no Inglaterra através da *Magna Carta Libertatum* do John Lack Land em 1215, outorgado pela pressão dos Barões ingleses.

³⁶⁰ Durkheim, na sua obra intitulada, *As regras do método Sociológico*, em que se visa estabelecer um método para sociologia, disse que uma ciência da sociedade não se deve conceber em simples preconceitos tradicionais (senso comum), e que para compreendermos as instituições, é imprescindível fazer a leitura externa delas, afastar as prenoções que temos sobre elas e não deixar as opiniões sociais (vulgo= senso comum) interferirem. DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Traduzido por Paulo Neves e revisto por Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins. 2007, p. 7, em pdf.

Mas o que realmente importa, é que ele é um instrumento constitucional de proteção da liberdade de ir e vir dos indivíduos e, como tal, o seu processamento é célere para atender a essencialidade do bem jurídico que tutela, que pode ser profundamente ferido se o procedimento for demorado.

Ao Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, incumbe-se a responsabilidade de criar os meios necessários para efetiva tutela destes direitos, sob pena de prestar-lhes uma proteção deficiente e, conseqüentemente, violar a dignidade da pessoa humana, que é o valor fontal donde irradiam os direitos fundamentais e o próprio sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se, no presente trabalho, que o *habeas corpus* no ordenamento jurídico da República da Guiné-Bissau, não é célere como deveria acontecer ou como acontece noutros países, devido aos seguintes motivos:

a) a concentração da competência no Supremo Tribunal de Justiça guineense para decidir sobre o pedido de *habeas corpus* impede a celeridade do próprio instituto e acarreta violação ao direito fundamental de ir e vir.

b) Esta concentração de competência no STJ fere o direito de acesso à justiça, na medida em que, a distância da capital Bissau com algumas regiões é considerável e que por si só pode levar a pessoa a desistir de procurar o Poder Judiciário para reconquistar o seu direito de locomoção.

c) a falta da espécie preventiva do *habeas corpus* também é um empecilho a rápida proteção da liberdade de locomoção, uma vez que, só se pode impetrar o pedido de *habeas corpus* quando houver efetiva restrição da liberdade de ir e vir.

Para solucionar o problema desta última alínea, propõe-se a mudança da redação do art. 39, n.º 3, da Constituição da República “*A prisão ou detenção ilegal resultante de abuso de poder confere ao cidadão o direito de recorrer à providência do habeas corpus*” para “*Sempre que alguém sofrer prisão ou detenção ilegal, ou se achar na iminência de sofrer uma violência ou coação ilegal em sua liberdade de ir e vir, resultante de abuso do poder, pode recorrer à providência de habeas corpus*”. Com esta redação introduzir-se-ia a espécie preventiva de *habeas corpus* para dar mais proteção ao direito de ir e vir de pessoas.

Igualmente, propõe-se que se desconcentre e se distribua a competência dada ao Supremo Tribunal de Justiça para que os Tribunais de Setores, Tribunais Regionais e Tribunais de Círculo ou de Relação, contudo, observando as prerrogativas funcionais de pacientes em cada caso concreto, para assim reforçar o princípio de duplo grau de jurisdição.

O paradigma constitucional atual precisa ser superado para que haja uma proteção efetiva do direito de ir e vir das pessoas, até porque o tempo já é outro e a sociedade evoluiu de forma significativa e a sua evolução exige mudanças dogmáticas que atendam as demandas atuais que o vetusto paradigma guineense não atende mais.

No que respeita ao direito de acesso à justiça, cumpre encarecer ainda que, as exigências para comprovação da hipossuficiência é um ônus excessivo ao necessitado da gratuidade de justiça, justamente por ter que passar pela Câmara Municipal de Bissau e ministério de finanças (departamento de contribuição e impostos) para obter atestado de pobreza limita do direito do acesso à justiça garantido na Constituição da República.

Devia-se a admitir a simples declaração de hipossuficiência do requerente transferindo para o Estado o ônus de comprovar através dos seus órgãos e departamentos, a veracidade da alegação do requerente, sob pena de estar a restringir o direito fundamental de acesso à justiça.

Ademais, a declaração de hipossuficiência só é obtida em Bissau, na capital do país, favorecendo assim tão somente os cidadãos de Bissau, onerando aqueles que vivem nas regiões, por isso, há necessidade de o Estado criar estes órgãos também nas regiões, embora não se contenta com esta exigência como foi frisado em cima, pois, entende-se que é obrigação do Estado provar se requerente merece ou não o benefício.

Destarte, para honrar a democracia e proteger os direitos fundamentais, sobretudo, o direito de ir e vir dos indivíduos e o de acesso à justiça, como deve ser em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que se coloque ao dispor dos cidadãos os instrumentos indispensáveis para a proteção dos seus direitos básicos, caso contrário, estar-se-ia a viver o paradoxo do Estado enunciado na Constituição da República.

Porque a constituição que foi redigida em pleno regime do partido único, apesar de ter sofrido algumas revisões, ainda se fazem presentes alguns vestígios daquele regime, que precisam ser conciliados com a nova era e com os princípios do Estado Democrático de Direito plasmados na Constituição da República da Guiné-Bissau.

O mundo avança e a sociedade o acompanha, o Estado também deve se aparelhar de melhor forma para andar de mãos dadas com a evolução da sociedade, para poder corresponder com as demandas que ela apresenta e não deixar a desejar a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

“Ora ki alguin kirsi, si kompartamentu dibi kirsi tamb. Ninguin ka dibidi kirsi ku komportamentu di mininu, muda paka bu bin fika tras, tras suma limaria - suma ki alguin canta”. - Esta frase em crioulo, língua vernácula guineense diz o seguinte: quando se cresce, o comportamento também deve crescer, sob pena de desacompanhar o processo evolutivo da sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

ÁFRICA. UNIÃO AFRICANA. **Os estados membros da união africana**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Estados-membros_da_Uni%C3%A3o_Africana> Acesso em 15 out. 2017.

ALBUQUERQUE, Marcio Vítor Meyer de. **A Evolução histórica do *habeas corpus* e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, CE, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, **Teoria dos princípios: definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. **A igualdade como direito fundamental**. In: CRUZ, A. C. (Org.); SARMENTO, George (Org.); Matos, Taysa. A (Org.) . **Direitos Humanos Fundamentais: Estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Saulo José Casali. **Judicialização da política**. In: Tribunal Regional Federal da 1ª região. **II Jornada de direito constitucional**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – Brasília, 2014.

BASTOS, Ribeiro Celso. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução: Denise Agostinetti. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOCHENEK, Antonio César. **A interação entre os tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise da experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

_____. **Curso do direito constitucional**. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional**: público e privado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição brasileira**, 1988. Texto constitucional de 05 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 4/93 e pelas emendas constitucionais de revisão n. 1 a n. 6/94. Brasília: [Senado Federal], 1994. 230 p.

_____. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. Brasília: Presidência da República, 1994 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

_____. **Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>> Acesso em: 10 Out. 2017.

_____. Lei 7.510 de 1986. Brasília: Presidência da República, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7510.htm> Acesso em: 28 jun. 2018.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça: garantia de obtenção da tutela jurisdicional adjetivada. In: DIDIER JR, Fredie. (ORG.). **Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - Vol.4 - Procedimentos Especiais, tutela provisória e transitória**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª. ed. Vol.I, rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 532.

_____. **Cançado trindade questiona a tese de "gerações de direitos humanos" de norberto bobbio**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancado-trindade/cancado_bob.htm> Acesso em: 05 jan. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra, 1997, P. 52.

CAPEZ, Fernando. **Curso do processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Norberto Tavares de. **O dever da memória**. Disponível em: <<http://www.didinho.org/Arquivo/DeverdaMemoria.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017

CASTRO, Lolita Aniyar de. **Rasgando el velo de la politica criminal en america latina: o el rescate de cesare beccaria para la nueva criminología**. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/rasgando_velo_politica.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

CASTRO, Marcela Baudel de. **A proteção aos direitos humanos no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13102>. Acesso em: 25 set. 2017.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 15 out 2017.

CONOSABA. **Advogada de conduto pina expulsada na pj e carlos correia considera detenção de manecas de arbitrária**. Disponível em: <<http://conosaba.blogspot.com.br/2017/06/advogada-de-conduto-pina-expulsada-na.html>> Acesso em 07 nov. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção europeia dos direitos do homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador (BA): JusPodvum, 2008.

CUNHA, Sanches Renato. **A figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>> Acesso em: 01 set. 2017.

DARÓS, Roberto Antonio Malaquias. **A função social do processo no estado democrático de direito**. 1º ed. Curitiba: Juará, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DICENTA, Moreno Tereza. El interdicto de homine libero exhibiendo como antecedente Del procedimiento de habeas corpus. In: GANZÁLES, Aránzazu calzada; DE LOS RIOS, Fermin Camacho (Coord). **El derecho penal**: de Roma al derecho actual, VII congreso internacional y X Iberoamericano de derecho romano. Madrid: Edisofer. S. L, 2005

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves e Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, ano 2004.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, Cezar. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. Habeas corpus. In: DIDIER JR. Fredier. **Ações Constitucionais**. 5ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Salvador/BA: Juspodivm, 2011.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direitos e garantias constitucionais fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória, ES, 2004.

GABINETE INTEGRADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A CONSILIDAÇÃO DA PAZ NA GUINÉ-BISSAU - UNIOGBIS. **Novo Centro de Acesso à Justiça apoiado pela UNO inaugurado em Bafatá**. Disponível em: <<https://uniogbis.unmissions.org/novo-centro-de-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-apoiado-pela-onu-inaugurado-em-bafat%C3%A1>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os Sistemas convencional e não-convencional. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GORCZEWSKI, Clóvis; VEIGA DIAS, Felipe da. **A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011>, Acesso em: 25 jan. 2017.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos**: Nova mentalidade emergente pós-1945. 1ª ed. 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2010.

GUINÉ-BISSAU, Assembleia Nacional Popular. **História de Assembleia nacional popular** – ANP, disponível em: <<http://www.anpguinebissau.org/institucional/historia/historia-anp/historia-da-anp>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. **Lei nº 3 de 20 de Novembro de 2002**: anexa ao Código do Processo Civil guineense, Disponível em: < [www.track.unodc.org/LegalLibrary/.../Guinea-Bissau/.../Código%20Civil%20\(2000\).pdf](http://www.track.unodc.org/LegalLibrary/.../Guinea-Bissau/.../Código%20Civil%20(2000).pdf)> Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Código do Processo Penal pdf. Disponível em:< <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-da-africa/legislacao-guine-bissau>>. Acesso em 03 de jun. de 2018.

KMIEC Douglas W. **The human nature of freedom and identity**: we hold more than random thoughts. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No1_Kmiec.pdf> . Acesso em: 09 ago. 2017.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES JR, Aury. **Direito à duração razoável do Processo tem sido ignorado no país**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamento de instrumentalidade constitucional. 4ª ed. Rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Dignidade da pessoa humana: estudo de um caso. Revista dos Tribunais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v, 758, nº 87, dez. 1998.

LUGARO, Marabotto. A. Jorge. **Un derecho humano esencial**: el acceso a la justicia. Disponível em:<<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf>>. Acesso em: 10 Nov. 2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 29ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

MASSAU, Guilherme Camargo. A História do *Habeas Corpus* no Direito Brasileiro e Português. Vitória, ES, n.º. 7, 2008, pp. 01-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 08 Ago. 2017.

MEIRELLES, Lopes Hely. et al. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. Salvador, Juspodivm. 2010.

_____. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (ORG.). **Princípios Penais Constitucionais** – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Juspodivm, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO. **Protocolo facultativo relativo ao pacto internacional de direitos civis e políticos**. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/geral/ProtPactoDirCivPoliticos.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Decreto – Lei 11/2010. **Coletânea fundamental de direito penal e legislação complementar**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-da-africa/legislacao-guine-bissau>>. Acesso em 28 jun. 2018.

MIRANDA Pontes de. **História e prática de habeas corpus**. 2ª ed. Rio do Janeiro: José Konfino, 1951.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro, 2005. Pdf.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus e antecedentes históricos**: hipótese de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Baueri, Manole, 2005.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos tribunais, v, 777, nº 89, julho.2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de ciência política e direito constitucional guineense**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 37.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª Ed. Atual. São Paulo: Atlas. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 15 out. 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do direito fundamental de acesso à justiça**. Scientia Iuris, Londrina, v. 10. 2006.

PETRUCCIANI, Stefano. **Modelos de filosofia política**, Tradução: José Raimundo Vidigal – São Paulo: Paulus, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Teoria%20Geral%20da%20Constituicao%20e%20direitos%20fundamentais%20-%20Rodrigo%20Cesar%20Rebello%20Pinho.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PINTO, Mónica. **Relatório da relatora especial sobre a independência dos juízes e advogados**. Disponível em: <https://uniogbis.unmissions.org/sites/default/files/a_hrc_32_34_add1pt.pdf> Acesso em: 23 jan. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Sistema internacional de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf> Acesso em: 23 mar. 2018.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 21 de Agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2017.

PORTUGAL, **Constituição da República de 2 de Abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 ago. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, em PDF.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. **El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>> . Acesso em: 12 out. 2017.

ROMO VALENCIA, Pablo Hernandez. **Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad: aproximación de la realidad penal** <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/view/2569/2421>>. Acesso em: 13 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, et. al. **Curso do direito constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.

SCHEER, de Alcântara Martins Milene. A dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 14, nº. 54, janeiro/março de 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1ª ed. 2ª reimp. Madrid: Alianza editorial, 1982.

SERNA, Pedro. **El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo**. El derecho a la vida, Pamplona: Eunsa, 1998, p. 42

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio do janeiro: forense, 2002.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico/atualizadores**: Nagib Slaibi filho e Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004.

_____. **Vocabulário jurídico/ atualizadores**: Nagib Slaibi Filho e Glaucia carvalho. Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Vocabulário jurídico/atualizadores**: Nagib Slaibi filho e Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2006.

SILVA NETO, Jorge Manoel e. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso do direito constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tirag. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: dois de julho, 2011.

STJ – 5ª T. – RHC nº 3.716 – 41PR – Rel. Min. Jesus da Costa Lima, *Ementário*, 10/680; RT 598/322; RJTJSP 126/519 – NUNES, dos Santos, Anderson, Habeas Corpus. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17454&revista_caderno=9#_ftn5>. Acesso em: 04 set. 2017.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa**: a construção de um novo paradigma da justiça penal. Brasília, DF: Thessarus, 2014.

TORON, Alberto Zacharias, **Controle do devido processo legal**: questões controvertidas e de processamento de Writ, 1ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual do processo penal**. 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

UNIOGBIS - United Nations Integrated Peacebuilding Office in Guinea-Bissau. **Relatório dos Direitos Humanos na Guiné-Bissau**. Disponível em: https://photos.state.gov/libraries/senegal/323264/pdf/hhr-2012_gb_pt.pdf. Acesso em 12 de Mar. de 2015.

VAN DER BROOCCKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição de proteção deficiente (untermassverbot)**. Curitiba: CRV, 2016.

WIKIPÉDIA. **Classe social**. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Classe_social>. Acesso em 10/08/2017.

_____. **John dalberg acton**: 1.º barão acton. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Dalberg_Acton,_1.º_Ba-Bar%C3%A3o_Acton#cite_note-2>. Acesso em: 13 out. 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.