

HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL

Jean Charles de Oliveira Batista¹

¹Bacharel do Curso de Direito. Faculdade Guanambi – FG. Guanambi – BA.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa abordar sobre os remédios constitucionais do Habeas Corpus e do mandado de Segurança no Processo Penal. Consubstancia-se na obrigação da liberdade do corpo e no direito líquido e certo, quando alguém for detentor desses direitos será impetrado o remédio constitucional adequado. Sendo assim, o presente estudo tem por escopo principal divulgar a consagração do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança onde se constitui em indispensável instrumento de defesa do indivíduo face ao Poder Público ou até mesmo perante o particular. O cidadão tem assegurado à certeza de que todo constrangimento, cerceando direitos de liberdade por abuso de poder terá o remédio constitucional apropriado para tal medida.

A Constituição Republicana de 1988 trouxe em seu artigo 5º, LXVIII trouxe a figura do Habeas Corpus e no inciso LXIX do mesmo artigo consagrou o Mandado de Segurança. Dessa forma, serão verificadas as formas do emprego desses institutos no processo penal.

HABEAS CORPUS E SUAS PECULIARIDADES

Habeas corpus é um dos mais importantes remédios constitucionais. Está previsto no artigo 5º, LXVIII da Constituição de outubro, onde pontifica que deve “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”. O significado é dá-me o corpo, que veio de uma expressão mais ampla do latim, ou seja, destinado a tutelar a liberdade de locomoção que é o direito de ir, vir e também de ficar. A liberdade no artigo 5º da constituição traz também em seu bojo a preocupação em que o legislador teve na sua preservação. Assim diz tal postulado:

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade (grifo nosso).

Existem dois tipos de habeas corpus: o preventivo e o repressivo, aquele é impetrado quando tem uma mera ameaça de constrangimento a liberdade, que não existe ainda um ato concreto constrangedor e a corte suprema vem concedendo esse direito, pois com razão, uma vez que é um direito constitucional. Em relação ao HC preventivo Tourinho Filho afirma que “pode ser impetrado quando houver ameaça à liberdade de locomoção”, verdade afirmar que esse entendimento é dominante na Doutrina. Já este (repressivo) existe um ato constrangedor que constrange direta ou indiretamente a liberdade do agente, já existe um inquérito policial ou ação penal contra ele, já existe um mandado de prisão ou que é pior já existe uma prisão, portanto, já existe um ato constrangedor. Também denominado por Tourinho de liberatório, com grande sabedoria que lhe peculiar, admite “quando o paciente já estiver já estiver sofrendo a violência ou coação na sua liberdade ambulatoria.”.

A partir do ano 2000, em meio a uma forte onda de CPI's - comissão parlamentar de inquérito - que assolava o país, foi impetrado diversas vezes esse remédio, principalmente o Habeas Corpus preventivo, onde na qual não se observava tal norma. Esses dois remédios foram abordados de forma massacrante pela mídia, onde os ratos saíram dos porões para usar o referido instituto cabível. Tal diploma legal, contudo, foi impetrada no judiciário sem nenhum critério, proteção requerida às pressas onde acabou por não sucumbir às pressões da mídia que clamava por uma legislação mais severa.

É possível pedir liminar em habeas corpus, mesmo que o HC já é uma ação rápida ou uma ação célere, vez que, é compatível e por mais célere que seja o HC ainda é possível o pedido de liminar, pois há casos de muita urgência e de muito flagrante ao direito de liberdade.

Qualquer pessoa pode impetrar HC em favor de qualquer pessoa, e o supremo decidiu que até estrangeiro poderá impetrar desde que seja em língua estrangeira, sendo assim brasileiros e estrangeiros podem impetrar habeas corpus no Brasil desde que seja em língua oficial. Não ficaram de fora os menores e os analfabetos, neste caso claro alguém deverá escrever e assinar por ele e lembrando que está previsto no Código de Processo Penal. O Ministério Público pode impetrar HC, sendo fiscal da lei tem essa prerrogativa, diferentemente é o entendimento do juiz de um processo que ele atua como magistrado, nesse caso ele pode conceder ou ele pode liberar o agente, poderá

impetrar sim, quando tiver conhecimento de outro processo de que ele não faça parte, mas não como juiz e sim como qualquer do povo.

Pode-se impetrar habeas corpus em favor de qualquer pessoa, isso porque é um direito constitucional que tem por escopo tutelar direito individual de locomoção. O STF tem se manifestado com relação em impetrar HC em favor de pessoas jurídicas e disse que não é possível, isso por um motivo muito simples: pessoa jurídica não tem liberdade de locomoção, pois não tem direito de ir e vir, sendo assim não será paciente ou figurar no pólo passivo nessa relação jurisdicional. Se tratando de paciente existem três pessoas sempre aparecerão no habeas corpus: impetrando (qualquer pessoa), o paciente (sofre ou ameaça de constrangimento a liberdade) e por fim a autoridade coautora (aquele que ameaça ou constrange o paciente) pode ser uma autoridade: delegado, juiz, promotor e pode ser até mesmo um particular. Podemos citar o exemplo de um diretor de um hospital que não libera o paciente enquanto ele não paga a conta, enquanto não pagar não terá alta sendo assim esse particular poderá sofrer um habeas corpus em favor do cidadão outrora doente, poderá impetrar porque está sendo cerceada a liberdade.

O habeas corpus pode ser impetrado tanto dentro do Processo penal quanto fora, ou seja, só existe HC no processo penal e a resposta só pode ser negativa, pois serve pra qualquer liberdade de locomoção, um exemplo citamos a reforma do judiciário em 2004 quando disse que até a justiça do trabalho pode julgar HC, mostra, porém, que não é um instituto exclusivo do processo penal, desde que haja restrição à sua liberdade.

Se no Processo Penal não há risco de locomoção não caberá habeas corpus, em um processo penal que não há risco de cerceio a liberdade e nem pena privativa de liberdade, ou seja, mesmo que condenado o réu não vai para a prisão e dessa forma não haverá necessidade de habeas corpus. No artigo 28 da lei 11.343\06 a chamada lei de drogas assevera:

quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas;II - prestação de serviços à comunidade;III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Sendo um crime de não aplicação de pena de liberdade não caberá pena de liberdade, uma vez que, em nenhum momento será cerceada a sua liberdade. O mesmo

acontece quando a pena é aplicada tão somente com multa, essa pena não pode ser convertida em multa e conseqüentemente não haveria necessidade de habeas corpus, pois não há perigo eminente de cerceamento da liberdade. Imagine também se o agente já cumpriu a pena de liberdade, quando já houve a extinção da punibilidade nesse caso não mais poderá impetrar habeas corpus, todavia não há mais risco de liberdade de locomoção.

Para julgar a competência do HC será competente o juiz, no caso por exemplo, sendo um delegado ou particular, então será competente o juiz daquela comarca. E se o juiz for à autoridade coautora, ordenando a prisão de alguém, deverá ser impetrado HC nesse caso ao tribunal, pois está acima do juiz. Se for um juiz estadual impetrar no Tribunal de Justiça, se for um juiz federal competente será o Tribunal Regional de Justiça e se for esses tribunais a autoridade coautora deverá ser impetrado tão somente no Superior Tribunal de Justiça e por fim este sendo autoridade que cerceia a liberdade do individuo caberá ao Supremo Tribunal de Federal, pois este está acima, sendo superior. Portanto para julgar HC devemos observar tão somente a autoridade coautora que está acima. As hipóteses de HC estão no artigo 648 do CPP que reza:

a coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

Quebra de sigilo bancário ou fiscal atinge o direito fundamental, que é o direito a intimidade, sendo assim a medida necessária a atacar essa decisão é o mandado de segurança já que destina a tutelar direito a intimidade. Ocorre que o Supremo já decidiu várias decisões em que seu conteúdo assevera que se a quebra desse sigilo for durante uma investigação criminal ou durante processo cabe sim cabível o habeas corpus. Nesse mesmo dispositivo assegura que havendo a quebra há também um risco de prisão, porém esse risco não é tão imediato assim, mas pode acontecer em um futuro próximo, esse é o entendimento atual do STF.

Não cabe decisão contra liminar de decisão já proferida contra HC, apesar de ser célere que existam situações de bastante urgência, todavia, essa decisão já está pacificada pelo o supremo, como conseqüência disso o impetrante terá que esperar tal julgamento pra aí sim entender o motivo da negativa, para desse modo, impetrar com um novo habeas corpus, todavia, há entendimento contrario dentro do próprio STF

atenuando o rigor dessa posição, se o constrangimento a liberdade é manifesto, urgente e claríssimo nesses casos excepcionalmente é permitido o HC. Portanto existe uma regra e uma exceção fixada pelo o próprio Supremo Tribunal Federal, onde aquela diz que não caberá HC e esta ensina que sendo evidente o flagrante desrespeito a locomoção poderá ser impetrado liminar de decisão no habeas corpus.

O habeas corpus é uma decisão proferida pelo o poder judiciário e contra essa decisão negativa cabe recurso de reexame necessário, onde antigamente era chamado de recurso de ofício. Todo recurso de HC deverá ser levado em instancia superior em sede de reexame. Também decisão de juiz de primeira instancia que concede ou nega esse remédio constitucional cabe recurso em sentido estrito (rese), essa afirmativa verificou no artigo 581 do Código de Processo Penal “caberá recurso, no sentido, estrito, da decisão, despacho ou sentença:” e considerado por inúmeros doutrinadores como um rol taxativo, temos o inciso dez como norte “que conceder ou negar a ordem de habeas corpus” caberá rese.

Nas demais instancias também cabe recurso, no caso dos tribunais que nega HC cabe o recurso ordinário constitucional (roc) a ser impetrado para a instância superior nesse caso para o STJ, ou seja, o tribunal que está acima. Sendo assim se foi o STJ caberá o roc para o STF que é superior. Analisando dessa forma podemos afirmar que qualquer furto de galinhas pode chegar ao Supremo em sede de HC, pois onde se há negativa terá um recurso apropriado.

MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL

Mandado de Segurança é um direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade por abuso de poder for autoridade ou pessoa jurídica no pleno exercício de atribuições do poder publico, essa é a previsão do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Republicana de 88, onde reza:

conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança, portanto, pela a localização de sua disposição legal, são considerados direitos e garantias fundamentais do cidadão, que visa a amparar os direitos individuais contra abusos do estado. Sua previsão não está positivada no Código

de Processo Penal, mas na lei 1.533\51, enquanto o HC assegura direito a liberdade de ir, vir e ficar, o mandado de segurança uma ação de natureza civil também é cabível no âmbito do processo penal, desde que, não seja amparado por habeas corpus.

No transcorrer do Processo Penal além das questões relativas a liberdade do cidadão que estão indiciado no inquérito policial, surgem outra questão referente ao direito material e não de natureza pessoal(liberdade), mas sim de natureza procedimental, ou seja, relacionada ao processo que não sejam passíveis dessas questões de HC, assim sendo, quando não é a impetração de habeas corpus ou habeas data, os tribunais tem admitido o emprego do MS para assegurar direito líquido e certo dá acusação ou defesa.

O que significa esse direito líquido e certo que fala a lei? O professor Ely Lopes Meireles com propriedade ensina “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração”. Se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indetermináveis, não rende ensejo jamais à insegurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Em ultima análise, o direito líquido e certo é o provado de plano.

O mandado de segurança é cabível contra ilegalidade e abuso de poder da autoridade pública. Ilegalidade: é o ato que está em desacordo com a lei. Se o agente atua decidindo, ou se omite em desconformidade com a lei, seu ato é ilegal. Abuso de autoridade: é o ato praticado por autoridade competente, mas que o faz com diversa finalidade, desviando-se da lei ou extrapolando os limites da lei, excedendo no seu poder. Em matéria criminal damos o seguinte v.g.: quando um juiz determina a soltura de um réu, agindo contra expressa posição legal, cabe mandado de segurança impetrado pela a acusação, é o que acontece com os crimes hediondos cuja lei 8.072\90 proíbe a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, a quem for preso em flagrante, bem como aqueles réus que permanecem presos ao longo de toda a instrução e são soltos pelo o magistrado na sentença condenatória sem que tenha havido qualquer modificação na situação processual.

O mandado de segurança serve para reparar um dano iminente, mas nos termos da sumula 267 do STF concretiza no sentido que se houver recurso específico para a decisão, não cabe MS, diz a súmula "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição", no entanto, por vezes, um recurso ou medida legalmente expressa não é apto para reparar um dano eminente, daí cabe o mandado de

segurança. Vejamos o v.g.: até bem pouco tempo atrás, em todos os jornais escritos e falados, noticiou que a justiça mandou um preso de alta periculosidade retornar para seu estado de origem - Rio de Janeiro -, onde no qual estava cumprindo pena em São Paulo, o fato é que de volta àquela capital a segurança pública daquele estado estaria em risco ainda que o condenado estivesse preso. É sabido que como integrantes de organizações criminosas, também atuam além das muralhas de presídios. Nesse caso o MS serviu tão somente para suspender a decisão do juiz que determinou a remoção do preso para a capital do Rio de Janeiro, vez que, já tinha impetrado agravo de execução.

De forma bastante sucinta e didática o culto Tourinho Filho preleciona com relação ao MS “...ao contrário do que ocorre com o Habeas corpus, somente pode ser impetrado por quem tiver capacidade postulatória. Se não, não.”. Afirma ainda que não são muito freqüente a sua impetração no âmbito penal. Usa ainda o termo contar “nos dedos” o numero de decisões em relação a esse remédio constitucional, enumerando alguns decididos.

advogado que queira ter vista dos autos fora do cartório; b) para ser admitido como assistente; c) contra apreensão em excesso de objetos contrafeitos para instruir ação penal nos crimes contra propriedade imaterial; d) para obter efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução e ao recurso em sentido estrito; e) para conseguir a restituição de coisas apreendidas (TOURINHO FILHO, 2010)

O mandado de segurança é usado o termo impetrante para a legitimidade ativa, já na legitimidade passiva o Estado será o sujeito passivo, representado pela autoridade pública e o seu procedimento será a partir da ciência do ato impugnado, tendo cento e vinte (120) dias para impetrar o mandado de segurança. Não caberá MS contra ato de particular e para sua impetração caberá um advogado inscrito na (Ordem dos Advogados do Brasil) e a competência em decisões judiciais será apreciado pelo tribunal incumbido em grau de recurso.

A partir do momento em que a autoridade competente verificar a fumaça do bom direito “FUMUS BONI IURIS” e o perigo da demora “PERICULUM IM MORA” o juiz poderá conceder a medida liminarmente e determinará notificação da entidade coautora para que preste informação dentro do prazo de dez (10) dias e o Ministério Público terá então de se manifestar em cinco (5) dias a favor ou contra a concessão da ordem, com essas informações ou sem elas o juiz ou tribunal dará a decisão em mandado de segurança.

Os casos mais freqüentes em matéria criminal de impetração de MS são: advogado pode impetrar esse remédio obter efeito suspensivo de recurso, pode também impetrar para que seja autorizada a entrevista com seu cliente preso, impetrar sempre para que possa acompanhar seu cliente em fase de inquérito policial e dentre outras.

No caso de decisão judicial, competente para apreciar o mandado de segurança será o tribunal incumbido de apreciar a questão em grau de recurso.

O STF tem sumulado questões referentes ao mandado de segurança, na súmula 266 "não cabe mandado de segurança contra lei em tese" esse entendimento tem sido acatado pela doutrina, diferentemente no meio acadêmico é muito discutido a súmula 267 "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição", uma vez que, nesses deveríamos recorrer ao processo civil, isso não seria cabente nessa situação, pois estaríamos desviando a matéria processual penal, é o que uma maioria bem significativa da doutrina segue esse mesmo pensamento, como o sábio Alexandre Moreira Tavares dos Santos e também Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. A súmula 268 "não cabe mandado de segurança contra ato judicial com trânsito em julgado", súmula que veio a ter uma segurança jurídica maior, pois, vai haver a inalterabilidade de coisa julgada e ação rescisória para impugnar coisa julgada no âmbito civil.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal sabiamente não poderá admitir o MS contra coisa julgada inconstitucional, todavia, baterá de frente com a referida súmula, já que ela serve de proteção para a coisa julgada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Habeas Corpus e o Mandado de Segurança tiveram seus postulados fundamentados na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que tolerar quando prejudicado por abuso de poder. Faz-se ressalva apenas no ponto em que o dano sofrido decorre por culpa exclusiva do lesado ou por fatos imprevisíveis. Nesses casos, como vimos não há que se falar em responsabilidade do Poder Público se, e somente se, a atuação ou falta de atuação deste jamais poderia evitar o dano.

Ainda sob esse enfoque, observa-se que o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança reconhecem a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a estes inerentes, prerrogativas estas que,

por visarem á tutela do interesse da coletividade, sempre assegurou prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Portanto, O Habeas Corpus e o Mandado de Segurança visam um Estado que dispõem de atos harmônicos com a hodierna sociedade, atos que protegem o respeito e dignidade de seus agentes ao aplicá-los a terceiros. Responsabilidade essa que tem por fim resguardar o indivíduo perante o Estado com seu poder de impérium e os seus serviços.

REFERÊNCIAS

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> Acesso em: 25.08.2011

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/sumulas_stf.htm Acesso em: 07\09\2011

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9267/o-mandado-de-seguranca> Acesso em: 25.08.2012

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1594/do-cabimento-do-habeas-corpus-e-do-mandado-de-seguranca-nas-prisoas-e-detencoes-ilegais-na-policia-militar-de-alagoas> Acesso em: 08\09\2011