

MEDIDA LIMINAR EM "HABEAS CORPUS"

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado I, Membro da Associação Juízes para a Democracia,
e sócio fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1. No conceito de garantia constitucional, está incluída a idéia de preordenação de mecanismos jurídicos de segurança destinados a "salvaguardar e defender a integridade de seu valor normativo, i. é, a sua própria existência". "A garantia constitucional como uma norma jurídica que longe de ser, por sua própria virtude, irrefragável, está exposta, como toda norma de comportamento humano, ao perigo de violações e de inobservâncias. Daí a exigência de particulares dispositivos de segurança, i. é, de garantias específicas e apropriadas, em razão da própria natureza de normas constitucionais".¹ Destarte, de nenhuma ou de escassa relevância seria o elenco das garantias constitucionais, e, em especial, das garantias constitucionais, de conotação penal (princípio da legalidade, princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, princípio da retroatividade da lei penal benéfica, princípio do caráter pessoal da responsabilidade penal, princípio da humanização da pena, princípio da abolição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento, de penas cruéis, etc) ou de conotação processual penal (princípio de que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, princípio do juiz natural, princípio da ampla defesa, princípio do contraditório, princípio da igualdade de armas, princípio do duplo grau de jurisdição, etc) se tais garantias estivessem

desprovidas de um mecanismo de segurança, de feição também constitucional, idôneo a tutelá-las, sem reservas, de modo apropriado e eficiente. Este mecanismo de segurança é representado pelos denominados remédios constitucionais e, no campo específico do direito processual penal, que nada mais é que "direito constitucional aplicado"² pelo *habeas corpus*. O *habeas corpus* dá efetividade às garantias constitucionais, de caráter penal e processual penal e, não apenas, no interesse exclusivo de seus titulares, porque tais garantias, como observa Mauro Cappelletti,³ apresentam "um valor que transcende o homem singular e abarca a sociedade, como um todo. Em face de uma ilegítima violação de domicílio ou de uma prisão arbitrária ou da proibição de uma reunião pacífica, ou frente a uma lei, ou a uma sentença, formal ou materialmente, inconstitucional, sentem-se, de modo direto, atingidos todos os cidadãos e não apenas os que imediatamente sejam interessados". O caráter transindividual das garantias constitucionais posiciona o *habeas corpus*, por sua eficácia e presteza, como o mais idôneo instrumento de atuação da denominada "jurisdição constitucional das liberdades". Por isso, seu caráter de remédio constitucional de tutela dessas garantias, tem a capacidade de romper o princípio processual da inércia do órgão jurisdicional o *ne procedat iudex ex officio*, impondo-se, até, de ofício. O juiz penal enfrenta-se, deste modo, obrigado, além

do normal exercício da jurisdição penal, a fazer valer, efetivamente, as garantias constitucionais do cidadão, no campo penal e processual penal, independentemente de sua provocação, todas as vezes em que tais garantias, por ilegalidade ou abuso de poder, suportem ou estejam em vias de suportar algum tipo de lesão.

2. Não obstante o caráter de presteza com que está informado o remédio constitucional do *habeas corpus*, a ocorrência ou não da ilegalidade ou de abuso de poder, em relação ao direito de liberdade do cidadão, exige a realização de determinados atos de procedimento, que possuem inquestionável dimensão temporal. Da impetração até o julgamento, flui um espaço de tempo, maior ou menor, na dependência da rapidez ou não com que a autoridade, apontada como coatora, preste as informações solicitadas e o MP exare o seu parecer. De permeio, situam-se ainda os atos cartoriais, que têm também uma expressão temporal. É evidente, assim, que, apesar da tramitação mais acelerada do remédio constitucional, em confronto com as ações previstas no ordenamento processual penal, o direito de liberdade do cidadão é passível de sofrer flagrante coarctação ilegal e abusiva. Para obviar tal situação é que, numa linha lógica inafastável, foi sendo construído, pretoriamente, em nível de *habeas corpus*, o instituto da liminar, tomado de empréstimo do mandado de segurança, que é dele gêmeo idêntico. A liminar, em *habeas corpus*, tem o mesmo caráter de medida de cautela, que lhe é atribuída no mandado de segurança.

3. A tutela cautelar “visa assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente”, “o que leva a um provimento sempre provisório.”⁴ O caráter instrumental da tutela cautelar é, portanto, explícito, manifesto. “A

providência cautelar não é um fim mas um meio; não se propõe a dar realização direta e imediata ao direito substancial mas tomar medidas que assegurem a eficácia de uma providência subsequente, esta destinada à atuação do direito material”.⁵ Bem por isso, a tutela cautelar pressupõe, de pronto, a verificação da aparência do bom direito, ou melhor, de um *fumus boni iuris*: um juízo de probabilidade ou de verossimilhança quanto à decisão favorável do processo em relação a quem é beneficiário da medida de cautela. Mas não é só, nem suficiente, essa verificação. É mister que se explique seu porquê. Qual, na realidade, a preocupação a ela subjacente? O que leva o juiz a efetuar um juízo antecipatório embora de conotação provisória, sobre a providência definitiva? O que, em verdade, justifica o acionamento da tutela cautelar? O questionamento proposto encontrou resposta na lição de Calamandrei⁶. “As providências cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências, que estão, freqüentemente, em conflito: a da celeridade e a da ponderação. Entre o fazer depressa e o fazer bem, mas tardiamente, as providências cautelares visam, antes de tudo, a fazer depressa permitindo que o problema do bem e do mal, i. é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido ulteriormente, com a necessária ponderação, segundo os trâmites vagarosos do processo ordinário. Dão, assim, ensejo a que este processo funcione com calma porque dispõem e ordenam preventivamente os meios idôneos para que a providência definitiva, quando chegar a ser pronunciada, possa ter a mesma eficácia e o mesmo rendimento prático que teria, se fosse proferida imediatamente.” É, portanto, o *periculum in mora* que dá fundamento e sustentação à tutela cautelar. “A formação lenta e demorada da decisão definitiva expõe o presumido titular do direito a riscos

sérios de dano jurídico; para afastar esses riscos, para eliminar o dano, admitte-se a emanção duma procedência provisória ou interina destinada a durar somente enquanto não se elabora e profere o julgamento definitivo".⁷

4. Como compreender que uma pessoa permaneça presa e deva aguardar por dez, vinte ou mais dias, a sua libertação se, desde o momento em que efetuou a impetração demonstrou, de forma inconcussa, que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva ou que já está prescrito o próprio título penal executório? Como admitir que alguém fique preso, por um minuto mais, esperando o julgamento do *habeas corpus*, se já fez prova irretorquível do direito à fiança? Como reconhecer que um indivíduo comprovadamente inimputável, em razão da menoridade, deva continuar preso na expectativa de decisão da ordem de *habeas corpus*? Como entender possível a renovação de processo anulado e, portanto, a obrigação de acompanhamento dos atos procedimentais, por parte de réu já absolvido, no mesmo processo, por sentença transitada em julgado? Em todas as situações enfocadas e, em muitas outras, em que a vivência do dia-a-dia tem oferecido, é manifesta a verificação da aparência de um direito, mas o remédio constitucional, não obstante toda sua prestação, mostra-se insuficiente para a proteção desse direito. A liberdade individual não pode ficar dependente da decisão final, quando a privação da liberdade ou submissão a processo constituem manifesta e inequívoca expressão de ilegalidade ou de abuso de poder. Se, no campo do mandado de segurança, a liminar deve ser concedida em face da "relevância dos motivos em que se assente o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de

mérito"⁸, não há negar, no *habeas corpus*, igual providência cautelar, presentes os requisitos fundamentais do *fumos boni iuris* e do *periculum in mora*, máxime porque está em questão o direito de liberdade do ser humano, e a lesão desse direito é sempre imediata, real, consumada, não tendo nenhuma possibilidade de reparação. A tutela cautelar mostra-se, nesse caso, de cogente incidência, sendo aplicável, até mesmo de ofício. Não se argumente no sentido de que o exercício dessa tutela possa redundar num abuso judicial. As atitudes abusivas, se ocorrentes, serão sempre extraordinárias e não poderão, por isso, representar a contenção do uso normal e regular do poder de cautela. Ademais, nem o processo penal de conhecimento, nem o processo de execução penal, estão livres de eventuais abusos judiciais e estes, num e noutro, terão consequências bem mais graves do que o mau emprego da tutela cautelar. Além disso, o receio de abuso não constitui um argumento suficientemente forte para obstar o exercício de um poder judicial limitado por seus próprios pressupostos. É sempre necessário, no entanto, que o juiz atue com o necessário equilíbrio — o que, de resto, constitui uma qualidade que deve ser própria de qualquer manifestação judicial — evitando-se a concessão de liminar sempre que a ilegalidade ou o abuso de poder, eventualmente argüidos ou observados em termos de realidade ou iminência não exibam a característica de lesividade visível e clamorosa ao direito de liberdade pessoal. Fora daí a liminar perde sua conotação de providência cautelar para assumir a conotação de decisão final, precipitada e intolerável.

5. Apesar da omissão do legislador, a doutrina processual penal, na linha das manifestações pretorianas, tem dado acolhida à liminar no *habeas corpus*, emprestando-lhe o caráter de pro-

vidência cautelar. Conforme acentua Ada Pellegrini Grinover⁹, “de natureza cautelar é a concessão liminar do *habeas corpus*, que embora não autorizada pela lei, se esboça em doutrina na esteira da concessão *in limine* do mandado de segurança. A liminar do *habeas corpus*, quer em sua modalidade preventiva, quer na sucessiva, insere-se entre os provimentos cautelares que Calamandrei classificou como antecipatório de um provimento decisório definitivo.” No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, Hélio Torna-ghi¹¹ e Leônidas Ribeiro Scholz.¹²

Mais recentemente Júlio Fabbrini Mirabete¹³ enfatiza que “nada impede seja concedida liminar no processo de *habeas corpus*, preventivo ou liberatório, quando houver extrema urgência”, acrescentando que a liminar em *habeas corpus* “tem o mesmo caráter de medida cautelar atribuída à liminar em mandado de segurança”.

O silêncio legal não seria, porém, obstativo para o reconhecimento da liminar no *habeas corpus*. O direito à liberdade pessoal é, inquestionavelmente, um dos direitos constitucionais fundamentais (art. 5º, *caput* da CF/88) e a “força dirigente da Constituição, concebida não no sentido de transformar a Constituição num “super código fechado”, mas no sentido de exigir sempre um fundamento constitucional para a atividade do legislador e dos outros órgãos públicos (só assim a Constituição deixará de ser um esquelético quadro geral de normas), assume, no plano dos direitos fundamentais, características específicas. Assim, a eficácia jurídica imediata “liberta” os direitos, liberdades e garantias da completa disponibilidade do legislador.”¹⁴ Diante disso, não se pode fugir à consideração de que a omissão legal não tem, no caso, a menor relevância, uma vez que o espaço que pretendia reger está inteiramente tomado pela própria norma

constitucional que dispensa a intermediação clarificadora do legislador ordinário. O princípio da eficiência dos direitos fundamentais põe, na atualidade, o “acento tônico na idéia de otimização ou maximalização dos direitos fundamentais. A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva e captar o seu vigor “irradiante” e “actuante”. Na dúvida a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma “marcha em direção ao vazio”, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais”.¹⁵ Não foi outra a razão que conduziu o legislador constituinte a inserir, na CF/88, o § 1º do art. 5º que reza: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

6. Acolhida a liminar no elenco das providências colocadas à disposição de qualquer cidadão na defesa de seu direito de liberdade, não se compreende como juízes e tribunais se aferrem à condenável prática de rejeitá-la sem nenhum tipo de fundamentação. O “indefiro, ponto” constituiu, no passado, e ainda se mostra hoje, em especial na Justiça de São Paulo, uma prática corrente. Tal postura, além de representar uma atitude arbitrária, incompatível com os princípios vigentes num Estado Democrático de Direito, é uma afronta ao princípio constitucional do n. IX, do art. 93, da CF. Toda pessoa tem o direito de conhecer as razões pelas quais sua liberdade pessoal foi ou permanece coarctada. Nenhuma manifestação judicial, seja uma sentença, seja um mero despacho interlocutório, pode ser proferida sem motivação, pois, esta é, sem dúvida, o instrumento indispensável para a limitação do arbítrio do Estado e para o controle democrático da atividade jurisdicional. Sentença ou despacho, desprovidos de fundamentação, máxime quando está em jogo a liberda-

de pessoal, são atos judiciais inconsistentes, vazios, incontestavelmente nulos. Como pôs em destaque o Min. Celso de Mello, "não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os juízes e tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constritivos do *status libertatis* que pratiquem no desempenho de seu ofício" (STF, HC 68.530-7, DJU de 12.04.91). Daí por que, em recente julgamento, o STF, sendo ainda relator o Min. Celso de Mello, deixou consignado que "a ofensa ao dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais gera a nulidade do julgamento efetuado por qualquer órgão do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais estão vinculados, no desempenho da função jurisdicional, a essa imposição fixada pela Lei Fundamental da República" (STF, HC 68.571-4, DJU de 16.06.92, p. 9.028).

O indeferimento da medida liminar, em *habeas corpus*, exige, em resumo, enquanto significa a manutenção da prisão de uma pessoa, ou a realidade de uma situação ilegal ou abusiva ao direito de locomoção, satisfatória fundamentação para que não se transforme no exercício de pura arbitrariedade judicial.

NOTAS

1. Sérgio Galeotti, "Garanzia costituzionale", in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII/491, Giuffrè, Milão, 1969.
2. Henkel, cit. por Figueiredo Dias, *Diritto Processual Penal*, p. 74, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
3. Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, p. 2, 1955.
4. Ada Pellegrini Grinover, *O processo em sua unidade*, II/72, Ed. Forense, RJ, 1984.
5. José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, I/623, 1948.
6. Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 20, 1936.
7. José Alberto dos Reis, ob. cit. p. 624.
8. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ação Penal*, p. 43, Ed. RT, SP, 1982.
9. Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 84.
10. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, IV/432, Ed. Saraiva, SP, 1983.
11. Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, II/391, 1980.
12. Leônida Ribeiro Scholz, "Medida Liminar em *Habeas Corpus*", in *Cadernos de Advocacia Criminal*, pp. 32-35, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.
13. Júlio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*, 2ª ed., p. 696, Editora Atlas, SP, 1992.
14. José Joaquim Gomes Canotilho, *Diritto Costituzionale*, p. 491, Almedina, Coimbra, 1983.
15. José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 239.