

Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS
Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

P
R PG/INSS
V. 5/n-2
1998

REVISTA DA **P**ROCURADORIA **G**ERAL DO INSS

Volume **5** — Número **2**

1998 : JUL / SET



Brasília
Outubro/1998



HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA

*Luiz Vicente Cernicchiaro **

Os direitos e garantias individuais ganham significativa expressão com o habeas corpus e o mandado de segurança. Duas ações constitucionalizadas, bem distintas, conforme narram os incisos LXVIII e LXIX do art. 5º da Constituição da República. Útil reproduzi-los. “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”. De outro lado, “conceder-se-á mandato 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”.

A natureza da relação jurídica litigiosa distingue as ações; com efeito, a causa da relação processual diferencia com nitidez o processo civil e o processo penal.

Essa distinção, registra-se, não afasta, por si mesma, a adequação do mandado de segurança e do habeas corpus. Tais institutos podem ser idôneos para um ou para outro; por seus elementos constitutivos, entretanto, o primeiro é mais próximo do processo civil o outro se faz presente, com maior freqüência, no processo penal.

O habeas corpus é adequado para impugnar a prisão civil, ao fundamento de haver possibilidade justificável do não-pagamento da pensão alimentícia.

O mandado de segurança, por sua vez, pode ser utilizado, exemplificativamente, por terceiro de boa-fé, para liberar objeto de sua propriedade, apreendido em razão de inquérito policial, ou de ação penal. Da mesma forma, podem fazê-lo o indiciado em inquérito policial, ou o réu, em ação penal.

Fundamental é o bem juridicamente tutelado que se visa a preservar. Assim decorre por força da Carta Política: o habeas corpus busca afastar, ou impedir que se concretize, violência ou coação ao direito de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. O mandado de segurança, por seu turno, é 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.

A jurisprudência tem sido muito liberal para a admissão do habeas corpus. Evidente em homenagem ao direito de liberdade. Deve-se, todavia, promover importante distinção. Em primeiro lugar, afastar a idéia de o mandado de segurança ser incompatível com o processo penal. Em segundo, exige-se — pelo menos — ameaça ao direito de liberdade. Ameaça, por sua vez, corresponde à probabilidade (não se confunde com possibilidade) de concretizar-se a ilegalidade. Rigorosamente, não faz sentido, via habeas corpus, propugnar a nulidade da denúncia, se o réu não estiver preso, ou na iminência de ocorrer a prisão. Como registrado, todavia, os tribunais têm sido tolerantes. Sem exagero, muito tolerantes.

Há, contudo, outras situações em que só em tese, por isso, apenas no âmbito da possibilidade, caberia imaginar ocorrer ameaça ao direito de liberdade, de que é ilustração valer-se do habeas corpus para dirimir conflito de competência, inexistindo qualquer ameaça concreta (probabilidade) ao direito de locomoção.

Na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça transitou recurso ordinário (mais conhecido como recurso de habeas corpus) para, preventivamente, impedir desembargador atuar em recurso criminal, ao fundamento de seu filho haver funcionado, em primeira instância, e requerido a condenação do réu.

Não há, na espécie, sequer perigo iminente (probabilidade) de ilegal restrição ao exercício do direito de locomoção.

Certo, o réu tem direito ao devido processo legal; em conseqüência, a que se obedeça ao modelo normativo em cuja extensão se coloca o direito de ser julgado por juiz imparcial. Tanto assim possível arguição de impedimento e suspeição.

Em 2º grau de jurisdição, evidente, o desembargador está impedido de funcionar em recurso, havendo o filho atuado como Promotor Público.

Em se considerando inexistência de perigo iminente ao direito de locomoção (insista-se: o processo penal geral possibilidade — ameaça in abstrato — que se distingue da probabilidade — ameaça in concreto — ao direito de locomoção).

Se ocorrer a primeira hipótese, não se está protegendo o direito de locomoção, exigindo, isso sim, o devido processo legal; em outras palavras, direito líquido e certo para afastar ilegalidade da composição do órgão julgador.

Caso típico de mandado de segurança; os tribunais, insista-se, não têm sido ortodoxos. A proteção do direito de liberdade tem falado mais alto do que a técnica jurídica.

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, professor titular da Universidade de Brasília e autor do livro "Questões Penais"

