

## ***CONCESSÃO DE LIMINARES***

---

**ELIANA CALMON ALVES**

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

A realidade jurídica expressa no Direito positivo é exercício de absorção dos valores culturais da sociedade. A Ciência do Direito estuda o fenômeno da realidade jurídica como manifestação cultural, valorada via filosofia do Direito, ou sem valoração alguma, pela só observação, via Sociologia Jurídica. Cabe ao jurista observar o Direito posto, analisar os valores nele contidos, comparar esses valores com a norma e os fatos e, por fim, adequar os três elementos: fato, valor e norma.

A preocupação maior nesse trabalho de subsunção é a exata adequação do Direito à realidade, traduzindo os reais valores da vida. E é ainda maior a preocupação quando trabalha o jurista com os direitos fundamentais, também denominados de direitos da personalidade, direitos individuais ou, como modernamente estão sendo denominados, liberdades públicas.

Na identificação e definição desses direitos, exigem-se critérios precisos, atentando o jurista para os contornos filosóficos e morais da vida social. Afinal, trata-se de direitos fundamentais à própria existência e pairam acima do próprio Estado, a quem cabe, por princípio finalístico, dar-lhes garantia.

Nessa tarefa divergem os estudiosos. Enquanto os positivistas sustentam a inexistência de direito fora ou acima do Estado, os formalistas, dentro da mesma ortodoxia, só aceitam como direito o que está contido na ordem jurídica, fora da qual não há espaço para direito algum.

Contraopondo-se aos extremados positivistas e formalistas, próximo aos adeptos do direito natural, entende a doutrina moderna, em

consenso universal e espontâneo, que a pessoa humana está no centro dos valores. Esse valor antecede o próprio direito, muito embora esteja atrelado à realidade do direito posto.

Se a norma reflete os valores da realidade, tendo como centro de preocupação a pessoa humana, ressalta-se a importância dos direitos que buscam garantir a dignidade do indivíduo, direitos esses previstos de forma implícita ou explícita na Lei Maior, ou até mesmo na Lei Fundamental.

A digressão aqui feita serviu ao direcionamento que se dá a um dos direitos fundamentais: o direito de obter do Estado a recomposição ou o resguardo de um direito agredido ou ameaçado.

Ao tempo em que garante o Estado o acesso ao aparelhamento destinado a aplicar autoritariamente a garantia, também há de preservar a efetividade e a qualidade da sua atuação.

A efetividade está ligada ao tempo de entrega da garantia do direito reclamado. Com frequência, a celeridade na prestação jurisdicional é exigida para a sobrevivência do direito. São os chamados direitos instantâneos que, quando agredidos, exigem imediata recomposição via instrumentos de urgência – antecipação de tutela ou liminares, sob pena de perecimento.

Sem as tutelas de urgência de nada valeriam os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, se o tempo, com o seu poder inexorável, consolidasse situação fática que os tornasse inócuos.

Sem valor o aparato estatal, se a demora na mobilização do aparelho judicial levar à irreversibilidade o conflito. A solução efetiva deve ser oferecida em velocidade compatível com a realidade geradora do conflito.

Daí a importância do tema – liminares -, um dos instrumentos de, urgência, para garantia dos direitos fundamentais instantâneos.

### **O Processo e as Urgências**

A garantia, como tutela do direito, pode ser operada em diversos sistemas de proteção: jurisdicional, administrativo, político e misto.

O mais completo e eficiente é o sistema jurisdicional, pela independência e imparcialidade, onde a solução é obtida pelo devido processo legal, princípio inserido no elenco dos direitos fundamentais, na denominada jurisdição constitucional das liberdades.

Dentro da moderna visão do devido processo legal, passa o juiz a ser partícipe da relação e, como tal, vincula-se às garantias, institucionalizando-se o sistema que engloba a todos, inclusive ele que, como os demais partícipes, deve manter-se fiel à norma de conduta pré-estabelecida.

A fidelidade à lei está ligada à visão principiológica, cuja referência reside nos princípios constitucionais que funcionam como uma espécie de filtro de toda a atividade judicante, de tal sorte que não pode o julgador afastar-se do direito contido na ordem jurídica estabelecida.

Essa visão do direito, norteadora das regras interpretativas, proporciona, porém, liberdade ao magistrado para agir no seu mister, de acordo com a lei ou até mesmo fora do texto normativo, se este for insuficiente para solucionar os conflitos e tensões sociais ocorridos nos momentos de rápidas transformações, em que a velocidade do processo legislativo não consegue acompanhar as mudanças sociais.

O exercício de aplicação do direito pelos princípios constitucionais é chamado de ativismo judicial, ensejador de uma visão

criativa e atualizada dos magistrados, mas exige um certo grau de politização da Justiça.

O Direito brasileiro, ao estabelecer na Constituição as garantias ao processo, deu maior importância ao Processo Penal, cercando-o de maiores garantias e impondo-lhe princípios implícitos e explícitos. Dessa forma, privilegiou o legislador, por via de consequência, a liberdade pessoal.

Dentre as garantias que privilegiou a liberdade no âmbito do Processo Penal, instituiu o legislador constitucional instrumentos procedimentais especiais, cujo escopo é a efetividade dessas garantias. São eles mais do que meros procedimentos especiais, pois trazem implícita uma carga maior de poder para o magistrado, possibilitando-o atender com rapidez, às liberdades públicas.

Assim, está claro que os princípios da brevidade, do devido processo legal e da efetividade da prestação jurisdicional são aspectos de um sistema de garantia real às liberdades. São eles: o habeas corpus, o mandado de segurança individual ou coletivo, o mandado de injunção, o habeas data e a ação popular.

No âmbito do Direito Penal, o elenco é mais restrito porque somente dois instrumentos estão a seu serviço: o habeas corpus e o mandado de segurança.

Como instrumentos constitucionais de defesa das liberdades, apresentam-se ambos os processos na modalidade repressiva ou preventiva. Visa o primeiro remover agressão já consumada, e o segundo objetiva preservar um direito ameaçado, evitando que se consuma a agressão.

A tutela preventiva, que não se confunde com a tutela acautelatória, visa proteger situação material ameaçada, fazendo o accertamento do direito sem caráter de provisoriedade.

Diferentemente, a tutela cautelar é de nítido caráter provisório e objetiva assegurar eficácia ao processo, protegendo, por via de consequência, o direito substancial.

Na prática, confundem-se as tutelas, porque contêm ambas a possibilidade de atendimento imediato, chamado de provimento liminar.

Indispensável esclarecer que a liminar é simples requerimento, formulado no curso de um processo - espécie do gênero medida cautelar. No âmbito do Processo Penal, as liminares nas duas principais ações constitucionais - habeas corpus e mandado de segurança - preenchem a necessidade acautelatória, dispensando o elenco de medidas específicas, no gênero, ostentada no Processo Civil, cujo Código abre um só livro para discipliná-las.

Advirta-se que inexistente no Processo Penal a hipótese de antecipação de tutela, como inaugurado no art. 273 do CPC.

Embora sedutora a idéia de antecipação condenatória para os que cultuam a celeridade e a economia processual, a prática vulneraria outras garantias constitucionais como a da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Registra-se na esfera penal um único exemplo de tutela antecipada consentida pelo legislador: é a hipótese de sentença absolutória por ausência de imputabilidade, nos casos de patologia mental do sujeito ativo.

### **As Liminares das Ações Constitucionais em Matéria Penal**

O habeas corpus e o mandado de segurança são ações de natureza preventiva, sem conotação cautelar ou provisória. Entretanto, a liminar, que no curso dessas ações pode ser concedida, tem natureza nitidamente acautelatória.

A possibilidade de concessão de liminar está prevista expressamente na lei do mandado de segurança, sem previsão semelhante nas leis que disciplinam o *habeas corpus*. Entretanto, a prática estendeu a liminar mandamental ao *habeas corpus*, prática que se sedimentou na Doutrina. Afinal, são ambos instrumentos constitucionais de idêntica finalidade: proteção ou garantia às liberdades públicas.

A liminar antecipa provisoriamente a prestação jurisdicional positiva, preservando a futura decisão. Dessa forma, se, ao final do processo, o provimento for positivo, mantida estará a eficácia da decisão. Diferentemente, se negativa, inutilizam-se os efeitos produzidos pela liminar, que desaparece do mundo jurídico, retroagindo os efeitos da decisão negativa.

Os procedimentos constitucionais garantidores das liberdades públicas na esfera penal, se não pudessem ser outorgados com imediato atendimento, poderiam levar à ineficiência da decisão final, se positivo.

A liminar, por sua natureza cautelar, exige como pressupostos específicos e simultâneos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, fumaça de um direito ainda não certificado e o perigo de que se perca, para o titular, se não atendido de imediato.

Na concessão de liminares, age o magistrado com uma larga margem de discricionariedade, o que não se confunde com arbitrariedade. Daí ser imprescindível a rigorosa fundamentação, evitando que o caráter de provisoriedade seja instrumento de arbítrio, para possibilitar a garantia dos direitos fundamentais.

A liminar, como medida discricionária, urgente, excepcional e provisória, pode ser alterada a qualquer tempo, durante o curso da ação na qual foi prolatada.

Há, doutrinariamente, quem sustente ser a concessão de liminar em *habeas corpus* um direito do paciente. Entretanto, a

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não encampa a tese. Ao proclamar não ser passível de outro *habeas corpus*, a negativa de liminar, deixou claro que a sua concessão é uma faculdade do magistrado e não um direito da parte.

No campo dos direitos individuais não protegidos por *habeas corpus*, específico para a defesa do direito de ir e vir, tem o Direito brasileiro como instrumento o mandado de segurança.

Embora tenha identidade com o *habeas corpus*, a liminar no mandado de segurança é mais que uma faculdade do julgador, constituindo-se atualmente, segundo posição consolidada na doutrina e acolhida na jurisprudência, em direito da parte, se presentes os pressupostos para a concessão da tutela acautelatória.

A diferença de tratamento quanto à natureza jurídica da liminar, a depender do instituto a que se refira, parece-me hoje superada, ao proclamar a jurisprudência que o provimento definitivo a substituiu, quando positivo, ou extingue os efeitos da antecipação provisória, quando negativa.

No âmbito da utilização do mandado de segurança, a orientação jurisprudencial vem do STF que, pela Súmula 405 enuncia:

*Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.*

A concessão da liminar é, como ressaltado, exceção consentida pelo legislador, constituindo-se em medida excepcional e exigindo fundamentação precisa, a demonstrar a necessidade da urgência, a fim de não haver desgaste para o Judiciário, nem atropelo aos princípios maiores do processo, dentre os quais o devido processo legal e o contraditório.

## Conclusões

1) dentre os direitos fundamentais ou garantias públicas está o direito à efetividade da proteção estatal;

2) a velocidade da vida incompatibiliza-se com a burocrática tramitação do processo, que segue os princípios informadores do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e outros, fazendo-se necessário procedimento específico que garanta a efetividade da decisão judicial;

3) na busca da efetividade, foram instituídos, constitucionalmente, procedimentos específicos, dos quais, na área penal, destaca-se o habeas corpus e o mandado de segurança;

4) ao lado da celeridade dos instrumentos constitucionais, que objetivam prevenir infração e afastar ameaça a direito, outorgou-se ao magistrado a possibilidade de, no curso da ação, expedir ordem cautelar para evitar a consolidação de uma situação fática irreversível;

5) embora de natureza preventiva, sem nenhum caráter acautelatório, a liminar concedida no curso das ações constitucionais de garantia tem caráter nitidamente cautelar, caracterizado pela provisoriedade e instrumentalidade;

6) no habeas corpus, assim como no mandado de segurança, há possibilidade de concessão de liminar. Mas, no habeas corpus, a concessão é conseqüência de uma interpretação extensiva, doutrinariamente aceita;

7) a concessão de liminar exige do magistrado visão principiológica e apurada fundamentação, a fim de justificar a aparente violação às regras do devido processo, da ampla defesa e do contraditório;



8) a liminar cede espaço à decisão definitiva, quando positivo o provimento final, mas extinguem-se-lhe todos os efeitos, se negativo, com eficácia retroativa;

9) na atualidade, a obtenção de uma liminar é mais do que uma faculdade do julgador, constituindo-se em direito de obtenção, caso presentes os pressupostos específicos: perigo de aguardar a sentença definitiva; possibilidade evidente da concessão de mandamento positivo, ao final; e

10) a visão principiológica e de ativismo autoriza a concessão de liminares de natureza cautelar, mas essa atividade expõe a magistratura à sociedade que a recebe. Daí a necessidade de controle absoluto, na concessão.

### **Bibliografia**

1) **Mossin**, Heráclito Antônio: *Habeas Corpus*, 6ª ed., Editora Atlas, 2002.

2) **Mossin**, Heráclito Antônio: *Mandado de Segurança em Matéria Penal*, 2ª ed., Editora Atlas, 1996.

3) **Appio**, Eduardo: *Mandado de Segurança Criminal*, 1ª ed., Livraria do Advogado Editora, 1995.

4) **Grecco**, Vicente Filho: *Tutela Constitucional das Liberdades*, 1ª ed., Editora Saraiva, 1989.

5) **Nogueira**, Paulo Lúcio: *Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais*, 1ª ed., Editora Saraiva, 1994.

6) **Bizzotto**, Alexandre e Rodrigues, Andréia de Brito: *Julgamento Antecipado Cível e Penal*, 1ª ed., AB Editora, 2000.

7) **Gagliardi**, Pedro: *As Liminares em Processo Penal*, 1ª ed., Editora Saraiva, 1999.

8) **Grinover**, Ada Pellegrini: A Tutela Preventiva das Liberdades: *Hábeas Corpus* e Mandado de Segurança, Artigo – Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, n. 70, págs. 123/139.

9) **Cernicchiaro**, Luiz Vicente: Tutela Penal Antecipada, Artigo – Informativo Consulex de 11/8/97, n. 32.

10) **Alves**, Rogério Pacheco: O Poder Geral de Cautela no Processo Penal, Artigo – Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.