

## **Breves considerações sobre o cabimento do mandado de segurança no processo penal: confronto com o *habeas corpus***

Carina Quito

QUITO, Carina. **Breves considerações sobre o cabimento do mandado de segurança no processo penal: confronto com o *habeas corpus***. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 06-07, mar., 2010.

### **Considerações iniciais**

O mandado de segurança é instituto genuinamente brasileiro. A exemplo do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação civil pública e da ação popular, o mandado de segurança insere-se no sistema de direitos e garantias constitucionalmente delineado, ostentando a qualidade de remédio(1) para a tutela das liberdades públicas.

Entre nós, a origem do mandado de segurança localiza-se no próprio *habeas corpus*. Nos idos da República, a inexistência de um instrumento dotado de semelhante eficácia fez que o *habeas corpus* fosse utilizado de forma indiscriminada para a tutela de direitos individuais diversos da liberdade de locomoção(2). Assim, a criação legislativa do mandado de segurança no ano de 1934 ocorreu em resposta à utilização desvirtuada daquele *writ* – isto é, como forma de reconduzi-lo à sua função clássica.

Com a criação do mandado de segurança foram estabelecidos, em princípio, campos distintos de aplicação dos institutos: o *habeas corpus* voltou-se ao processo penal e, ao passo que o mandado de segurança foi tratado, em grande parte, como “ação civil”(3).

A despeito dos distintos campos de aplicação então traçados, o mandado de segurança, com o passar dos anos, revelou-se instrumento de tal sorte eficaz, que acabou tendo sua utilização alargada inclusive para o processo penal, sobretudo em virtude de seu cabimento para a impugnação de decisões judiciais(4) irrecuráveis ou passíveis de recurso não dotado de efeito suspensivo.

Atualmente, dada a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito e a inexistência de efeito suspensivo, em muitos casos, para os demais recursos previstos, o mandado de segurança, ao lado do *habeas corpus*, tem sido de grande utilização no processo penal, não apenas para a impugnação de atos administrativos, como também para a impugnação de decisões judiciais proferidas no curso da persecução.

### **Critérios gerais de delimitação do cabimento do mandado de segurança**

Os critérios delimitadores do cabimento do mandado de segurança são extraídos dos textos da Constituição da República e da Lei nº 12.016/2009 e podem ser classificados como negativos e positivos.

Sob o aspecto positivo, para que cabível o mandado de segurança (i) o direito a ser tutelado dever líquido e certo(5), (ii) o ato impugnado deve ter sido, necessariamente, praticado por autoridade (ou, por equiparação, por agente de pessoa jurídica no exercício de função pública) e (iii) deve ter sido, ainda, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Sob o aspecto negativo, dada a admissibilidade residual prevista no texto da Constituição e consideradas as limitações hoje postas na Lei nº 12.016/2009, pode-se afirmar que não cabe mandado de segurança: (i) quando o ato possa ser impugnado por recurso administrativo com efeito suspensivo; (ii) contra ato judicial passível de impugnação por recurso (dotado de efeito suspensivo) ou correção parcial; (iii) contra decisão judicial transitada em julgado e (iv) quando cabíveis, na espécie, o *habeas data* ou o *habeas corpus*.

## **Mandado de segurança em matéria penal: delimitação do cabimento do writ e confronto com o *habeas corpus***

Embora criado para ter aplicação fora do campo penal, o mandado de segurança é hoje indiscutivelmente cabível também nessa esfera, uma vez que as atividades de persecução criminal podem vulnerar direitos diversos da liberdade de ir e vir.

A utilização do remédio é admissível, assim, desde a fase de investigação – quando poderá ser utilizado tanto contra atos administrativos propriamente ditos, como contra atos judiciais –, passando pela fase de ação penal – quando assume genuína função de recurso – e, até mesmo, durante a etapa de execução da pena(6).

Considerando a natureza dos direitos a serem protegidos pela via do mandado de segurança – isto é, direitos diversos da liberdade de ir e vir –, o instituto certamente encontra maior aplicação, no processo penal, para a tutela de direitos da acusação pública(7), do ofendido(8), dos advogados(9) e de terceiros(10) que tenham direitos vulnerados por atos praticados na persecução.

Não obstante, o mandado de segurança é cabível também para a tutela de direitos do imputado, desde que diversos da liberdade de locomoção.

Tradicionalmente, faz-se uso do *mandamus* para resguardar direitos patrimoniais do imputado, uma vez que estes não se comunicam, direta ou indiretamente, com a liberdade de ir e vir.

Assim, sob a ótica do imputado, o mandado de segurança é claramente admissível contra apreensões de bens ilegais ou abusivas; contra o indeferimento de pedidos de restituição(11) ou contra a decretação ilegal ou abusiva de medidas assecuratórias, como o sequestro cautelar, o arresto prévio ou o arresto propriamente dito(12).

Mais tormentosa, por outro lado, é a definição do instrumento cabível para a tutela dos demais direitos do imputado na persecução penal, tendo em vista que a correspondente limitação ilegal ou abusiva acarreta, em regra, restrição direta ou reflexa ao direito de ir e vir.

Historicamente, o *habeas corpus* foi preordenado à defesa da liberdade de locomoção, assim compreendida como o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*(13), ou “o poder de mudar de lugar, de situação, ou de se transportar para qualquer lugar que se deseja, sem impedimentos nem prisões, salvo se a lei o ordenar devidamente”(14).

Conceitualmente, portanto, a utilização do *habeas corpus* somente teria lugar para os casos de prisão consumada ou iminente, com a prevenção ou a restituição da liberdade de ir e vir do indivíduo(15).

Ocorre que, no processo penal, hoje, inúmeros direitos do imputado diversos da liberdade de locomoção podem ser vulnerados, quer na primeira ou na segunda fase da persecução, o que amplia sobremaneira o emprego do *habeas corpus* e cria significativa sobreposição das hipóteses de cabimento de tal remédio e do mandado de segurança.

A doutrina processual, na tentativa de divisar as esferas de cabimento de um e outro writ, tem se restringido a afirmar que o uso do *habeas corpus* é autorizado tão-somente para os casos de prisão ou ameaça de prisão ilegal, sem, contudo, aclarar o momento em que tal ameaça resta configurada.

A tarefa de delimitar o cabimento do *habeas corpus* e do mandado de segurança no processo penal tem sido reservada, assim, aos Tribunais brasileiros, no exame de cada caso concreto. O exame da jurisprudência revela, todavia, estar-se longe de um consenso a respeito.

Duas correntes podem ser identificadas nesse tema. A primeira delas reconhece que, quando os direitos violados não importam limitação direta à liberdade de ir e vir – ainda que tais direitos sejam de titularidade do imputado e que da respectiva vulneração possa decorrer, no futuro, eventual condenação –, o instrumento cabível para a tutela correspondente é o mandado de segurança, em detrimento do *habeas corpus*.

A segunda, que reflete a orientação predominante dos julgados, considera que, quando a lesão ou ameaça de lesão disser respeito a direito do imputado, ainda que não se possa vislumbrar qualquer ameaça atual de prisão, caso ela seja indiretamente possível a hipótese será de impetração de *habeas corpus*, em detrimento de mandado de segurança<sup>(16)</sup>.

O melhor critério já identificado na jurisprudência é, a nosso ver, aquele proposto pelo ministro **Luiz Vicente Cernecchiaro**, no julgamento do HC 7.920/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 22.02.1999. Naquela oportunidade, o ministro assinalou que se deve afastar a ideia de que o mandado de segurança é incompatível com o processo penal. Mais que isso, salientou, que, para a tutela de direitos do imputado no processo penal, o uso do *habeas corpus* somente se autoriza quando a ameaça à liberdade de locomoção do paciente for *provável* e não simplesmente *possível* de se concretizar.

De fato, a previsão constitucional do mandado de segurança para a tutela de todos aqueles direitos individuais diversos da liberdade de locomoção afasta, em princípio, o manejo do *habeas corpus* até mesmo pelo imputado, caso o direito a ser tutelado não seja *imediatamente* o direito de ir e vir.

Com efeito, em rigorosa técnica processual, cabe o mandado de segurança para a tutela de direitos individuais do imputado que sejam diversos da liberdade de locomoção, tais como o direito à livre comunicação com o advogado, o direito à autodefesa e ao contraditório, o direito à prova, o direito a julgamento imparcial e, especialmente, o direito à intimidade – este usualmente violado por quebras ilegais de sigilo bancário, fiscal e telefônico ou por medidas de busca e apreensão executadas sem autorização judicial ou em desacordo com a autorização concedida.

Para além do rigor da técnica processual, contudo, há de se ter em mente a eficácia ínsita às ações impugnativas aqui tratadas ao se analisar a questão do cabimento.

A propósito, vale lembrar que, diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, a legitimação para a propositura de *habeas corpus* é ampla e que inexiste qualquer prazo decadencial que a condicione, como ocorre com o mandado de segurança, por força do disposto hoje no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009. Em última análise, pode-se afirmar que o *habeas corpus* é dotado de maior eficácia comparativamente ao mandado de segurança e que pode, por isso, conferir proteção mais ampla aos direitos fundamentais porventura violados.

Assim, a despeito de ser tecnicamente correta a impetração de mandado de segurança, nada obsta, a nosso ver, que se conheça de *habeas corpus* para a salvaguarda de direitos do imputado diversos da liberdade de locomoção, desde que da lesão a esses direitos possa advir, no futuro, restrição ilegal à liberdade de ir e vir do paciente.

Exemplo disso se tem no emprego de *habeas corpus* contra atos ilegais de quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico do imputado. Em tais situações, o direito a ser imediatamente protegido pela impetração é o direito à intimidade devassada ou ameaçada, o que tornaria cabível, em rigorosa técnica processual, o mandado de segurança. É certo, porém, que da indevida violação da intimidade do imputado pode resultar o ajuizamento de ação penal ou mesmo condenação em ação penal já em andamento, tornando possível o cerceamento futuro da liberdade de ir e vir.

Nesses casos, o cabimento do mandado de segurança não deve excluir, a nosso ver, o cabimento do *habeas corpus*. Afinal, em matéria de direitos fundamentais do imputado,

deve-se buscar a maior tutela estatal possível.

Logo, considerando a origem comum e a finalidade constitucional dos institutos, o rigor técnico não deve prevalecer sobre a necessidade de tutela de direitos fundamentais. Nesse contexto, o não conhecimento de *habeas corpus* vai contra a lógica do sistema de garantias constitucionalmente estabelecido e corresponde, em última análise, a afronta à garantia inscrita no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

## NOTAS

(1) A propósito da natureza jurídica do mandado de segurança, é de se observar que a maioria dos autores atribui ao instituto a natureza de ação. Não obstante, há autores, como **José Inácio Botelho de Mesquita** (O mandado de segurança: contribuição para seu estudo. *Revista de Processo*, vol. 66, p. 125), que sustentam ter o mandado de segurança natureza recursal.

(2) Criou-se, à época, a denominada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, que propunha a utilização desse remédio para a proteção de direitos diversos da liberdade de locomoção. A utilização de *habeas corpus* com essa finalidade foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal que, a partir de julgamento realizado em 11 de dezembro de 1909, estabeleceu que a concessão do *writ* teria lugar quando (i) a liberdade de locomoção fosse condição para o exercício de um direito e (ii) esse direito fosse certo, líquido e incontestável.

(3) Tendo em vista o campo de aplicação ao qual se voltaria o mandado de segurança, muitos autores o classificam de ação civil. É mister observar, todavia, que a eficácia ínsita ao instituto fez que a correspondente aplicação extrapolasse a esfera processual civil, daí por que não é correta a afirmação quanto a tratar-se de ação civil. Conforme leciona **Rogério Lauria Tucci** (*Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 33), o mandado de segurança, rigorosamente falando, é instituto de direito processual constitucional, destinado a afastar ato ilegal ou abusivo de qualquer autoridade.

(4) O cabimento de mandado de segurança contra atos judiciais está hoje regulado em nível legislativo. O atual artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 dispõe não ser cabível mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

(5) Por “direito líquido e certo” deve-se entender direito passível de comprovação pela via documental, no ato da impetração, independentemente de dilação probatória. A propósito, **José de Castro Nunes** (*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 8.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p.62.) e **Celso Agrícola Barbi** (*Do mandado de segurança*. 10.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 53), assentou-se que “direito líquido e certo” constitui condição processual e não substantiva no mandado de segurança, uma vez que a existência propriamente dita do direito a ser amparado se confunde com o mérito do *writ*.

(6) Na execução penal, além do uso do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido, é possível a impetração do *writ* para a impugnação de atos administrativos maculados por ilegalidade ou abuso de poder. Segundo **Teresa Cristina Marques** (*Habeas-corpus e mandado de segurança na execução penal*. In: **Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana** (coord.). *Execução penal*: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo, Max Limonad, 1987, p. 61), cabe o mandado de segurança contra atos administrativos praticados na execução penal, inclusive aqueles de caráter disciplinar, desde que ilegais. Destaca a autora a admissibilidade do *mandamus* por pessoa jurídica e órgãos públicos despersonalizados, além do próprio Estado, além da possibilidade de impetração do *writ* simultaneamente à tramitação do incidente de excesso ou desvio de poder na execução, face à ausência de efeito suspensivo nesses incidentes.

(7) Quanto ao uso de mandado de segurança pelos membros do Ministério Público, ressalta-se, em especial, a utilização do instituto para assegurar a observância do devido processo

legal, o direito à prova e para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido – embora a utilização do instituto, nesses casos, seja de constitucionalidade questionável sempre que a concessão da segurança importar em prisão do investigado ou do acusado.

(8) O ofendido pode impetrar mandado de segurança no processo penal, por exemplo, a fim de ver assegurado o seu direito de requerer diligências na fase de investigação (artigo 14, do CPP), a fim de garantir sua habilitação como assistente de acusação e, uma vez habilitado, também para assegurar, entre outros, o direito à prova e ao devido processo.

(9) O mandado de segurança encontra utilização, pelos advogados, para garantir direito de vista de autos de procedimentos criminais, para garantir a comunicação com o preso e para assegurar prerrogativas profissionais, a exemplo da inviolabilidade do escritório de advocacia e o sigilo das comunicações com os clientes.

(10) Notadamente para a proteção de direitos patrimoniais vulnerados por medidas assecuratórias no curso da persecução e, também, para proteger o direito à intimidade que possa ser indevidamente devassada por medidas ilegais ou abusivas de quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal.

(11) Nesses casos, considerando a existência de recursos próprios para a impugnação dos incidentes de restituição de competência do Judiciário, a impetração de mandado de segurança dependerá da demonstração de prejuízo atual ou possível decorrente da demora no julgamento do recurso.

(12) Aplicam-se, aqui, as mesmas observações quanto à existência de recursos próprios contra as decisões judiciais feitas na nota supra.

(13) Cf. **Pontes de Miranda**. *Tratado das ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, t. VI, p. 16.

(14) **William Blackstone**, citado por **Pontes de Miranda**. *Tratado...cit.*, p. 17.

(15) Cf. **Rogério Lauria Tucci**. “Habeas corpus” e mandado de segurança: diversificações conceituais. *Ciência Penal*, n. 3, 1976, p. 118.

(16) A propósito, significativo precedente do Supremo Tribunal Federal, representado pelo HC 79.191/SP (DJU 08.10.1999), parcialmente transcrito: “Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o habeas corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente”.