

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL – IMPETRAÇÃO PARA EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.”

HELENA ROSA RODRIGUES COSTA

Mandado de Segurança 304.846/9 – Praia Grande

Impetrante: Segundo Promotor de Justiça da Comarca de Praia Grande (Dr. Marcelo Orlando Mendes)

Impetrado: MM. Juiz de Direito da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Praia Grande

Voto 0249 – Retator Marco Nahum

O ilustre representante do MP da comarca de Praia Grande impetra mandado de segurança, perante o MM. juiz da 2.^a Vara Criminal, para obter efeito suspensivo em recurso em sentido estrito interposto contra decisão que concedeu aos réus Marcelo Alves Queiróz e Moysés Soares da Luz Júnior liberdade provisória, o que teria ferido direito líquido e certo do impetrante.

Houve pedido de liminar que foi indeferido.

O douto Procurador de Justiça é pelo não conhecimento do pedido.

É o relatório.

Consta da inicial que Marcelo Alves de Queiróz e Moysés Soares de Luz Júnior, aos 23.03.1997, foram autuados em flagrante por infração ao art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal. A denúncia foi recebida.

Requerida a liberdade provisória dos acusados após manifestação contrária do impetrante, o MM. Juiz *a quo* deferiu-a sob o argumento de que, em outras palavras, não estavam presentes os requisitos da prisão preventiva (f.).

Irresignado com a decisão, o ilustre representante do MP recorreu em sentido estrito e

para emprestar-lhe efeito suspensivo impetrou o presente mandado de segurança.

Importante se consignar, a princípio, que o MP tem legitimidade *ad causam* para propor o *mandamus* vez que é o “fiscal da lei” (RJDACRIM 19/195; 11/209; 8/2S0).

No que tange ao cabimento do pedido, há que ser analisado sob o prisma de sua possibilidade jurídica. Esta ocorre, quando o ato jurisdicional atacado possuir manifesta ilegalidade, abuso de poder ou ofender direito líquido e certo, daí ocorrendo o *periculum in mora*.

Por direito líquido e certo entende-se situações fáticas estreme de dúvidas na sua apresentação, de modo a permitir a verificação evidente e translúcida da violência praticada (RJTACRIM 29/347).

Periculum in mora é o dano impossível de reparar, ou seja, a demonstração da ineficácia da medida, caso não haja sua antecipação (Ada Pellegrini Grinover e outros; “Recursos no Processo Penal”; Ed. RT; 1996; p. 405/406).

Obviamente, além dos requisitos acima expostos, a norma individual pretendida há que ser constitucional.

No caso, evidente que o entendimento do ilustre representante do Ministério de que o direito líquido e o violado decorre de “*que o réu poderia ter recebido os benefícios da liberdade provisória, já que, como explicitiei, encontram-se presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva*” (f.).

Trata-se de alegação que se confunde com o próprio pressuposto do recurso em sentido estrito impetrado (art. 581, V, do CPP) e, como

tal, não é direito estreme de dúvidas na sua apresentação.

O *periculum in mora*, segundo a inicial, decorre de que “até o julgamento efetivo do referido ficarão os réus em liberdade, podendo subtrair-se a aplicação da Lei penal e voltarem a criminalidade. Aí está a irreparabilidade do dano.” (f.).

Segundo o impetrante, o *periculum in mora* exige, ou estaria a justificar, a ofensa ao direito fundamental de liberdade dos acusados.

Portanto, a concessão pleiteada só é admissível adotando-se o princípio da proporcionalidade, considerando-se os requisitos do art. 312 do CPP.

Uma das conquistas mais importantes do direito contemporâneo é, no dizer de Luigi Ferrajoli, “a regulação jurídica do próprio direito positivo, não só quanto às formas de produção, mas também quanto aos conteúdos produzidos” (“O Direito como Sistema de Garantias”; publicado na “Revista do Ministério Público”, de Portugal; janeiro de 1995; n. 06, p. 35 – grifo nosso). Assim, o modelo garantista, diferentemente do do juspositivista clássico obriga uma dupla sujeição da norma ao direito: a legitimação formal e a legitimação substancial. A primeira exige uma subsunção formal a que se chama de *vigência* ou *existência*, que respeita a forma dos atos normativos, e que depende da conformidade formal dos atos. A segunda, exige a constitucionalidade da lei ou da norma individual. Uma coerência que se refere ao seu *significado* ou *conteúdo*.

Neste sentido, textualmente afirma Ferrajoli: “Todos os direitos fundamentais – e só os sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno arcficio que é o Estado Constitucional de Direito” (idem; *ibidem*; p. 37).

Assim, neste aspecto da constitucionalidade, toda norma necessita um vínculo de substância com os direitos fundamentais.

O legislador estabeleceu, ao recurso em sentido estrito, efeito devolutivo e efeito suspensivo (art. 584 do CPP). Preservando o

“direito fundamental de liberdade”, estabeleceu que o art. 581, V do mesmo estatuto Penal não teria efeito suspensivo.

Assim, o vínculo de substância que condiciona a validade *substancial* da norma individual que autoriza, em mandado de segurança efeito suspensivo para recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, inc. V do CPP, é inconstitucional e ofende o Estado Constitucional de Direito.

Para que não fosse constitucional, os requisitos do art. 312 teriam que estar presentes, de forma líquida e certa, dando vínculo de substância à validade substancial da norma individual editada pela decisão jurisdicional

Além de não existir direito líquido e certo, o referido *periculum in mora* corresponde à ofensa a direito fundamental de liberdade, cuja proporcionalidade não está a demonstrar sua necessidade. Neste sentido, discorrendo sobre os interesse em conflito, especialmente, sobre o conflito entre o interesse estatal e o interesse individual, o prof. espanhol Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, em seu livro “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal” afirma que “a admissibilidade das medidas de intervenção corporal, como sucede com o resto das medidas limitativas de direitos fundamentais no processo penal, dependem também da observância do princípio da necessidade. Sempre que resulte possível as intervenções corporais devem ser evitadas, se possível empregar-se outros meios de investigação que lesione em menor medida os direitos individuais” (“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”; Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano; prólogo Vicente Gimeno Sendra; Editorial Colex, Madrid; 1990; p. 309).

Assim, toda norma individual que dê caráter suspensivo a recurso desprovido desse efeito, em detrimento de direito de liberdade, é inconstitucional por fatar-lhe vínculo de substância com a Carta Magna.

O MM. Juiz *a quo* concedeu liberdade provisória para acusados de roubo qualificado. Embora se reconheça que este delito causa preocupação à sociedade, não se pode presumir que apenas pelo tipo penal elencado na denúncia, os réus venham a delinquir e que a conveniência da instrução criminal esteja ameaçada.

Elementos normativos do tipo penal, por si só, jamais poderão fundamentar prisão preventiva, especialmente dar fundamento substancial para efeito suspensivo não previsto pelo legislador, em detrimento de direito de liberdade.

O pedido é inconstitucional e, como tal, não tem possibilidade jurídica.

Pelo exposto, não conheço do *mandamus*.

MARCO NAHUM

COMENTÁRIOS

O mandado de segurança, previsto pelo texto constitucional no art. 5.º, inc. LXIX e disciplinado pela legislação infra-constitucional no Dec. 1.533/51, pode ser definido, grosso modo, como instrumento jurídico de índole constitucional utilizável para a proteção de direito líquido e certo que esteja sendo violado ou ameaçado por ato ilegal ou com abuso de poder, emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público.

No dizer de Hely Lopes Meirelles (1) o mandado de segurança, “é ação civil de rito sumário especial” e como tal “distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é *próprio*, e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil”.

Na verdade, da análise do texto constitucional, depreende-se que sua aplicabilidade é obtida por exclusão, já que será cabível quando não for a lesão ensejadora de *habeas corpus* ou *habeas data*, sendo restrito a atos ilegais praticados por autoridade, mas tal como no primeiro, possuindo rito sumário que não permite dilação probatória.

O campo residual de aplicação do mandado de segurança em relação ao *habeas corpus* acaba por torná-lo, em matéria penal, remédio mais comumente utilizado pelo órgão acusatório e apenas eventualmente pela vítima ou terceiro atingido por ato do juiz durante o processo.

Como ação autônoma, sujeita-se às condições da ação: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Quanto à primeira, como nos ensinam os Profs. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, em “Recursos no Processo Penal”(2): “embora qualquer das partes, assim como os legitimados aos recursos, o sejam à ação de segurança contra ato jurisdicional penal, o remédio será utilizado sobretudo pela acusação, porquanto a defesa terá a seu alcance, na maioria dos casos, o *habeas corpus*.” No caso do Acórdão ora comentado, inegável a legitimidade do Ministério Público para a ação devido à sua capacidade postulatória genérica, conferida aos integrantes da carreira e relacionada aos atos específicos de seu cargo ou função.

Já no que pertine ao interesse de agir, este estará presente sempre que houver dano ou ameaça de dano irreparável decorrente do ato impugnado, este de ilegalidade patente. No caso ora analisado, haveria o interesse de agir a fim de que fosse suspensa a eficácia de um ato jurisdicional penal (concessão de liberdade provisória), o qual, segundo o impetrante, acarretaria dano irreparável (comprometimento da aplicação da lei penal). Tratar-se-ia de atuação preventiva, ante à ameaça de dano pelo ato ilegal.

Por derradeiro, quanto à possibilidade jurídica, esta se faz presente quando o

ato “contiver manifesta ilegalidade os abuso de poder, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem dilação probatória”. (in “Recursos no Processo Penal”, *op.cit.*, p. 396).

Não se pode olvidar, ainda, o pedido de suspensão liminar do ato impugnando, se demonstrado o *fumus boni iuris* (possibilidade do pedido) e o *periculum in mora* (ineficácia da medida caso não haja sua antecipação).

Durante certo tempo, muito se discutiu sobre o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial, pois a Lei 1.533/51, que o regulamenta, em seu art. 5º, inc. II, vedava-o quando houvesse previsão legal de outra via de impugnação (recurso ou correição).

Ao seu turno, foi editada a Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

No entanto, a experiência forense foi demonstrando que atos jurisdicionais ilegais surgiam no curso do processo para os quais inexistia recurso ou, se existentes, sem que os recursos cabíveis fossem suficientes para evitar o dano, face à não suspensividade das vias impugnativas.

E assim, nesse panorama, foi o mandado de segurança se tornando uma espécie de recurso, na forma de uma ação autônoma, com vistas, na maioria das vezes, a conferir efeito suspensivo às vias de impugnação que não possuíam tal qualidade, sempre tendo em vista a irreparabilidade do dano que o ato judicial estaria a acarretar.

Em alguns casos de impetração contra ato jurisdicional ataca-se o próprio provimento que está a causar o dano irreparável de modo imediato e atual; em outros, a decisão do juiz é recorrível por outra via de impugnação, mas sem efeito suspensivo e nesses casos a segurança visa à obtenção desse efeito, como ocorreu no Acórdão ora comentado.

Outro ponto de divergência sobre o tema do mandado de segurança contra ato jurisdicional diz com a necessidade ou não da impetração do recurso cabível (caso existente) conjuntamente com o *mandamus*, com vistas a conferir o efeito suspensivo, mas não substituindo o uso da via impugnativa.

Nos Tribunais paulistas, a regra tem sido o entendimento o de que só se admite o mandado de segurança se houver sido apresentado tempestivamente o recurso cabível, e para alguns limitando-se a concessão apenas para conferir-lhe efeito suspensivo. A propósito: RT 511/58, 504/71, 512/91; JTAC 44/171, RJTJ 48/225 e 228.

Nessa linha de raciocínio, só se admitiria o mandado de segurança no caso em apreço para a obtenção do efeito suspensivo, pressupondo-se, portanto, a interposição do recurso em sentido estrito, e não do *mandamus* como instrumento jurídico isolado.

Vale mencionar, ainda, uma linha de entendimento restritiva, que entende que nem mesmo seria cabível o *writ* para atribuir efeito suspensivo a recurso, pois se o legislador não quis conferir tal efeito à via impugnativa em questão, a concessão da ordem frustraria sua intenção. (3)

Aliás, esse parece ter sido o ponto de partida do posicionamento do Acórdão, relacionando o tema, como se verá a seguir, com o conjunto de garantias existentes na legislação penal, o qual, por sua vez, retira sua validade da própria CF.

O caráter inovador da decisão comentada residiria não em negar pura e simplesmente a segurança, o que até poderia ter sido feito com base na linha restritiva já mencionada, ou, como na maioria dos casos, concedendo-se a segurança para o efeito suspensivo pretendido sem maiores indagações sobre a constitucionalidade ou não do pedido.

O aspecto inovador residuiu em relacionar a denegação com um conjunto de garantias insertas na lei penal e na Magna Carta.

Com efeito, num enfoque abrangente do Direito Penal, como o vislumbrado pelo relator, urge perquirir em que medida uma norma guarda vínculo de substância com os direitos fundamentais.

Nesse passo, toda norma há de possuir, além do vínculo formal que a faz válida perante o ordenamento, uma ligação material com os direitos fundamentais contemplados na Constituição, o que a torna não só a expressão da vontade do legislador na consecução dos fins do Estado de Direito como um instrumento para a realização desse mesmo Estado.

Nessa perspectiva, é de se indagar qual a posição do legislador constituinte face à prisão cautelar e quais os reflexos da adoção do princípio da presunção de inocência, seja na prisão provisória, seja na interpretação de dispositivos que se relacionem a ela, enquanto “proibições negativas que limitam a intervenção” do Estado sobre o direito de liberdade.

Como se sabe, a Constituição de 88 acolheu a presunção de inocência, tornando ilegítima toda forma de prisão que se configure antecipação da punição ou que tenha decorrência automática de algum tipo de imputação, como ocorria com a prisão obrigatória. Por tal razão até hoje discute-se a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, a qual praticamente restabeleceu a prisão obrigatória para certos delitos.

Necessário, portanto, examinar a legislação infra-constitucional à luz dos princípios informadores do devido processo legal, dentre eles o da presunção de inocência, como aconselha o Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, em “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, (4) de que transcrevemos pequeno trecho: “Nessa linha de raciocínio, importa verificar, então, dentre as

finalidades atribuídas pelo legislador ordinário – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal – em que medida estaria, ou não, afrontada a presunção de inocência; além disso, parece-nos importante procurar estabelecer certos parâmetros para evitar que, mesmo nas hipóteses em que não se manifeste incompatibilidade, não se afaste da idéia de excepcionalidade que deve revestir a prisão anterior à condenação definitiva”(g.n.).

No caso do Acórdão analisado, o impetrante teria argumentado que o *periculum in mora* decorreria do fato de que, sem o efeito suspensivo pretendido ao recurso em sentido estrito interposto contra a liberdade provisória, o réu poderia subtrair-se à aplicação da lei penal, voltando à criminalidade, aí residindo a irreparabilidade do dano.

Outrossim, segundo o Promotor, o direito líquido e certo violado decorreria do fato de que o réu não poderia ter sido beneficiado com a liberdade provisória, já que se encontravam presentes os requisitos de sua custódia preventiva.

Ocorre que, como assinalado no Acórdão, o referido *periculum in mora* corresponde a uma ofensa ao direito de liberdade e, por tal motivo, deve ser analisado à luz dos princípios constitucionais.

Nessa análise, cumpre verificar que a restrição à liberdade do cidadão antes da sentença condenatória definitiva somente é tolerada em casos excepcionais, previstos legalmente (prisão como garantia da ordem pública, prisão como cautela instrumental e como cautela final, in “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, (op. cit., p.66 a 72) e desde que devidamente fundamentada pelo juiz que a proferir.

De outro tanto, nessa perspectiva de excepcionalidade, como salienta o

Acórdão, a ofensa à liberdade antes da sentença final somente se justifica mediante a adoção do princípio da proporcionalidade, para o qual a prisão é um mal necessário e menor diante das consequências funestas, para o processo ou para a sociedade, da liberdade dos imputados.

É justamente na verificação dessa necessidade de custódia que se faz curial ter em mente o chamado modelo garantista, o qual, diversamente do juspositivista, obriga o intérprete a vislumbrar a norma sob duplo aspecto: o da legitimação formal e o da legitimação substancial.

A primeira está a se relacionar com os requisitos de vigência daquela norma perante a forma dos atos normativos. Por exemplo, seria de se indagar se tipos penais estabelecidos por meio de medida provisória são formalmente legítimos perante nosso ordenamento.

A segunda diz com um vínculo da lei/norma com a Constituição, na medida da convergência de conteúdo. Assim, de se indagar se determinada norma se afina com os princípios insertos na Magna Carta e se serve à consecução do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF).

No caso em apreço, não se poderia falar em *direito líquido e certo* do impetrante porque ausentes, de forma cristalina e independente de dilação probatória, os requisitos da prisão preventiva, a qual, como se viu, é sempre excepcional, devendo ser calcada também em fatos concretos que a justifiquem.

Ademais, o alegado *periculum in mora* não se apresenta como possível juridicamente (ausente, portanto, uma das condições da ação, qual seja a da possibilidade jurídica). E essa ausência, aí está a inovação, está justamente na falta do chamado vínculo de conteúdo ou substância entre a restrição da liberdade pretendida pelo MP antes do trânsito em julgado e os preceitos constitucionais, os quais somente justificam a ofensa à li-

berdade no âmbito do princípio da proporcionalidade, vale dizer, quando estritamente necessária a custódia.

E em que critério se baseou o relator para análise da necessidade ou não da custódia? Na análise conjunta da legislação infra-constitucional (art. 581, V do CPP) e da Constituição Federal (art. 5.º, LVII, LXI, LIV e, principalmente, LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”).

Ora, o recurso em sentido estrito possui efeito devolutivo e suspensivo, conforme a hipótese legal.

O duplo efeito inexistente necessariamente para *todos* os casos de cabimento e o legislador processual penal assim procedeu, diferentemente em cada caso, a fim de preservar em alguns deles o direito fundamental de liberdade.

E o recurso em sentido estrito contra a decisão que defere a liberdade provisória não está no rol daquelas a que a lei comine também o efeito suspensivo.

Pretender que hipótese não contemplada com efeito suspensivo venha a obtê-lo pela via do mandado de segurança é, sem dúvida, burlar as chamadas “proibições negativas” a que alude Luigi Ferrajoli, posto que nestas o próprio legislador eliminou a existência do efeito suspensivo, limitando, conseqüentemente, a intervenção do MP quanto à obtenção do efeito suspensivo pela via do *mandamus*.

E é nessa perspectiva que encerra o julgado o relator, mencionando que muito embora o roubo qualificado inquiete a sociedade, inexistente a presunção de que o réu, tão só pelo fato de estar incurso nas sanções desse tipo, venha a cometer novo crime ou ameace a instrução criminal. Muito menos pode o tipo de crime fundamentar a obtenção de efeito suspensivo não previsto pelo legislador quando não guarda tal pedido vincula-

ção de conteúdo com os princípios constitucionais.

A título de conclusão, vale trazer o voto vencido do Eminentíssimo Desembargador Dante Busana que, em Acórdão de mandado de segurança para obter efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito contra a liberdade provisória em casos de tráfico de entorpecente, assim se manifestou:

“Negando efeito suspensivo ao recurso do art. 581, V, do CPP, o legislador atendeu ao princípio do *favor libertatis*, reputando que da liberdade vinculada eventualmente mal-deferida não resultaria dano irreparável, ao contrário, tal consequência poderia decorrer da manutenção da prisão-custódia, mercê do efeito suspensivo do recurso, se, a final, ficasse decidido que a hipótese era de liberdade provisória.

Assentando a decisão impugnada em fundamento razoável, cuja subsistência deve ser decidida no julgamento do recurso em sentido estrito interposto, falta o *fumus boni juris* que permitiria conceder efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tem.

De lembrar que, só nos casos excepcionais de decisões sem nenhum amparo legal, caracterizadoras de abuso de poder, o mandado de segurança será adequado para elidir o *periculum in mora* decorrente de não ter o recurso cabível efeito suspensivo.

Estes os fundamentos que me levaram a, respeitosamente, divergir da ilustrada maioria e denegar a segurança.” (TJSP – MS 161.115-3/1-5a. Câ. – Rel. Des. Poças Leitão – Rel. vencido Dante Busana – j.12.5.94-v.u.).

Bibliografia

“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data”, Hely Lopes Meirelles, Ed. RT, 1988, p. 07.

“Recursos no Processo Penal”, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, Ed. RT, 2. ed., p. 401.

RT 647/295, Tribunal de Justiça de São Paulo
“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, Saraiva, 1991, p. 66.