

Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Lei nº 12.016/09

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça na Bahia; Pós-Graduado, Lato Sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal); Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm e do Curso IELF.

RESUMO: Depois de 1934, a única Constituição brasileira que não previu o Mandado de Segurança foi a de 1937, mas nem por isso este instituto deixou de ser utilizado. Atualmente, interpretando-se literalmente o art. 5º, II e III, da Lei nº 12.016/09, temos que é possível a sua impetração contra decisão judicial, inclusive em matéria criminal. Ele não é um recurso, pois com a ação de Mandado de Segurança instaura-se uma nova relação jurídica processual, ao passo que o recurso dá continuidade àquela primeira relação jurídica. Ele pode ser repressivo ou preventivo e, como toda ação, é necessário estabelecer as condições para o seu exercício e os pressupostos processuais. Para ser possível, é necessário que haja um ato jurisdicional eivado de ilegalidade, que tenha a possibilidade real de ferir um direito líquido e certo; a segunda condição da ação é o interesse de agir; por fim, como última condição, tem-se a legitimidade das partes. Normalmente, em qualquer ataque a um direito do réu, a via correta será o *habeas corpus*. Portanto, o Mandado de Segurança é mais utilizado pela acusação do que pela defesa, pois esta certamente terá um remédio mais apropriado (até porque ele é admitido por exclusão).

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança. *Habeas Corpus*. Medida Liminar. Recurso. Jurisprudência.

I - Introdução

Antes de abordar o tema, farei uma breve exposição a respeito da origem do mandado de segurança e, nessa tarefa, é preciso que se tenha especial atenção para uma outra garantia constitucional igualmente importante (uma outra ação), que é o *habeas corpus*, pois tudo começou com ele [1](#).

89. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Com a primeira Constituição Republicana, em 1891, previu-se, pela primeira vez em nosso País, o *habeas corpus* que, originariamente (eu diria até etimologicamente), sempre serviu para a tutela do direito à locomoção (do direito de ir, vir e ficar). Isso é da origem do *habeas corpus* desde a Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra. Então, em 1891, a Constituição Republicana, prevendo o

habeas corpus, deu-lhe contornos mais amplos, ou seja, não garantia apenas o direito à liberdade (isto estava expresso no art. 72, § 22, da Constituição de 1891). Por conta dos termos em que estava grafado este dispositivo, houve uma séria e importante discussão doutrinária entre dois personagens do Direito Brasileiro - Pedro Lessa e Ruy Barbosa - acerca da amplitude que essa garantia constitucional efetivamente tinha, é dizer, se o *habeas corpus* estava posto como garantia apenas do direito à liberdade (como pensava Pedro Lessa e como acabou por definir o STF) ou, por outro lado, na visão de Ruy Barbosa, se o *habeas corpus* prestava-se, nos termos da Constituição, para a garantia de todo e qualquer direito (não somente do direito de ir, vir e ficar) porventura violado ou ameaçado por abuso de poder ou ilegalidade.

Durante a vigência da Constituição de 1891, o certo é que outros direitos acabaram por ser, vez por outra, tutelados (garantidos) com a impetração do *habeas corpus*. É fato, por exemplo, que o *habeas corpus* serviu para reintegrar o Governador do antigo Estado da Guanabara ao seu cargo (quando não havia, evidentemente, nenhum perigo à locomoção desse agente público, pois era apenas uma questão administrativa).

Com o passar dos anos, mais exatamente com uma Reforma Constitucional que houve em 1926, o *habeas corpus* voltou à sua origem inglesa, e esta Reforma estabeleceu, em sede constitucional, que o *habeas corpus* seria uma garantia específica para tutelar o direito à liberdade (na forma como estava estatuída no mesmo art. 72, § 22, só que com a reforma: "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção").

Portanto, a partir de 1926, restaram sem tutela outros direitos que não o direito à liberdade; não tínhamos uma garantia constitucional para isto e não se podia mais usar o *habeas corpus* como se usava desde a República (por força da Constituição de 1891) exatamente porque agora estava expressamente posto que o *habeas corpus* serviria apenas para a tutela da liberdade física.

Ficou, então, esse hiato de 1926 até 1934. Somente com a CF/34 que, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, foi previsto o mandado de segurança (com esse nome) [2](#). Portanto, a sua origem, do ponto de vista do Direito Positivo, está na CF/34, exatamente no seu art. 113, § 33, nos seguintes termos (que não muda muito com relação ao que temos hoje): "Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes". Depois da CF/34 editou-se a Lei nº 191/36 regulando o procedimento do mandado de segurança [3](#).

90. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Em 1937, com o Estado Novo e a CF/37 (Constituição fascista outorgada por Getúlio Vargas), o mandado de segurança desaparece da Constituição. Ou seja, depois de 1934, a única Constituição brasileira que não previu o mandado de segurança foi a de 1937, mas nem por isso este instituto deixou de ser utilizado. Este fato deve-se à Lei nº 191/36, que sofreu uma pequena, importante e odiosa alteração em 1937 através de um decreto-lei que a modificou apenas para tornar imune ao mandado de segurança algumas autoridades (o Presidente da República, os Ministros, os Governadores e os Interventores). Portanto, nesse período do Estado Novo tivemos o mandado de segurança com imunidade para os referidos agentes públicos. Esta imunidade perdurou, inclusive, com a edição do CPC/39, que o previu, mas não excluiu tais imunidades; imunidades estas que só

foram extirpadas com a Lei nº 1.533, que não mais previa a imunidade para aqueles agentes públicos. Posteriormente, também previram o mandado de segurança a CF/67, a EC 1/69 e, hoje, a atual Constituição, que no seu art. 5º, LXIX, estabelece: "conceder-se-á mandado 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 pergunta que se faz agora é a seguinte: *quando é que começou a se teorizar, na doutrina brasileira, a possibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdicional, contra decisão judicial?* Este questionamento é feito porque, inicialmente, a sua utilização era, normalmente, para combater atos do Poder Executivo, mas não atos emanados de órgãos do Poder Judiciário. Portanto, não havia essa possibilidade. Mas, desde a CF/34 já era possível a utilização do mandado de segurança para este fim, porque os termos da CF/34 assim permitiam. Tanto que houve um caso célebre, no Estado de Minas Gerais, em que uma penhora que havia sido determinada por um Juiz Federal foi suspensa por força da impetração de um mandado de segurança concedido pelo STF. Portanto, antes mesmo da antiga Lei nº 1.533/51 já tínhamos um caso em que uma decisão judicial tinha sido desconstituída por força de um mandado de segurança.

91. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Atualmente esta possibilidade é clara, nos termos do art. 5º, II e III, da Lei nº 12.016/09 (que revogou a Lei nº 1.533/51), que, lido *a contrario sensu*, diz que não se dará mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou de decisão judicial transitada em julgado [4](#). Então, interpretando-se literalmente este art. 5º, II e III, temos que é possível a impetração do mandado de segurança contra decisão judicial, *inclusive em matéria criminal*.

92. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Por sua vez, a Súmula nº 267 do STF estabelece que "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". Este Enunciado, no entanto, deve ser interpretado no sentido que é possível, sim, o mandado de segurança contra decisão judicial, mesmo em decisão que caiba recurso, desde que não tenha efeito suspensivo e, portanto, não seja apto a evitar um dano irreparável [5](#). Portanto, o mandado de segurança serviria, justamente, para dar o efeito suspensivo ao recurso e evitar um dano se este ato for violado *a posteriori*. Neste sentido:

"Em casos excepcionais, a jurisprudência pátria tem admitido o uso do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal característica, quando se verificar a plausibilidade jurídica do pedido e possibilidade de dano efetivo até o julgamento da irresignação pelo Tribunal, situação caracterizada no caso em tela pela iminente remessa dos autos ao Juízo Estadual em face de declinação da competência, com possibilidade de anulação *ab initio* do processo. Nessa situação, a via mandamental não é utilizada como substitutivo do recurso cabível, mas como medida meramente cautelar, cuja finalidade é resguardar a decisão de mérito a ser proferida pela Turma no julgamento do RSE." (TRF 4ª R., 8ª T., MS 2008.04.00.039673-3, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, j. 03.12.08, DJU 10.12.08)

Em sentido contrário, ao menos quando se trata de dar efeito suspensivo a agravo em execução:

"*Habeas Corpus* nº 62.848-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T. *HABEAS CORPUS*. MINISTÉRIO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA BUSCANDO ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO NO AGRAVO EM EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo pacífico entendimento desta Corte, não possui o Ministério Público legitimidade para impetrar mandado de segurança buscando atribuir efeito suspensivo a agravo em execução. 2. Ordem concedida para anular o acórdão proferido no MS 965.187.3/0, excluindo, por conseguinte, o efeito suspensivo atribuído ao agravo em execução." (DJU de 18.12.06, p. 440 - Fonte: *DVD Magister, versão 26, ementa 11356343*)

93. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Idem:

"TJMG, MS (Criminal) 1.0000.06.442541-6/000, Rel. Des. Pedro Vergara. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DO CONDENADO DE AUTORIZAÇÃO PARA FREQUENTAR CURSO SUPERIOR E REALIZAR TRABALHO EXTERNO DEFERIDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO MP PENDENTE DE JULGAMENTO. IMPETRAÇÃO DE MS OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO. IMPOSSIBILIDADE VIA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGITIMIDADE DO MP. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. O MP não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança objetivando a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução interposto, vez que não pode restringir o direito do condenado além dos limites conferidos pela legislação. O agravo em execução não é dotado de efeito suspensivo, nos termos do art. 197 da LEP." "V.V: RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE DIREITO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. MS PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. Vejamos este trecho do voto: (...) Entendo que não é vedado ao MP o manejo do remédio heroico do MS em âmbito penal; contudo, seu cabimento prescinde da demonstração do direito líquido e certo violado, sem o qual, não pode o *Parquet* socorrer-se a tal recurso. O MP não pode restringir o direito de liberdade do condenado, fora das hipóteses previstas no ordenamento processual penal, sob pena de afronta ao texto constitucional e ao princípio do devido processo legal. Dispõe a CF/88, no seu art. 5º, LIV, que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'. Como é cediço, o art. 197 da LEP proíbe, expressamente, a concessão de efeito suspensivo ao agravo em execução, *in verbis*: 'Art. 197. Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.' Assim, pretende o *Parquet* restringir o direito do condenado, fora dos limites impostos pela lei, utilizando-se de manobras processuais, o que não lhe é permitido. Não admitindo a legislação penal efeito suspensivo a recurso de agravo em execução, não pode o MP valer-se do RMS para tal. Dessa forma, entendo prudente o aguardo pelo *Parquet* do trâmite regular do agravo em execução interposto, que se encontra pendente de julgamento. Amparando a tese, já decidi esta Corte: 'MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIME HEDIONDO. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. ART. 197 DA LEP. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. EFEITO SUSPENSIVO PLEITEADO PELO MP. IMPOSSIBILIDADE DA VIA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGITIMIDADE DO MP. MS NÃO CONHECIDO. O MS não se presta para atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução, quando ausentes os requisitos excepcionais autorizadores da medida buscada. Também é

uníssona a jurisprudência no sentido do descabimento do manejo do *mandamus* pelo MP para conferir efeito suspensivo ao agravo em execução. V.V. (Agravo Regimental nº 1.0000.06.442590-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ 27.10.06) MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. ART. 197 DA LEP. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. EFEITO SUSPENSIVO PLEITEADO PELO MP. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGITIMIDADE DO MP. MS NÃO CONHECIDO. O MS não se presta para atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução, quando ausentes os requisitos excepcionais autorizadores da medida buscada. Também é uníssona a jurisprudência no sentido do descabimento do manejo do *mandamus* pelo MP para conferir efeito suspensivo ao agravo em execução. V.V. RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. AÇÃO MANDAMENTAL ADMITIDA, PARA ANÁLISE DO MÉRITO. (MS 1.0000.06.436184-3/000, Relª Desª Maria Celeste Porto, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ 28.07.06) (grifamos) MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PELO MP. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO DE AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FALTA DE AMPARO LEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. Embora seja sabido e consabido que o MP detém legitimidade para impetrar mandado de segurança, inexistindo previsão legal de efeito suspensivo em Recurso de Agravo, tem-se por prejudicada a aferição do alegado direito líquido e certo a amparar sua impetração, até porque ao *Parquet* não cabe valer-se do remédio constitucional para buscar restringir direitos do condenado, ferindo não só o regramento processual penal, como também o princípio constitucional do devido processo legal. *Mandamus* não conhecido. V.V.: RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. (MS 20000.00.461956-7/000, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 2ª Câmara Mista do TAMG, DJ 23.10.04) (grifamos). Instado a se pronunciar sobre o tema, o STJ firmou entendimento no mesmo sentido, *in verbis*: *HABEAS CORPUS*. MP. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. O MP não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança com intuito de atribuir efeito suspensivo a agravo em execução, na medida em que o princípio do devido processo legal obsta a restrição das garantias dadas aos acusados além dos limites estabelecidos pela legislação; 2. A dicção do art. 197 da LEP é clara ao proclamar que o agravo em execução não é dotado de efeito suspensivo; 3. Ordem concedida para cassar o efeito suspensivo atribuído ao agravo, determinando a imediata retirada do paciente do regime disciplinar diferenciado. (HC 45299/SP; *Habeas Corpus* 2005/0106688-0, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T. STJ, DJ 27.03.2006, p. 339 - Fonte: *DVD Magister, versão 26, ementa 11303657*) *HABEAS CORPUS*. CONDENADO CUMPRINDO PENA. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS. AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COM O FITO DE EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. DEFERIMENTO PELO TRIBUNAL A *QUO*. ILEGALIDADE. 1. O MP não tem legitimidade para impetrar MS almejando atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197 da LEP, o agravo em execução não possui efeito suspensivo. Precedente do STJ."c

II - Natureza Jurídica

O mandado de segurança não é um recurso, assim como o *habeas corpus* e a revisão criminal também não o são. Refiro-me ao *habeas corpus* e à revisão criminal porque, equivocadamente, o CPP estabelece (ou indica), como recursos, estas duas verdadeiras ações autônomas de impugnação. O CPP, entre tantas outras impropriedades técnicas (é um código de 1941), elenca o *habeas corpus* e a revisão criminal como meios recursais, e não o são. São ações autônomas de impugnação, como é o mandado de segurança. Não é recurso por um motivo muito simples, qual seja, com a ação de mandado de segurança instaura-se uma nova relação jurídica processual, ao passo que o recurso apenas dá continuidade àquela primeira relação jurídica.

O mandado de segurança tem caráter mandamental e índole constitucional; é uma ação de conhecimento que pode ter efeito meramente declaratório ou constitutivo. Por exemplo, pode-se trancar uma ação penal por mandado de segurança quando se esteja diante de uma ação penal cujo objeto é uma contravenção penal punida, tão somente, com a pena de multa. Como a multa, hoje, por conta da modificação estabelecida no art. 51 do CP (e a revogação do art. 182 da LEP - Lei nº 7.210/84) não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade, a liberdade de locomoção, nestes casos, não estaria ameaçada. Portanto, o remédio cabível não é mais o *habeas corpus*, que tutela somente o direito à liberdade de locomoção; possível será a impetração do mandado de segurança.

O mandado de segurança pode ser repressivo ou preventivo (assim como o *habeas corpus*) e, como toda ação, é necessário estabelecer as condições para o seu exercício e os pressupostos processuais.

III - Condições da Ação de Mandado de Segurança e os Seus Pressupostos Processuais

Para ser possível, juridicamente, o mandado de segurança, é necessário que haja um ato jurisdicional g eivado de ilegalidade, que tenha a possibilidade real, efetiva ou iminente, de ferir um direito líquido e certo g. Portanto, o ato tem que ser ilegal, contrário à lei ou praticado com abuso de poder.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" 10.

No mesmo sentido, Carlos Mário da Silva Velloso: "O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado

documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual" [11](#).

97. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

A segunda condição da ação é o interesse de agir. Nesse sentido, lembramos do trinômio: "necessidade, adequação e utilidade". O mandado de segurança tem que ser um remédio adequado para combater um ato ilegal ou praticado com abuso de poder; e tem que ser necessário e útil para evitar um dano irreparável. Portanto, o interesse de agir está na probabilidade de um dano irreparável, porque não garantido por outro remédio [12](#), não garantido pelo *habeas corpus*, pelo *habeas data* ou mesmo por recurso com efeito suspensivo [13](#).

Por fim, como última condição da ação, tem-se a legitimidade das partes. Parte no mandado de segurança, no polo ativo, é qualquer pessoa física ou jurídica que se sinta ameaçada ou violada em seu direito, e que possa comprovar, de plano, essa violação, ou esta ameaça. Sujeito passivo, como entende modernamente a doutrina, é o Estado (não exatamente a autoridade coatora). É importante observar que no polo passivo, via de regra, haverá a necessidade de se estabelecer um litisconsórcio necessário, sob pena de nulidade do processo. Assim, por exemplo, em um mandado de segurança impetrado pelo MP, evidentemente que, ao ser notificada a autoridade dita coatora (o juiz de Direito), é imprescindível que sejam citados os réus para contestar a ação mandamental (não para prestar informações).

Neste ponto, faço referência a um Enunciado ainda mais recente do STF, o de nº 701, que, espancando algumas dúvidas doutrinárias ainda existentes, estabeleceu definitivamente (e priorizando, portanto, o princípio do contraditório) que "no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo". Este já é um entendimento reiterado pela Suprema Corte, e exatamente por isso transformou-se em enunciado.

98. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Com relação aos pressupostos processuais, além dos já conhecidos "investidura do juiz e capacidade das partes", faremos referência especial à regularidade formal do pedido. A Lei do Mandado de Segurança (art. 6º) estabelece que a petição deve conter, além de algumas especificidades, os mesmos requisitos da petição inicial (previstos nos arts. 282 e 283 do CPC). Algumas peculiaridades há. Não esqueçamos que há um prazo decadencial para a impetração do *mandamus*, exatamente 120 dias (art. 23).

Da mesma forma, como já mencionado, o mandado de segurança não é um procedimento que admita dilação probatória, pois "a ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados da inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida" [14](#).

No mesmo sentido: "O remédio heroico do mandado de segurança somente pode ser agitado havendo prova pré-constituída da ofensa a direito líquido e certo da parte impetrante, não sendo o mesmo admitido, portanto, se dependente a invocação do direito de instrução probatória" (TJMG, APC 1.0024.03.983408-0, Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, 6ª C. Cív., DJ 27.08.04).

No julgamento do MS 27971, o Ministro Celso de Mello decidiu que "não se justifica, em sede de mandado de segurança, a produção tardia de documentos, eis que estes não de ser produzidos pelo impetrante quando do ajuizamento da referida ação constitucional, como reiteradamente tem advertido o magistério jurisprudencial desta suprema Corte (RTJ 83/663, relatado pelo Ministro aposentado Sepúlveda Pertence; RTJ 137/663, relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, e RTJ 171/3265-327, relator Ministro aposentado Ilmar Galvão). Como se sabe, a ação de mandado de segurança faz instaurar processo de caráter eminentemente documental, a significar que a pretensão jurídica deduzida pela parte impetrante há de ser demonstrada mediante produção de provas documentais pré-constituídas, aptas a evidenciar a alegada ofensa a direito líquido e certo supostamente titularizado pelo autor do *writ* (processo) mandamental, observou o Ministro. Isto porque, segundo ele, a lei exige que o impetrante, ao ajuizar o processo, instrua a petição inicial, com prova literal pré-constituída, essencial à demonstração das alegações feitas, ressalvada a hipótese - inócua neste caso - de o documento necessário à comprovação das razões invocadas encontrar-se em repartição ou em estabelecimento público ou, ainda, em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão (Lei nº 1.533/51, art. 6º e seu parágrafo único, e RISTF - art. 114)". O Ministro citou, neste contexto, doutrina do Ministro Alfredo Buzaid, na obra "Do Mandado de Segurança". Nela, Buzaid sustentava que, "diversamente do que ocorre com o procedimento comum e com o procedimento especial de jurisdição contenciosa, nos quais à fase dos articuladores se segue, de ordinário, a instrução probatória, a característica do processo de mandado de segurança está em só admitir prova documental pré-constituída".

99. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Excepcionalmente, contudo, é possível a juntada posterior de documentos se, com as informações da autoridade coatora ou mesmo com a contestação do litisconsorte, novos fatos forem abordados. Assim, a doutrina e a jurisprudência permitem, nestes casos excepcionais, privilegiando o princípio do contraditório, que documentos novos sejam juntados para contrapor àqueles novos argumentos trazidos nas informações ou na respectiva contestação.

A intervenção do MP no MS em matéria criminal quando não for o impetrante (mas, como *custos legis*) é imprescindível, sob pena de nulidade processual, no prazo de 10 dias (art. 12).

IV - A Possibilidade da Concessão de Liminar

A possibilidade da concessão de liminar está prevista muito claramente no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09. A liminar, como uma medida antecipatória, exige os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* e pode ser, na forma do CPC, revogada pelo próprio juiz que a concedeu. Portanto, "para a concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança é necessária a presença de dois requisitos, ou seja, prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e o perigo na demora (com a possibilidade de se tornar inócua a decisão final)" [15](#).

Havendo justo receio (art. 1º), é também possível, ainda que excepcionalmente, o MS preventivo; neste sentido, veja-se esta decisão do TJMG:

"MS 1.0000.06.445739-3/000(1), 1ª T., Relª Desª Márcia Milanez. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional destinado a proteger direito líquido e certo, contra ato ilegal ou abusivo de poder, emanado de autoridade pública. É possível o manejo do mandado de segurança preventivo contra ato ainda inexistente, mas presumido, desde que comprovada a ameaça objetiva e real, decorrente de existência de comando legal. Não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, baseado apenas no julgamento subjetivo do impetrante; impõe-se que a ameaça a tal direito se caracterize por ato concreto da autoridade impetrada, que virá a atingir o patrimônio jurídico da parte. O 'justo receio' a que alude o art. 1º da Lei nº 1.533/51, para justificar a segurança, há de revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade. Naquela, a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e desaparecido."

Portanto, "não basta a invocação genérica de uma remota possibilidade de ofensa a direito para a concessão de segurança preventiva; exige-se a prova da existência de atos ou situações atuais que evidenciem a ameaça remida" (STF, RE 92.562, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 01.07.80, p. 4.949).

No mesmo sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. GRAVE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. Em MS preventivo, o receio do impetrante de ter seu pretense direito ameaçado deve vir sustentado em algum ato de ameaça real a direito seu, a constituir elemento objetivo, autorizador da impetração, sob pena de indeferimento da inicial." (TJMG, Reexame Necessário nº 1.0040.99.002806-6/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª C. Cív., publicado em 01.06.04)

Sobre o conceito de justo receio, veja-se a lição de Celso Agrícola Barbi: "O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é o elemento objetivo. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para sua definição" [16](#).

Para Theotonio Negrão "o justo receio a que alude o art. 1º da Lei nº 1.533/51 (já revogada), para justificar a segurança, há de revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade. Naquela, a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e desaparecido" [17](#).

V - Competência e Recursos

A competência para julgar o MS vem estabelecida na CF, levando-se em conta duas circunstâncias, quais sejam: a qualificação da autoridade coatora - federal ou estadual - e a hierarquia. Uma observação importante que se faz é a seguinte: discute-se quem é o órgão competente para

conhecer o mandado de segurança contra ato de juiz do Juizado Especial Criminal - se seria a Turma Recursal ou o Tribunal de Justiça. Sempre entendi que não era a Turma Recursal, pois esta julga recursos (e mandado de segurança não é recurso). Neste sentido, a Lei Estadual nº 7.033/97, que dispõe sobre o Sistema Estadual de Juizados Especiais Cíveis, no art. 14, estabelece que será do Tribunal de Justiça a competência para o *habeas corpus* e o mandado de segurança quando o autor for juiz do Juizado Especial Criminal.

E quando a autoridade coatora for a Turma Recursal? O MS deve ser impetrado perante qual órgão? Com relação ao *habeas corpus*, a Súmula nº 690 do STF estabelece que "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Criminais". Portanto, o Supremo já sumulou que, quando a autoridade coatora for a Turma Recursal, o *habeas corpus* deve ser dirigido a ele [18](#).

102. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Em relação ao MS, o STF também já entendeu que contra ato da Turma Recursal a competência é do respectivo Tribunal de Justiça ou TRF [19](#).

Com relação ao recurso da decisão que denega a ordem de MS nos tribunais, cabe o recurso ordinário constitucional para o STJ ou para o STF, conforme o caso, no prazo de 15 dias. Nos demais casos, poderá caber o recurso especial ou o extraordinário (art. 18).

VI - Casos em Que Foi Admitido o Mandado de Segurança em Matéria Criminal ou à Guisa de Conclusão

Normalmente, em qualquer ataque ao direito do réu, a via correta será o *habeas corpus*. Portanto, o mandado de segurança é mais utilizado pela acusação do que pela defesa, pois esta certamente terá um remédio mais apropriado (até porque o mandado de segurança é admitido por exclusão).

Assim, já se admitiu mandado de segurança para o advogado obter vista dos autos fora do cartório; para o advogado ser admitido como assistente de acusação; contra apreensão de objetos para instruir a ação penal nos crimes contra a propriedade material; para obter efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução e ao recurso em sentido estrito; para atribuir efeito suspensivo a recurso contra a liberdade provisória concedida a condenado por tráfico de entorpecentes; para se obter a restituição de coisas apreendidas; contra a decisão que denegou a produção antecipada de prova material considerada urgente, na forma do art. 366 do CPP; e para assegurar a permanência de presidiária com filho lactante, na forma do art. 5º, L, da CF/88.

103. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Para ilustrar, vejamos a jurisprudência:

"TJRJ, 7ª T., Mandado de Segurança nº 2006.07800279, Rel. Des. Geraldo Prado. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PENAL. CABIMENTO. ARTS. 195 E 196 DA LEI Nº 7.210/84. OMISSÃO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. DIREITO À DECISÃO EM PRAZO RAZOÁVEL. O mandado de segurança consiste em ação constitucional por meio a qual se postula a prática de determinado comportamento,

comissivo ou omissivo, pela autoridade apontada como coatora, com o propósito de fazer cessar a ilegalidade perpetrada, sendo perfeitamente cabível em matéria criminal, conforme entendimento adotado pelo STF no Enunciado nº 267 de sua Súmula. Procedimento judicial aforado em agosto de 2004 com base no art. 195 da LEP. Ausência de pronunciamento judicial acerca das seguidas questões: a) ao seu direito a receber visitas na unidade prisional em que se encontra custodiado, notadamente de seus sobrinhos e amigos; b) ao direito de seus parentes e amigos serem recadastrados, expedindo-se as respectivas carteiras de visitantes; c) ao direito de o impetrante utilizar as vestimentas e calçados que lhe for possível; d) ao direito de manter contato com o mundo exterior ao presídio, através de jornais e revistas; e) a inviolabilidade de suas correspondências; f) expedição de ofício ao MP para apuração do crime de abuso de autoridade pela violação do sigilo de correspondência. Matéria não afeta à liberdade de locomoção, mas sim à manifesta ilegalidade perpetrada pela autoridade apontada como coatora que, embora provocada, ficou-se inerte sem motivo justificável. Direito à decisão em prazo razoável (arts. 5º, LXXVIII, e 93, IX, da CR). Fixação de prazo para que a autoridade apontada como coatora aprecie procedimento judicial aforado pela Defesa. Aplicação do art. 196 da LEP. Ordem concedida."

Vejamos este trecho do voto:

"(...) Com efeito, respeitada a competência constitucionalmente estabelecida, o reconhecimento daqueles direitos invocados pelo impetrante devem ser apreciados no juízo da execução, em razão da necessidade de demonstração da satisfação dos requisitos legais. Por este motivo, a rigor, se torna impossível seu exame em sede de mandado de segurança, sem que tenha havido tal apreciação, sob pena de supressão de instância, com evidente afronta ao duplo grau de jurisdição. Examinar a questão pela via do mandado de segurança é o mesmo que suprimir garantias processuais, que valem para as partes do processo de execução. Isto porque, repito, não há decisão do juiz natural, o que torna o mandado de segurança, por enquanto, meio inidôneo para o exame da matéria. Assim, a matéria é imprópria para ser analisada pela estreita via do mandado de segurança, sob pena de supressão de instância e grave violação das garantias constitucionais do art. 5º da CR, não sendo cabível ordenar a emissão de decisão. Convém consignar, contudo, o cabimento do mandado de segurança nos limites do pretendido pela impetração. O mandado de segurança consiste em ação constitucional por meio da qual se postula a prática de determinado comportamento, comissivo ou omissivo, pela autoridade apontada como coatora, com o propósito de fazer cessar a ilegalidade perpetrada, sendo perfeitamente cabível em matéria criminal, conforme entendimento adotado pelo STF no Enunciado nº 267 de sua Súmula. Na hipótese o impetrante postula a procedência do pedido para que seja determinado que o juiz da Vara de Execuções Penais aprecie pedido formulado em agosto de 2004, consistente na declaração quanto a) ao direito do impetrante receber visitas na unidade prisional em que se encontra custodiado, notadamente de seus sobrinhos e amigos; b) ao direito de seus parentes e amigos serem recadastrados, expedindo-se as respectivas carteiras de visitantes; c) ao direito de o impetrante utilizar as vestimentas e calçados que lhe for possível; d) ao direito de manter contato com o mundo exterior ao presídio, através de jornais e revistas; e) a inviolabilidade de suas correspondências; f) expedição de ofício ao MP para apuração do crime de abuso de autoridade pela violação do sigilo de correspondência. Trata-se, portanto, de matéria não afeta à liberdade de locomoção do impetrante, mas sim de manifesta ilegalidade perpetrada pela autoridade apontada como coatora que, embora provocada, ficou-se inerte sem motivo justificável. Ora, o impetrante tem direito à decisão em prazo razoável (arts. 5º, LXXVIII, e 93, IX, da CR) e, nesse sentido, não há como se considerar justificado o tempo

decorrido desde a interposição daquele procedimento judicial, em dezembro de 2004, pois que a autoridade apontada como coatora não indicou qualquer motivo conveniente para a demora. É certo que o impetrante formulou uma série de pedidos no procedimento judicial por ele instaurado a exigir do magistrado e do MP o zelo na apreciação de tais requerimentos. Esta exigência, contudo é, por certo, dirigida à própria Administração, nunca ao impetrante, pois este não tem poderes para providenciar os documentos e informações requeridas, e como tal não pode justificar violação a garantia constitucional a razoável duração do processo, expressamente prevista no art. 5º, LXXVIII, da CR, introduzida pela EC 45 de 2004. E se assim pretende o magistrado 'cumpre ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos' e não, ao revés, impor ao apenado o ônus do mau aparelhamento do Estado, notadamente quando a causa que motiva a demora não é sequer, imposta legalmente (Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2006. p. 69). Nas informações, a autoridade coatora reconhece, ainda que implicitamente, que não houve a apreciação do requerimento formulado pela defesa em 17 de agosto de 2004. Aduz que após a instauração do procedimento judicial em 06 de junho de 2005, manifestou-se o Ministério Público, tendo sido expedido ofício ao Diretor da Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino em 06 de julho de 2005. Ato contínuo, a autoridade apontada como coatora relata diversos incidentes ocorridos na execução da pena do impetrante, notadamente a existência de processo disciplinar que resultou na aplicação de penalidade ao impetrante, impetração de *habeas corpus* e propositura de outro procedimento judicial, sem contudo apontar qualquer justificativa razoável para não apreciação do procedimento instaurado, perpetrando-se a ilegalidade. Assim, não há dúvida de que nestas circunstâncias foi violado o direito da parte à solução de sua demanda - ou ao exame de sua pretensão - em prazo razoável, configurando-se verdadeira ilegalidade, sanável pela via do mandado de segurança."

105. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

"STF. A inércia da autoridade coatora em apreciar recurso administrativo regularmente apresentado, sem justificativa razoável, configura omissão impugnável pela via do mandado de segurança. Ordem parcialmente concedida, para que seja fixado o prazo de 30 dias para a apreciação do recurso administrativo." (MS 24167/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.10.06, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

"STF - EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Enquanto há omissão continuada da Administração Pública, não corre o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança, sendo certo, porém, que essa omissão cessa no momento em que há situação jurídica de que decorre inequivocamente a recusa, por parte da Administração Pública, do pretendido direito, fluindo a partir daí o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração da segurança contra essa recusa. Em se tratando de concurso público, a abertura de novo concurso pela Administração Pública traduz situação jurídica de evidente recusa de aproveitamento dos candidatos do concurso anterior, pondo termo, assim, à omissão continuada pela falta desse aproveitamento, começando a correr o prazo de decadência para a impetração da segurança. Ocorrência, no caso, da decadência. Recurso ordinário a que se nega provimento." (RMS 23987/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.03.03, Órgão Julgador: 1ª T.).

"MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. EXISTÊNCIA

DE RECURSO ESPECÍFICO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. O cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, a teor do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 e da Súmula nº 267 do STF, condiciona-se à inexistência de recurso específico apto a modificá-lo. A utilização da via mandamental, assim, não se apresenta admissível contra a decisão que, no curso de procedimento criminal diverso, decreta a apreensão de bens, porquanto contra tal determinação há recurso próprio na legislação pátria, qual seja, o pedido de restituição de coisas apreendidas (CPP, arts. 118 a 124), sujeitando-se o *decisum* que o aprecia ao reexame por meio de recurso de apelação, consoante remansosa jurisprudência. Tão somente nas hipóteses de ato judicial abusivo ou teratológico, ou, então, se houver a possibilidade de dano irreparável decorrente do mesmo, tem-se aceitado o manejo do *mandamus*." (TRF 4ª R., 8ª T., MS 2005.04.01.002277-4-RS, Rel. Des. Fed. Afonso Brum Vaz, j. 04.05.05, v.u.)

106. EM EVIDÊNCIA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32 - Out-Nov/2009

Contra a utilização do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito:

"Não é admissível o uso do mandado de segurança com o fito de atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pela acusação contra decisão que concede a liberdade ao réu. A via mandamental não se presta a emprestar efeito suspensivo a recurso que não o tem, qual seja, o recurso em sentido estrito interposto contra decisão que relaxa a prisão em flagrante, nos termos dos arts. 581, V, e 584, do CPP. Seria um contrassenso utilizar-se da ação mandamental, que tem *status* constitucional, inserindo-se dentro dos direitos e garantias fundamentais, como tutela contra ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública, para conferir efeito não previsto em lei a recurso do próprio órgão do Estado, com o objetivo de restringir a liberdade do cidadão." (TRF 3ª R., 1ª S., MS 2008.03.00.010635-2, Rel. Márcio Mesquita, j. 07.08.08, DJU 03.09.08)

TITLE: Writ of mandamus in criminal matter: Law no. 12016/09.

ABSTRACT: After 1934, the only Brazilian Constitution that did not prevised writ of mandamus was the one of 1937, but by no means it stopped being used. Currently, literally interpreting article 5, II and III, of Law no. 12016/09, we find it possible its impetration against judicial decision, including in criminal matter. It is not an appeal, since through the action for writ of mandamus a new procedural legal relation is established, while appeal gives continuation to that first legal relation. It can be repressive or preventive, and, like any other action, it is necessary to establish the conditions for its exercise and procedural presuppositions. For it to be possible, there must be a jurisdictional act tainted by illegality, which presents the real possibility of injuring a undoubtful and certain right. The second condition of the action is the interest of acting. Finally, as last condition, we have the parties legitimacy. Normally, in any attack against the right of the defendant, the correct way will be *habeas corpus*. Therefore, writ of mandamus is used most by accusation than defense, for it will have a more adequate remedy (especially because it is admitted by exclusion).

KEYWORDS: Writ of Mandamus. *Habeas Corpus*. Injunction. Appeal. Jurisprudence.