MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 40/2002 | p. 128 - 142 | Out - Dez / 2002
Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 5 | p. 755 - 772 | Jun / 2012
DTR\2002\435

Antonio Scarance Fernandes
Professor Livre-Docente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador de Justiça aposentado. Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal
Resumo: O artigo trata do mandado de segurança no âmbito criminal, trazendo breves considerações sobre sua evolução, comparando-o com o remédio do habeas corpus e destacando os principais aspectos de sua utilização, pelo Ministério Público, pelo investigado ou acusado, pelo ofendido, por terceiros e por advogados. Faz-se ainda uma análise do uso do mandado de segurança em desfavor do acusado ou investigado, principalmente no que se refere à concessão de liminares.

Palavras-chave: Mandado de segurança em matéria criminal - Liberdade de locomoção - Direitos individuais - Sigilo bancário - Comissão Parlamentar de Inquérito.
Sumário:

1.A utilização do mandado de segurança no âmbito criminal - 2.O uso do mandado de segurança pelo Ministério Público - 3.A utilização do mandado de segurança pelo ofendido - 4.O uso do mandado de segurança por terceiros - 5.O uso do mandado de segurança por advogados - 6.O uso do mandado de segurança pelo investigado ou acusado - 7.Reflexões sobre o uso do mandado de segurança - Bibliografia

1. A utilização do mandado de segurança no âmbito criminal

O fato da comemoração dos cinqüenta anos da Lei do Mandado de Segurança, Lei 1.533, de 31.12.1951, tornou oportuno refletir sobre a utilização do mandado de segurança no âmbito criminal.

O mandado de segurança surgiu, entre nós, depois do habeas corpus. Quando ainda inexistia previsão de mandado de segurança, prestava-se o habeas corpus para amparar situações que vieram a se constituir mais tarde no âmbito de proteção do mandado. Tudo isto porque, embora o habeas corpus tenha se destinado em sua origem e evolução a proteger o indivíduo preso, serviu no Brasil para resguardar a pessoa de atos que, de maneira remota ou indireta, constrangiam a sua liberdade de locomoção, ou a atingiam com violações a outras liberdades fundamentais. Previsto no Código Criminal do Império de 1832, foi elevado o habeas corpus ao plano constitucional em 1891. Em virtude de estar previsto no art. 72, § 22, da Constituição de 1891, como remédio amplo para a proteção do indivíduo que sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, houve a formação de orientações doutrinárias diversas sobre a abrangência de sua proteção, desde a que o limitava à superação do constrangimento decorrente da prisão, [1]até a que o estendia para proteger direitos diversos do direito de ir e vir. [2]Com a reforma promovida pela Emenda Constitucional de 1926, o habeas corpus voltou a preservar apenas a liberdade de locomoção, tendo em vista a alteração na redação do art. 72, § 22, do qual passou a constar que o writ protegia o indivíduo de violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção. A tutela de outras liberdades ou direitos fundamentais passou a ter diversa proteção, com a introdução, pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), do mandado de segurança, [3]no ordenamento brasileiro, [4] similar do amparo mexicano. [5]

Separaram-se, então, os dois remédios, ficando o habeas corpus restrito à proteção da liberdade, cabendo ao mandado de segurança a salvaguarda de outros direitos

individuais, assumindo feição residual. Foi este regulado pela Lei 191, de 1936, revogada com a disciplina trazida pelo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1939. Não figurou na Carta de 1937, mas readquiriu status constitucional com a Constituição de 1946. Depois, foi regulado pela Lei 1.533, de 31.12.1951, que permanece em vigor, sendo recepcionada pela Constituição de 1988, a qual previu o mandado de segurança em seu art. 5.º, LXIX, da CF/1988 (LGL\1988\3), inovando ao possibilitar também o mandado de segurança coletivo (inc. LXX).

Como a Constituição vigente também previu o habeas data, com os fins de assegurar o conhecimento de informações pelo indivíduo a seu próprio respeito, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como o de retificar tais dados, o mandado de segurança, cuja atuação é residual, presta-se agora a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus e habeas data.

Em todos esses anos, algumas posições afirmadas pela doutrina e admitidas pelos tribunais, tiveram relevância na fixação dos contornos atuais do mandado de segurança. [6]Assim, foi altamente significativo o fato de ser admitido o mandado de segurança contra ato jurisdicional [7]e, em caso de inexistir efeito suspensivo para eventual recurso, servir para suspender os efeitos da decisão impugnada até ser reapreciada pelo tribunal.

Em matéria criminal, porém, a utilização do mandado de segurança tem sido restrita, consistindo o habeas corpus no grande remédio do sistema criminal, conforme mostra estatística do TACrimSP. [8]Pode-se, então, perguntar se haveria interesse no exame do mandado de segurança em matéria criminal. Apesar do uso mais acentuado do habeas corpus, o mandado de segurança tem servido, com eficácia, para cobrir o espaço deixado em aberto pelo habeas corpus. [9]Vale, por tudo isso, refletir sobre o seu uso no sistema criminal, após seus longos anos de existência.

2. O uso do mandado de segurança pelo Ministério Público

Importa ressaltar, inicialmente, que o maior uso do mandado de segurança, no processo criminal, é feito pelo Ministério Público. Quando o acusado ou o sentenciado, durante a execução da pena, sente-se violado em seu direito de locomoção, serve-lhe o habeas corpus, de ampla utilização no direito brasileiro, pois alcança até ameaças remotas ao direito de ir e vir. Não há, portanto, para ele, com raras exceções, interesse no mandado de segurança. Maior interesse tem o Ministério Público.

Há duas razões principais para o Ministério Público invocar a seu favor o mandado de segurança. A primeira é a falta de recurso para impugnar decisão interlocutória. Diferentemente do processo civil, no processo penal, vigora a regra da irrecorribilidade das interlocutórias, estando arroladas as decisões atacáveis pelo recurso em sentido estrito, no art. 581 do CPP (LGL\1941\8). Não lhe prestando, como ao acusado, o remédio do habeas corpus, para superar a ausência do recurso, o Ministério Público, se não cabível a correição parcial, [10]deverá se utilizar do mandado de segurança. Além dessa hipótese em que não existe recurso previsto para ser impugnada uma decisão interlocutória, ainda é útil o mandado para o Ministério Público quando a lei não atribui efeito suspensivo a recurso que possa interpor.

São, assim, duas as hipóteses principais em que o Ministério Público utiliza o mandamus: 1.ª) quando inexiste recurso para impugnar uma decisão; 2.ª) quando, apesar de ser previsto recurso, atribui-se-lhe apenas efeito devolutivo.

Em relação à primeira, é inegável a importância do mandado de segurança para o Ministério Público. Quase sempre é o único meio possível para reverter uma situação processual que lhe é prejudicial. A correição parcial tem uso restrito e só pode ser invocada quando houver tumulto no processo ou inversão da ordem processual.

Normalmente, quando surge lei com normas processuais penais, acompanha-a premente questão a respeito dos recursos cabíveis contra decisões nela previstas. Para o acusado,

haverá o remédio do habeas corpus. Prestam-se a resolver boa parte das dificuldades do Ministério Público a apelação, prevista no art. 593, II, do CPP (LGL\1941\8), possível contra decisões com força de definitivas, e o recurso em sentido estrito do art. 581, do CPP (LGL\1941\8), desde que seja aceita interpretação extensiva em relação ao rol de decisões impugnáveis. É comum, contudo, haver decisões não impugnáveis por esses recursos. Há também a dificuldade de se convencer juízes e tribunais a respeito da viabilidade de serem incluídas, no rol do art. 581 do CPP (LGL\1941\8), decisões que guardam com as nele previstas alguma similitude, ou de se admitir que a decisão tem força de definitiva e comporta apelação.

Para bem ilustrar essas dificuldades para o Ministério Público, servem os debates a respeito do recurso cabível para impugnar a decisão que, apesar da manifestação em contrário do Promotor de Justiça, suspende o processo com base no art. 89 da Lei 9.099/1995.

Defendeu-se o cabimento de apelação, com base na previsão ampla do art. 593, II, do CPP (LGL\1941\8). Por esse entendimento, se o Ministério Público não recorresse da decisão que suspende o processo, com o decurso do período previsto para o cumprimento das condições nela estabelecidas, a situação do acusado no processo seria definitiva, com a extinção de sua punibilidade (art. 89, § 5.º, da Lei 9.099/1995) e o Ministério Público não teria mais como revertê-la. [11]

Outros sustentaram ser possível admitir o recurso em sentido estrito com base no art. 581, XVI, do CPP (LGL\1941\8), o qual prevê o recurso contra a decisão que ordena a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial. Por analogia, seria cabível o mesmo recurso para impugnar também a decisão semelhante, de suspensão condicional do processo. [12]

Para os que não aceitaram uma ou outra solução, restou ao Ministério Público invocar o mandado de segurança e demonstrar, no caso concreto, que a suspensão em face da Lei 9.099/1995 atingia-lhe direito líquido e certo à continuação da causa até final sentença, principalmente porque, segundo a orientação que prevaleceu, o juiz não podia, contra a vontade do Ministério Público, suspender o processo. [13]

Outra questão, surgida com a redação dada ao art. 366 do CPP (LGL\1941\8), pela Lei 9.271/1996, mostra também a importância do mandado de segurança para o Ministério Público. De acordo com o novo art. 366, o processo será suspenso se o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, nem constituir defensor. O artigo possibilita ao juiz a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Em um caso concreto, se o promotor de justiça requer a produção da prova e o juiz indefere a sua pretensão, surge a seguinte questão: de que modo pode o promotor obter junto ao tribunal a reforma dessa decisão. Não há previsão de recurso para a hipótese. Não cabe afirmar que seria apelação porque não há, no caso, decisão com força de definitiva. Também não há como enquadrar a hipótese nos incisos do art. 581 do CPP (LGL\1941\8). Restaria a ação de mandado de segurança, sustentando o Ministério Público ter um direito líquido e certo à produção de determinada prova, que pode, com o passar do tempo, desaparecer e levar a que o fato não seja mais demonstrado. [14]

Os dois exemplos, da suspensão condicional do processo prevista na Lei 9.099 de 1995 e da produção antecipada de prova testemunhal durante a suspensão em virtude da revelia, mostram a importância da utilização, pelo Ministério Público, do mandado de segurança quando falta recurso para impugnar decisão que lhe é contrária.

Como antes referido, além dessa hipótese de falta de recurso, em outra o Ministério Público tem se servido do mandado de segurança, dele se valendo para obter efeito suspensivo em recurso em sentido estrito. Para esse objetivo, o emprego mais comum do mandado tem ocorrido em decisões que concedem liberdade provisória para pessoas acusadas da prática de crimes hediondos ou assemelhados, pois, segundo o art. 2.º, II, da Lei 8.072/1990, não é possível liberdade provisória para estes crimes. O promotor

ingressa com o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, V, do CPP (LGL\1941\8) [15]e, ao mesmo tempo, dirige-se ao tribunal, por meio de um mandado de segurança, com pedido de liminar, para evitar a soltura do acusado ou investigado preso até o julgamento do mandamus. [16]Além desse exemplo atinente à liberdade provisória, outros podem ser lembrados: a impetração de mandado de segurança para obter efeito suspensivo em apelação interposta contra sentença que admitiu albergue domiciliar não autorizado pela legislação [17]ou possibilitou progressão de regime em crime hediondo ou assemelhado; a invocação do mandado para manter recolhido acusado que, estando preso preventivamente, havia sido liberado por força de decisão de pronúncia, contra a qual se interpôs recurso, com o argumento de que estavam mantidas as razões da custódia cautelar; [18]o socorro do mandado de segurança para o fim de obter efeito suspensivo na interposição de agravo contra decisão do juiz da execução. [19]

Finalmente, o Ministério Público vem se socorrendo do mandado de segurança para corrigir situações que envolvem o uso de prerrogativas decorrentes da sua atividade profissional. Em certo caso, o juiz não permitiu ao promotor acesso a livro de registro de sentença. Como não havia recurso para resolver o impasse criado, serviu-lhe o mandado de segurança para garantir o seu direito de acesso ao livro, necessário para o exercício de sua atividade profissional. [20]

Portanto, conforme se infere das hipóteses tratadas - superação da falta de recurso para impugnar uma decisão; obtenção de efeito suspensivo para o recurso interposto e asseguração de prerrogativa essencial para exercício funcional - bem como de outras eventualmente ocorrentes, representa o mandado de segurança eficaz remédio em favor dos interesses do Ministério Público.

3. A utilização do mandado de segurança pelo ofendido

O mandado de segurança é importante também para o ofendido em diversas situações. Pode, como o Ministério Público, usá-lo quando ajuizar queixa criminal em crime de ação penal privada, para proteger direitos decorrentes de sua posição, tal como o direito à prova. Quando requer seu ingresso como assistente do Ministério Público, em processo instaurado mediante denúncia, sendo o pedido indeferido pelo juiz, conforme previsão expressa do art. 273, do CPP (LGL\1941\8), não cabe recurso contra essa decisão, mas, conforme orientação pacífica na doutrina e na jurisprudência, o ofendido pode utilizar-se do mandado de segurança para reparar eventual ilegalidade decorrente do ato jurisdicional. [21]Durante o inquérito policial, o ofendido pode usar do mandado para garantir direitos que lhe são restringidos pela autoridade policial.

Quando se trata de crimes contra a propriedade imaterial, os arts. 525 a 527, CPP (LGL\1941\8), prevê como condição para exercício da ação penal a realização de perícia destinada a provar a materialidade da infração, sendo ela precedida, necessariamente, de busca e apreensão de produtos que sirvam para evidenciar a prática delituosa. Tornou-se pacífico, na jurisprudência, que a finalidade da apreensão é colher material probatório para a realização da perícia, não podendo, por isso, ir além do necessário para o exame dos peritos, evitando-se que a apreensão possa paralisar a empresa. [22]Em certas diligências, a polícia ou os peritos acabam apreendendo grande quantidade de produtos, desnecessária para a prova da materialidade do crime. Nestes casos, o mandado de segurança tem sido útil para se obter a devolução do que constitui o excesso desnecessário da apreensão. [23]Prestou-se, ainda, para afirmar a ilegalidade da apreensão feita por peritos e não por oficial de justiça. [24]

4. O uso do mandado de segurança por terceiros

O mandado pode servir também para terceiros, com o objetivo de resguardar seus interesses civis e patrimoniais em relação às medidas chamadas de assecuratórias pelo Código de Processo Penal (LGL\1941\8). Também é proveitoso, em outras situações, como as de quebra de sigilo bancário, requisição de informações a médico ou hospital, em que, de alguma forma, direitos de terceiros podem ser violados por atos praticados

em processos criminais.

Entre as medidas assecuratórias previstas no Capítulo VI do Título VI (arts. 125 a 144, CPP (LGL\1941\8)), há a apreensão, o seqüestro e o arresto. [25]Quando, por meio destas medidas, atinja-se direito de terceiro, presta-se o mandado de segurança para a devolução do bem apreendido, arrestado, ou seqüestrado. [26]

Como aumentaram as decisões que determinam a quebra de sigilo bancário, para produção de prova criminal, passam a ser questionadas nos pretórios, visando-se coibir eventuais ilegalidades. Ocorre que, às vezes, na quebra do sigilo são incluídas as contas de pessoas diferentes daquela investigada ou acusada, a ela ligadas por laços familiares, comerciais. Nestes casos em que a quebra do sigilo bancário atinge terceiras pessoas, o remédio, para corrigir a eventual ilicitude decorrente do excesso do provimento jurisdicional, é o mandado de segurança.

Para a apuração de um crime, quando há necessidade do conhecimento de fichas clínicas constantes de consultórios ou hospitais, pode o juiz ou a autoridade policial deferir pedidos de requisição desses documentos ou requisitá-los diretamente. Caso o médico ou o hospital entenda que não está autorizado legalmente a encaminhar o documento requisitado, deve se utilizar do mandado de segurança para a proteção do sigilo de seus registros, porque envolvem terceiras pessoas, seus clientes. [27]

5. O uso do mandado de segurança por advogados

Os advogados de quaisquer dos sujeitos processuais podem impetrar mandado de segurança para a garantia do seu exercício profissional, como, por exemplo, para ser assegurado o acesso aos autos do inquérito policial, quando recusado por autoridades policiais, [28]para acompanhar perícia [29]ou outra diligência policial, ainda que sigilosa, [30] para impedir o desentranhamento de documentos do inquérito policial. [31]Quando o advogado pretende que os autos do inquérito sejam desarquivados para a eles ter acesso e retirar cópias, a recusa da autoridade dá ensejo à utilização do mandado de segurança. [32]Se a Ordem pleiteia o seu ingresso no processo como assistente do acusado, conforme a autoriza o art. 49, par. ún., do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mas o juiz entende não ser possível porque inexistiria, no ordenamento jurídico nacional, previsão dessa forma de assistência, também é o mandado o veículo que servirá para assegurar o seu direito. [33]Ainda, cabe o mandado para garantir ao advogado vista dos autos fora do cartório. [34]

6. O uso do mandado de segurança pelo investigado ou acusado

A ampla utilização do habeas corpus por acusado ou investigado cria dificuldade operacional para quem opera na área criminal, gerando dúvida, em determinados casos, sobre a via adequada, habeas corpus ou mandado de segurança, pois não há uma linha divisória nítida para o uso dos dois remédios. Embora os advogados prefiram, normalmente, o habeas corpus, os tribunais, em vários casos, rejeitam sua utilização, entendendo ser cabível o mandado de segurança. Isso enseja, por vezes, dificuldade na escolha do remédio mais ajustado para corrigir determinada situação concreta de ilegalidade.

O indeferimento de pedido de produção de prova, como uma perícia, pode cercear o direito à prova das partes. Diferentemente do Ministério Público, o qual deve usar o mandado de segurança, o acusado deve servir-se do habeas corpus, porque, se houver ofensa ao direito à prova, haverá desrespeito à garantia do devido processo legal, com ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, ante o risco de condenação e prisão em processos nulos. Encontram-se, porém, decisões afirmando que, nesses casos, deveria o acusado socorrer-se do mandado de segurança. [35]

Outra hipótese em que é difícil a escolha do remédio ajustado está relacionada com decisões que autorizam interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, buscas e

apreensões, ora se entendendo que a pessoa investigada deve se utilizar do mandado de segurança para se defender de eventual ilicitude decorrente da autorização, ora se afirmando ser o habeas corpus o remédio adequado para tais situações. [36]

Deve-se ter em conta que o habeas corpus é, em nosso sistema, um remédio bastante amplo, pois a Constituição Federal (LGL\1988\3) permite o seu uso para qualquer situação de ameaça à liberdade de locomoção, ainda que futura e remota. Ele é, por isso, em regra, o veículo mais adequado, mesmo nos casos de quebra de sigilo bancário, de interceptação telefônica, quando incidente sobre conta ou comunicação relacionada com pessoa indiciada ou acusada.

Há, entretanto, situação de maior dificuldade, decorrente do fato de não existir previsão legal sobre o momento em que se deve definir a situação jurídica da pessoa investigada e sobre os requisitos necessários para seu indiciamento. Para aprimoramento do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), neste ponto, o Projeto de Lei 4.209 de 2001 apresentado ao Congresso Nacional, juntamente com outros destinados à reforma parcial do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), pretende regular o ato de indiciamento, exigindo seja motivado. [37]Contudo, por enquanto, devido à falta de normas a respeito da definição da situação jurídica da pessoa submetida a investigação policial ou de outra natureza, tudo tem ficado na dependência da discricionariedade das autoridades encarregadas da apuração dos fatos. Houve ocorrências no funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito que bem evidenciaram a necessidade de ser o assunto objeto de melhor tratamento legislativo. Assim, alguém era chamado para ser ouvido como testemunha, perante uma Comissão, mas, para o país todo, era apontado como responsável pela prática de crimes gravíssimos e que causavam até mesmo indignação nacional. Apesar de a pessoa ser chamada como testemunha, era, na realidade, tratada como autora de crime. Todavia, por ter sido intimada para comparecer perante a Comissão como testemunha, sofria ameaça de prisão se não respondesse às perguntas e, ao mesmo tempo, era-lhe negada a possibilidade de exercício do direito ao silêncio. Em casos como este, quando a situação da pessoa investigada ainda não está bem definida, melhor a utilização do mandado de segurança para garantir à pessoa direitos decorrentes do postulado constitucional de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio.

Há, ainda, outra hipótese de utilização do mandado de segurança por investigado ou acusado. Quando houve o arquivamento do inquérito policial ou absolvição, pode haver o cancelamento dos registros criminais, o apagamento das informações existentes nos sistemas de identificação, mas a pessoa interessada em alguma destas providências encontrará, na maioria das vezes, resistência dos órgãos policiais. Alguns juízes entendem que não pode permanecer nenhum registro relativo à pessoa investigada ou acusada se um inquérito foi arquivado ou se houve absolvição, embora haja também entendimento de que o inquérito arquivado ou o processo com absolvição constitui elemento importante para a apuração dos antecedentes. De qualquer forma, será pelo mandado de segurança que o interessado poderá pleitear o apagamento dos registros criminais relativos à sua pessoa. [38]

Cita-se, ainda, a impetração de mandado de segurança pelo investigado ou acusado em virtude de decisão que determina o seqüestro de seus bens, porque não caberia recurso para impugná-la, ou em casos de apreensões de bens, principalmente veículos, em inquéritos policiais. [39]No caso de apreensão indevida, está previsto o pedido de restituição com fundamento no art. 120 do CPP (LGL\1941\8), mas também se admite o mandado de segurança, quando patente a violação ao direito líquido e certo ao bem apreendido. [40]

7. Reflexões sobre o uso do mandado de segurança - Bibliografia

Em relação à impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público, tem havido posição restritiva em recentes acórdãos do STJ. Não atingem o uso do mandado de segurança dirigido ao resguardo do direito à prova da acusação, de direito relativo a

prerrogativa funcional do promotor de justiça, mas limitam sua utilização para, mediante concessão de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto, ser mantida a prisão ou determinada a prisão de acusado liberado por decisão judicial.

No julgamento do HC 4.252, DJU 24.02.1997, p. 3.416, o STJ afirmou ser o mandado de segurança "inidôneo para impor prisão, pois visa a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, (...), compondo o elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos". Afirmou em outro acórdão que a "jurisprudência desta corte tem proclamado entendimento de ser incabível mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória" (HC 6.124, DJU 21.09.1998, p. 230). Ainda, em outro julgamento, reiterou que é "inadmissível emprestar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, para restabelecer prisão preventiva por meio de liminar em mandado de segurança" (HC 6.242, DJU 11.05.1998, p. 133), ou, ainda, que não "cabe conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito para restabelecer prisão preventiva por meio de mandado de segurança". Quando há admissão do mandado para dar efeito suspensivo a recurso interposto pelo Ministério Público, normalmente para fins diversos daqueles de revogação de decisão concessiva de liberdade provisória, salienta-se que deve ficar reservado a hipóteses excepcionais, para prevenir "dano de difícil ou incerta reparação (HC 1.834-4, RSTJ 50/37; RMS 3.757-6) ou para ataque a decisão judicial ilegal ou teratológica e para evitar dano de difícil ou impossível reparação" (RMS 6.229, DJU 02.03.1998, p. 121).

Suscita, então, o Tribunal Superior interessante questão: até onde se pode utilizar de um remédio que representa garantia individual contra o próprio indivíduo? O assunto é complexo e merece maior reflexão. Quando o mandado de segurança se desprendeu do habeas corpus, surgiu no direito brasileiro como remédio para proteger o indivíduo contra abusos de poder por autoridades. No entanto, quando um juiz, ao interpretar a Lei dos Crimes Hediondos, procura, com base em posições doutrinárias e jurisprudenciais, corrigir eventuais excessos da acusação na classificação do crime, [41] concedendo a liberdade provisória, utiliza o Ministério Público de um remédio destinado a proteger o indivíduo contra o próprio indivíduo, para que ele retorne à prisão. Ainda que seja correto, em regra, servir o mandado de segurança ao Ministério Público, porque ele tem o direito líquido e certo a invocar a lei para exercer plenamente a sua missão social, apresenta-se, no caso de concessão de liberdade provisória, a estranha situação do uso de uma garantia individual em favor de uma maior repressão social, substituindo-se a via recursal.

Mais grave a situação quando há concessão de liminar para determinar a prisão, revogando ou se suspendendo a eficácia do ato judicial que havia concedido a liberdade provisória. Admitindo-se, em tese, a viabilidade de tal solução, tudo deve ser bem sopesado, porque, para a concessão da liminar, é necessário, além da indicação dos fundamentos jurídicos e de fato do pedido principal, mostrar ao tribunal a necessidade da medida liminar de natureza cautelar, a qual acaba representando antecipação da tutela, com total substituição do recurso interposto. É necessário ficar evidente que há uma situação de perigo e que, se não houver a concessão da liminar, certamente o resultado final a ser obtido com o mandado de segurança não terá nenhuma eficácia.

Para ilustrar a situação, pode ser citado caso concreto. Tratava-se de acusação por tráfico de entorpecentes, quando tudo indicava configurar uso. Por se entender que houve excesso na classificação do delito, foi deferida a liberdade provisória. Com a impetração de mandado de segurança, houve concessão da liminar, apresentando-se o acusado à autoridade policial, logo que teve ciência da liminar, para ser recolhido à prisão. Levada a situação a conhecimento do tribunal, manteve-se a liminar, afastada, contudo, por outra liminar concedida pelo STJ (HC 21.223, 19.03.2002). Este caso leva a que se reflita a respeito da necessidade da liminar no caso e em outros semelhantes. O argumento normalmente utilizado de que, se não fosse mantida a prisão, o acusado iria

fugir, não encontrava nenhuma sustentação fática, evidenciadora do risco de fuga, mesmo porque se cuidava de pessoa que residia e trabalhava na comarca onde estava sendo processada. Nada justificava, então, a liminar. Faltava o requisito essencial do perigo da demora.

O exemplo serve para mostrar a necessidade de se avaliar a pessoa envolvida, sua residência, seu comportamento anterior, seus antecedentes, o crime praticado, a gravidade do que está sendo apurado. Sem isso, poderão ser cometidas, por meio de liminares, injustiças difíceis de serem reparadas, porque o tempo para julgar um mandado de segurança é normalmente próximo ao que leva, em média, o julgamento de um processo criminal de acusado preso. Em virtude dessa demora, a pessoa permaneceria presa durante todo o processo, quando o caso não justificava a manutenção da prisão, tanto que, na sentença, houve a desclassificação. De nada ou pouco adiantaria a posterior negação do mandado de segurança.

Outra questão importante em relação ao uso do mandado de segurança pelo Ministério Público. Os tribunais nem sempre se dão conta de que, toda vez em que o Ministério Público utiliza o mandado de segurança contra ato jurisdicional favorável ao acusado, este é litisconsorte passivo necessário, devendo ser chamado para integrar o processo. No exemplo citado de uso do mandado contra decisão que concedeu liberdade provisória, em que o acusado pode ser preso, tem ele interesse jurídico na decisão que vai ser proferida, pois poderá afetar a sua liberdade, devendo, portanto, ser notificado para integrar a relação jurídica. A falta dessa providência tem levado a anulações das decisões proferidas pelos tribunais.

Bibliografia

APPIO, Eduardo. Mandado de segurança criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BASTOS, José Tavares. O habeas corpus na República, história e prática do habeas corpus. Rio de Janeiro: Livreiro Ed., 1911.

BRAGA JÚNIOR, Benjamin do Carmo. Manual do habeas corpus. Rio de Janeiro: Ed. do Escriptório de Direito Internacional, 1917.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CORREIA, Luiz Moraes. O habeas corpus e os interdictos. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.

GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. Juizados Especiais Criminais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal". O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

---; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

---; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. Recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

---; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

GUIMARÃES, Aureliano. O habeas corpus: doutrina e prática - Jurisprudência. São Paulo:

Acadêmica, 1925.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal (LGL\1941\8) anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACIEL, Adhemar. "Observações sobre a autoridade coatora". Mandado de segurança e mandado de injunção. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

---; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. Recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

MENDONÇA, Lúcio de. "Limitações ao habeas corpus" Revista de Jurisprudência 3/357, 1898.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOSSIN, Heráclito Antonio. Mandado de segurança em matéria penal. São Paulo: Atlas, 1994.

PIERANGELLI, José Henrique. Mandado de segurança em matéria criminal.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. A reação defensiva à imputação. São Paulo: RT, 2002.

---. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

---. Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

---; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

---; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

---; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal (LGL\1941\8) comentado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. São Paulo: Saraiva, 1978.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: RT, 1980.

---. "Mandado de segurança contra atos judiciais". RT 498, 1977.

---

(1) Assim, Lúcio de Mendonça. "Limitações ao habeas corpus". Revista de Jurisprudência 3/357, 1898. Afirma que "não se concede habeas corpus senão depois de prisão ilegal, ou ameaça desse constrangimento, e não de todo e qualquer constrangimento ilegal de toda e qualquer violência à liberdade, como falsamente depreendem alguns da generalidade dos termos do art. 72, § 22, da Constituição". Segue-o: José Tavares Bastos. O habeas corpus na República, história e prática do habeas corpus .

(2) Houve orientação intermediária. Entendia possível o uso do habeas corpus para o resguardo de direitos que, para serem exercidos, exigiam deslocamento do indivíduo de um local a outro, como o direito de votar, de ir ao culto religioso (Pontes de Miranda, História e prática do habeas corpus). Contudo, houve posição mais abrangente, que admitia o remédio para proteção de outros direitos, além do direito de liberdade de locomoção (Aureliano Guimarães. O habeas corpus: doutrina e prática - Jurisprudência; Luiz Moraes Correia. O habeas corpus e os interdictos; Benjamin do Carmo Braga Júnior. Manual do habeas corpus). O STF, mostrando de início resistência à ampliação do uso do habeas corpus, admitiu a extensão preconizada pela doutrina, representando, para isso, importante papel o Min. Pedro Lessa.

(3) A expressão mandado de segurança, segundo informa Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, n. 2.3, veio da pena de João Mangabeira.

(4) Antes da Constituição de 1934, aponta-se como antecedente do instituto a Lei 221, de 1894, a Lei da ação anulatória dos atos administrativos, como lembra Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 2.1, com citação de José de Moura Rocha. Do mandado de segurança, Aide, 1982, e Adhemar Maciel, "Observações sobre a autoridade coatora", em obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Mandado de segurança e mandado de injunção, Saraiva, 1990. Salienta Tucci. Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, n .5, p. 11, que essa ação especial, cuja "característica fundamental residia, não só na sumariedade do rito processual nela disciplinado, tendente à mais pronta e eficaz solução do direito ameaçado ou violado, como também na possibilidade da suspensão do ato ou da medida ilegal, initio litis, se a tanto não se opusessem razões de ordem pública, viu muito cedo desvanecerem-se as esperanças que despertara".

(5) Sobre o amparo, salienta Cogan. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público, p. 1, que "é criação original do direito mexicano, contando com mais de século de existência. Goza de nítida prioridade sobre institutos idênticos ou assemelhados, existentes na América". Conforme esclarece Heráclito Antonio Mossin. Mandado de segurança em matéria penal, 1.8, p. 16; o juicio de amparo foi previsto na Constituição do Estado de Yucatán, em 1840.

(6) Acentua Paganella Boschi, em Prefácio à obra Mandado de segurança criminal, de Eduardo Appio, que a "fórmula, timidamente apresentada na Constituição de 1934, obteve melhores contornos na legislação ordinária e, depois, na prática dos tribunais".

(7) Ver a respeito a importante obra de Kazuo Watanabe. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais, e, ainda, na obra que escrevemos com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho. Recursos no processo penal, no Título XIV, Cap. II, a análise do assunto referente ao mandado de segurança contra ato jurisdicional. Também Rogério Lauria Tucci, na obra Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, cuida da admissibilidade do mandado de segurança contra ato de autoridade judicial, bem como ato jurisdicional penal, p. 287-296. Heráclito Antonio Mossin. Mandado de segurança em matéria penal, 4.2., p. 61-73, refere a dissidência travada a respeito do assunto, citando os autores que admitiam, ou não, mandado de segurança contra ato jurisdicional.

(8) Conforme estatística do TACrimSP, apresentada pelo seu digníssimo presidente, o Dr. Alceu Penteado Navarro, em exposição feita no TRF no dia 13.03.2002, foram impetrados, no ano de 1998, 154 mandados de segurança, enquanto o número de habeas corpus, no mesmo ano, foi de 6.393. No ano de 2001, a relação foi de 342 mandados de segurança para 9.728 habeas corpus.

(9) Indica a importância do mandado de segurança em matéria criminal o fato de ter sido objeto de estudos específicos de doutrina: Rogério Lauria Tucci. Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal; Heráclito Antônio Mossin. Mandado de

segurança em matéria penal; José Damião Machado Cogan. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público; Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal; Ada Pellegrini Grinover. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal.

(10) Cita Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.3.4, p. 99, o fato de o TJRS ter conhecido três correições parciais como mandado de segurança. Por outro lado, conforme jurisprudência trazida por Cogan. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público, p. 75, serviu o mandado para ser obtido, por liminar, efeito suspensivo em caso de interposição de correição parcial, afirmando-se que seria ineficaz a correição se não concedida a liminar.

(11) Neste sentido, a posição defendida no livro Juizados Especiais Criminais, escrito em conjunto com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes.

(12) Ver sobre a divergência quanto a ser cabível apelação ou recurso em sentido estrito o tópico 10.2, Seção VI, Capítulo III, Segunda Parte, do livro Juizados Especiais Criminais, escrito com Grinover, Magalhães e Luiz Flávio Gomes.

(13) Conferir o acórdão do STJ, ROMS 8.719, rel. Min. José Arnaldo, RT 760/578 ou JSTJ 2/363.

(14) Houve reiterado uso do mandado de segurança com o fim de ser produzida a prova testemunhal, afirmando-se ser sempre urgente, tanto em virtude da forma como é tratada nos arts. 92 e 93 do CPP (LGL\1941\8), como em virtude de sua natureza. A esse respeito, ver as considerações constantes do item 27.5, no capítulo da ampla defesa constitucional, da obra Processo Penal Constitucional, de nossa autoria. Tourinho Filho sustenta ser a prova testemunhal sempre de natureza urgente (Código de Processo Penal (LGL\1941\8) comentado, 4. ed., vol. 1, art. 366). Em São Paulo, o Ministério Público obteve razoável êxito nas ações exercidas perante os tribunais, aceitando-se o cabimento do mandado de segurança e afirmando-se, ainda, o direito à antecipação da prova testemunhal (TACrimSP, MS, rel. Eduardo Pereira, RJD 37/489; TJSP, MS, rel. Marcondes D'Ângelo, RT 758/552). Encontrou apoio também do STJ, admitindo-se a natureza urgente da prova testemunhal. Ver STJ, RHC 6.343, DJU 29.09.1997, p. 48.236; RHC 7.101-MG, DJU 27.04.1998.

(15) Sustenta Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.3.4, p. 96, que a "parte não precisa (...) interpor o recurso nominado, para logo em seguida obter um efeito suspensivo que, a rigor, não o tem". Por ser, contudo, orientação que encontra resistência da doutrina e dos tribunais, é mais conveniente, além da impetração do mandado de segurança, interpor o recurso, para evitar afirmação de preclusão em relação à questão decidida.

(16) Ver citações de jurisprudência por Cogan. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público, p. 73-74.

(17) Neste sentido, mandado de segurança contra sentença que admitiu cumprimento de pena em regime de prisão albergue domiciliar fora das hipóteses autorizadas pela Lei de Execução Penal (LGL\1984\14). O STF, ao julgar habeas corpus, entendeu que o Ministério Público podia impetrar o mandado para obter efeito suspensivo nesse caso (HC 66.794, j. 07.04.1989). Ver também em caso semelhante citação de Cogan. Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público, p. 75-76.

(18) Ver acórdão do TJRS citado por Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.3.5, p. 108.

(19) Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 4.21., p. 154-156.

(20) TJSP, rel. Rocha de Souza, JTJ-LEX 167/342.

(21) Adotam essa orientação: TJSP, RT 481/299, rel. Cunha Bueno; TJSP, RJTJSP 36/317; TACrimSP, MS 117.524, rel. Camargo Sampaio, JUTACrim-SP 74/179. É este o ensinamento da doutrina: Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.3.5, p. 111, Tourinho Filho. Código de Processo Penal (LGL\1941\8) comentado. 4. ed., art. 273; Mirabete. Processo penal. 8. ed., tópico 9.5.4; Greco Filho. Manual de processo penal. 6. ed., vol. 1, p. 254; Damásio Evangelista de Jesus. Código de Processo Penal (LGL\1941\8) anotado. 15. ed., art. 273.

(22) Assim: TJSP, JTJ-LEX 116/440; TJSP, JTJ-LEX 126/435.

(23) Em sentido contrário à restituição da coisa apreendida por meio do mandado de segurança, TACrimSP, MS 240.268-3, rel. Silva Rico, RJD 19/198.

(24) RT 561/348.

(25) Sobre as medidas cautelares civis no processo penal, ver Scarance Fernandes. O papel da vítima no processo criminal, Terceira Parte, Título II.

(26) Salienta essa possibilidade de utilização do mandado de segurança para resguardar terceiro: Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.3.2., p. 82, com citação jurisprudencial. Ver ainda: RT 646/284; RT 677/396; TJSP, RT 424/318; TACrimSP, JUTACrim-SP 32/1340; TJSP, RT 594/333; TARS, RT 677/396; TARS, MS 294224712, RT 721/520; TACrimSP, JUTACrim-SP 26/206; TJSP, RT 637/249; TRF 5.ª Reg., RT 738/724; TACrimSP, RJD 25/109.

(27) TJSP, rel. Denser de Sá, JTJ-Lex 132/533.

(28) Ver RT 592/311, RT 611/362.

(29) RT 543/392.

(30) RT 603/302.

(31) RT 531/329.

(32) Assim a decisão constante da JTJ-Lex 134/539, TJSP, rel. Di Rissio Barbosa, fundamentada no art. 89, XIV, da Lei 4.215/63.

(33) Neste sentido o MS 378.226/8, do TACrim, j. 22.03.2001, com citação de acórdão do STF (HC 72.324-SP).

(34) RT 586/205, 481/369.

(35) Afirmando caber mandado de segurança para reclamar cerceamento ao exercício do direito de defesa plena: STJ, rel. Vicente Cernicchiaro, RSTJ 60/155.

(36) Conforme se infere dos acórdãos citados na obra As nulidades no processo penal, de Grinover, Scarance e Magalhães, Capítulo IX, Seção VI, n. 5, a discussão sobre a possibilidade de interceptação, antes da Lei 9.296/96, ora era trazida por meio de mandados de segurança dirigidos ao TJRS, ora por habeas corpus, como ocorreu no writ impetrado perante o STJ, de n. 3.982. O STJ afirmou que, quando se trata de alegação de ofensa ao direito à intimidade, ao direito ao sigilo, o remédio é o mandado de segurança (STJ, HC 4.536, rel. Willian Patterson, DJU 21.10.1996, p. 40.272, RMS 2.265-1, rel. Vicente Cernicchiaro, DJU 12.04.1993, p. 6.084). Também o STF afirmou, em busca e apreensão de supostas contrafações, ser o mandado de segurança, e não o habeas corpus, o instrumento hábil para corrigir eventual afronta ao direito da parte,

pois não se identifica na busca e apreensão qualquer constrangimento à liberdade individual (rel. Francisco Rezek, RT 629/413).

(37) Em 2001, foram apresentados, ao Congresso Nacional, sete projetos de lei, visando à reforma do Código de Processo Penal (LGL\1941\8). Entre eles, há o Projeto 4.209/2001, que trata da investigação criminal e prevê para o art. 8.º, do CPP (LGL\1941\8) a seguinte redação: "Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes".

(38) Ver a respeito desta questão Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 4.1.1., p. 137, José Henrique Pierangelli. Mandado de segurança em matéria criminal, p. 222-228, e Heráclito Antônio Mossin. Mandado de segurança em matéria penal, p. 162, com citação de acórdão contido na RT 598/309.

(39) Ver Eduardo Appio. Mandado de segurança criminal, 3.2.1., p. 59, e 4.1.2, p. 145, quando menciona o exemplo do seqüestro, e 4.1.1, quando refere haver "um sem-número de julgados dando conta de Mandado de Segurança impetrado contra ato de Delegado de Polícia, que determinou a apreensão de veículos em inquérito policial". Em outro caso, o TARS concedeu a ordem porque o seqüestro fora decretado por autoridade incompetente (RT 677/396).

(40) Ver a respeito Heráclito Antônio Mossin. Mandado de segurança em matéria penal, p. 161, com citação de acórdãos.

(41) A respeito da possibilidade de ser, em casos especiais, superada a vedação da liberdade provisória pela Lei dos Crimes Hediondos, ver nosso Processo penal constitucional, tópico 32.4 e a obra A reação defensiva à imputação, n. 6.3.