

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL: ALGUMAS VARIÁVEIS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre em direito (Universidade Federal do Pará), professor titular da UNAMA, CESUPA e FACI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador do Estado do Pará e advogado.
www.henriquemouta.com.br.

DEFINIÇÃO DO TEMA

Não é de hoje que vem ocorrendo uma ampliação da utilização do mandado de segurança como instrumento de controle de ato jurisdicional.

É claro que o objeto principal deste remédio constitucional é discutir e impugnar ato administrativo. Contudo, na prática forense se observa uma ampliação de sua utilização em outros contextos, como atos típicos oriundos do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário.

O seu manejo como sucedâneo recursal deve ser visto com alguma reserva. Na medida em que as reformas processuais estimulam a retirada do efeito suspensivo ou mesmo a eliminação de alguns recursos, vem ocorrendo constante aumento das hipóteses de cabimento de mandado de segurança.

No presente ensaio se pretende enfrentar alguns aspectos ligados ao mandado de segurança em matéria criminal, como a natureza jurídica, a competência para sua apreciação, a contagem dos prazos, a coisa julgada, o cabimento de rescisória e a formação de litisconsorte passivo necessário.

Enfim, vamos aos argumentos:

II. NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA E CABIMENTO NO PROCESSO PENAL.

É fato que, a rigor, o *mandamus* se refere a instrumento de controle de ato praticado pelo Poder Público, em especial, como já mencionado, de ato administrativo¹. Contudo, não se pode esquecer que também é utilizado visando discutir ato legislativo (com efeitos concretos) e ato jurisdicional².

Com efeito, nos dias atuais, ganha especial atenção a discussão do cabimento do MS contra decisão judicial. Assim, deve-se fazer a seguinte indagação: quando impetrado no âmbito penal, qual será a natureza jurídica? A resposta não é simples e trará conseqüências em relação a competência, prazo, cabimento de rescisória, execução, litisconsórcio, etc.

Vamos tentar respondê-la, primeiramente, passando por uma hipótese já Sumulada pelo Pretório Excelso.

Diz a Súmula 693 do STF:

“Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”.

In casu, está-se diante de um complexo limite entre a utilização do HC ou do MS em matéria penal. Ora, se o interessado pretende, por exemplo, trancar ação penal no caso previsto no referido Enunciado, será hipótese de impetração de mandado de segurança, inclusive pelo fato de que a liberdade de locomoção não está, a priori, ameaçada.

Vale citar duas importantes decisões do STF que, inclusive, atestam a legitimidade do Ministério Público para o seu manejo:

'Habeas corpus'. Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público para a obtenção de efeito suspensivo para apelação. Esta corte tem admitido mandado de segurança contra ato judicial no âmbito criminal (RE 85278, RTJ 83/255 e segs.). Por outro lado, sendo o Ministério Público parte na relação jurídica processual, pode ele utilizar-se do mandado de segurança. E a impetração compete ao promotor de justiça quando o ato atacado emana de juiz de primeiro grau de jurisdição. Ausência de ilegalidade na concessão de mandado de segurança que deu efeito suspensivo a apelação

¹ No tema, ver meu *Mandado de Segurança*. 2ª edição, Salvador: juspodivm, 2010, pp. 63-72.

² Desde que não se enquadre nas restrições do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009, e nem nas Súmulas 267 e 268 do STF.

do Ministério Público contra a concessão da sentença, para o cumprimento de pena de reclusão, do regime de prisão albergue domiciliar. 'Habeas corpus' indeferido" (STF HC 66794– 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – J, 15.12.1988 – DJ de 0704.1989, pp. 04909).

Direito processual penal. Agravo regimental. Mandado de segurança em matéria penal. Questão de fundo já pacificada. Improvimento. 1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso extraordinário, cassando sentença concessiva de mandado de segurança. 2. O ministério público estadual apontou a violação ao princípio da legalidade e ao disposto no art. 195, iii, da magna carta. 3. Houve violação ao disposto no art. 195, inciso iii, da constituição da república, matéria especificamente impugnada quando dos embargos de declaração interpostos pelo mpf. Não se cuida de ofensa oblíqua ou reflexa à norma constitucional, mas afronta direta. 4. Não cabe acolher a arguição de intempestividade do recurso extraordinário. Não cabe revolver a questão da tempestividade (ou não) dos embargos de declaração, matéria decidida pela turma recursal, sem qualquer insurreição por parte do ora agravante. 5. Esta corte já teve oportunidade de apreciar a questão de fundo, concluindo no mesmo sentido da ausência de possibilidade de exploração de máquinas de "caça-níqueis" (adi 3.060/go, rel. Min. Sepúlveda pertence, pleno, dj 01.06.2007). 6. Agravo regimental improvido" (RE 502271 AgR / RS – Rel Min. Ellen Gracie – 2ª Turma – J. em 10/06/2008 - DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 - EMENT VOL-02325-06 PP-01192).

É óbvio que existem outros casos em que o *mandamus* é impetrado em matéria penal³⁻⁴. A questão a ser enfrentada é: a natureza jurídica dependerá da área de conhecimento em que o *mandamus* for interpretado?

³ Sobre o cabimento do mandado de segurança em matéria penal, ver também GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v.7, n. 2, abri/jun. 1995 e MOSSIN, Heráclito Antônio. *Mandado de Segurança em matéria penal*. 2ª edição, São Paulo : Atlas, 1996.

Penso que não.

A rigor, trata-se de ação constitucional de controle de atos (administrativos, como regra, além de legislativos e jurisdicionais), cuja natureza é de ação civil de procedimento especial sincrético, previsto em legislação própria e com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança, com as modificações introduzidas pela recente legislação (Lei 12.016/09), possui procedimento com alto grau de efetividade⁵ e com decisões sincréticas visando garantir o direito líquido e certo⁶. É ação civil com procedimento especial, não obstante utilizado em outros ramos do direito (penal, eleitoral, trabalhista, etc.),⁷ e com decisões de múltiplas classificações⁸.

Leonardo Greco ensina que:

“O mandado de segurança é ação de conhecimento que se caracteriza pela sumariedade do rito, que não comporta dilação probatória, fundando-se o juízo de certeza do direito do impetrante exclusivamente em prova documental pré-constituída ou produzida no curso do próprio mandado”⁹.

Roberto Eurico Schmidt Júnior, a seu turno, entende que o procedimento do mandado de segurança é *sui generis*, senão vejamos:

“Diz-se que seu rito é “sui generis” por não se identificar com o rito comum nem com os

⁴ Júlio Fabrini Mirabeti ensina que: “Tendo o mandado de segurança fundamento constitucional, tanto pode ser impetrado contra ato da autoridade civil como criminal desde que implique violação de direito líquido e certo”. *Processo Penal*, 15ª Edição, Atlas, São Paulo, 2003, p. 784

⁵ Inclusive consagrando a necessidade de cumprimento imediato da decisão mandamental, exceto nas hipóteses previstas no art. 14, §3º, da nova LMS.

⁶ O art. 13 e 14, §1º, da Lei 12.016/09 determina a expedição de ofício de cumprimento, diretamente à autoridade coatora e ao representante da pessoa jurídica, visando o cumprimento da decisão mandamental, mesmo estando sujeito ao reexame necessário.

⁷ “Trata-se o mandado de segurança de ação civil de rito sumário especial que se destina a afastar lesão a direito subjetivo individual ou coletivo, por meio de ordem corretiva ou preventiva de ilegalidade ou abuso de poder dirigida a autoridade pública ou a quem fizer suas vezes”(LOPES, Mauro Luís Rocha. *Mandado de segurança*. 2ª edição, Niterói – RJ : Impetus, 20007, p. 2.).

⁸ Acerca da sentença no mandado de segurança, escreve Fabrício Matielo: “pode-se afirmar que não é viável apontá-lo como sendo pertencente unicamente a uma das modalidades de ações de conhecimento consagradas pela legislação nacional. Isto porque somente o caso concretamente apresentado é que oferecerá elementos aptos a direcionar a demanda para a classificação adequada, pois ora a sentença trará nuances constitutivas, ora declaratórias ou mesmo condenatórias, conforme os termos em que foi exarada e de acordo com o pleito formulado pelo impetrante” *Mandado de segurança*. Porto Alegre : Síntese, 1996, pp. 32-33.

⁹ *Execução de liminar em mandado de segurança*. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goitacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.131.

especiais do Código de Processo Civil. Tem o mandado de segurança um rito muito especial e simplificado, não comportando maiores discussões entre as partes (impetrante e impetrado). Assim, alguns autores o denominam de ação civil de rito sumário especial”¹⁰.

As ações constitucionais de controle, portanto, têm natureza civil não importando o ramo de conhecimento em que forem utilizadas. O STF tem julgado anterior à Constituição Federal de 1988, afirmando que as ações mandamentais são civis, senão vejamos a seguinte passagem:

“1) Mandado de segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato do juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto da decisão que o julga, o prazo estabelecido no Código de Processo Civil. Tempestividade reconhecida. { ...omissis...} 3) Recurso extraordinário conhecido e provido, com a consequente concessão da segurança.”(RE nº 85.278/SP, in RTJ 83/255).

Outrossim, mister é aduzir que, quando for impetrado em matéria penal, algumas consequências processuais ocorrerão – o que será tratado em capítulo próprio. Apesar da existência de entendimentos em sentido contrário¹¹, é razoável afirmar que não perderá sua natureza de ação civil de procedimento especial auto-executivo¹²⁻¹³.

¹⁰ (SCHMIDT Jr, Roberto Eurico. *Mandado de segurança: prática, processo e jurisprudência*. volume 1, 5ª edição, Curitiba : Juruá, 1990, p. 15).

¹¹ “Não podemos, de forma alguma, em mandado de segurança que vise matéria processual penal, com o fim de restringir liberdade pessoal, entender que se trata de ação civil” (COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e Ministério Público*. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 72).

¹² Castro Nunes, em obra clássica de 1948, ensinou que: “animo-me a dizer que o mandado de segurança é sempre executório. Não importa que, fugindo às regras processuais comuns, se execute a sentença que o concede por meios coativos de direito público, sanções penais correspondentes ao crime de responsabilidade que é a desobediência do agente do poder público à ordem ou decreto judicial. Nem de outro modo se executam as sentenças concessivas do *habeas-corpus*; ou, de modo geral, as sentenças contra a Fazenda Pública, que não comportam a execução forçada, pela penhora, nos termos do processo comum das execuções contra particulares”. E, ao final, concluiu: “do mesmo modo nos interditos: se concedido contra o Estado, ninguém dirá que é meramente declaratório o julgamento pelo fato de, desobedecida a ordem judicial, não haver como executá-la *manu militari* contra o ingrator, de quem dependesse a requisição de força”. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 2ª edição. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1948, p. 60.

III. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA ADMISSÃO DO MS EM MATÉRIA PENAL

A) COMPETÊNCIA – CÂMARA / VARA CIVIL OU CRIMINAL?

A partir do momento em que se admite a utilização do mandado de segurança no âmbito penal, surge o problema ligado à competência para apreciação.

De fato, tratando-se de competência absoluta (em razão da matéria), deve ser observado, com parcimônia, qual órgão jurisdicional deverá apreciar o *writ* impetrado contra ato jurisdicional de 1º grau.

Nos tribunais em que há divisão da competência em Câmaras Cíveis e Criminais, é imprescindível a análise de qual delas será competente para processar e julgar o mandado de segurança. Alguns problemas que devem ser formulados: i) a utilização desta ação em matéria penal gera ampliação da competência da Câmara Criminal? ii) poderá a Câmara Cível apreciar demanda judicial utilizada visando impugnar ato praticado por uma vara penal? iii) a violação às regras de competência sujeitará a decisão a uma futura ação rescisória (em matéria penal)?

A última indagação será enfrentada posteriormente. Contudo, as respostas às duas primeiras passam, necessariamente, pela premissa já apresentada de que, mesmo sendo utilizado visando discutir ato oriundo de Juízo Penal, o mandado de segurança é ação constitucional de índole civil, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e dos Regimentos Internos dos Tribunais.

Um entendimento razoável é o de que a competência para apreciá-lo irá ser determinada de acordo com a matéria discutida e da Câmara com poder de rever o ato. Assim, se a decisão proferida pelo juiz criminal é de índole exclusivamente penal, a competência para o mandado de segurança é de Câmara Penal.

Neste sentido, vale citar o precedente do TJRS:

¹³ “Tem o mandado de segurança fundamento constitucional, deste modo pode ser aplicado contra ato de autoridade criminal, desde que implique violação de direito líquido e certo” (ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Mandado de segurança criminal*. Leme/SP: CL Edijur, 2003, p. 29.

“Mandado de segurança. Processo da competência do Tribunal do Júri. Processual penal. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial só será juridicamente possível, em princípio, quando o ato contiver manifesta ilegalidade ou abuso de poder, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória. Na dicção ministerial, a matéria poderá ser discutida em eventual apelo contra a decisão do Tribunal do Júri, com fundamento na alínea a do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal. Segurança denegada. Decisão unânime. (Mandado de Segurança Nº 70011546769, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, J. em 16/06/2005 – DJ de 11.07.2005)¹⁴

Por outro lado, se no remédio heróico se discute matéria que, apesar de advir de juiz de competência penal, tiver natureza cível (ex. apreensão de mercadoria), é mister aduzir que a competência para apreciá-lo é de Câmara Cível, sob pena de se configurar clara violação da competência absoluta. Se em um determinado caso concreto o *writ* é impetrado visando discutir ato de natureza não penal, a competência para apreciá-lo é da Jurisdição Civil. Portanto, a competência deve ser da Câmara Civil e não da Criminal.

Outrossim, nada impede que a ação seja impetrada contra ato praticado por autoridade policial, no curso do inquérito, pelo que surge a pergunta: qual será a Vara competente para apreciá-lo (a Penal ou a Cível – da Fazenda Pública).

Claro que esta hipótese apenas se torna importante nas Comarcas em que existe mais de uma vara. Ademais, já ficou observado que, na grande maioria das vezes, o mandado de segurança é impetrado contra ato administrativo praticado por autoridade pública. Contudo, será que, na condução do inquérito policial, a autoridade pratica ato sujeito à controle judicial civil ou penal?

Existem duas situações específicas no âmbito da autoridade policial: a) ato administrativo típico (ex. fechamento de um estabelecimento por

14

Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70011546769&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 22.04.2011.

perturbação ao sossego); b) inquérito policial, preparatório de futura ação penal.

No primeiro caso, não há dúvida de que a competência é da Vara Cível da Fazenda, tendo em vista que se trata de ato administrativo típico. Por outro lado, no caso de inquérito policial, diante de sua natureza preparatória de ação penal, é razoável defender que a competência é da vara penal que irá apreciar a própria legalidade do procedimento e outros incidentes que podem ocorrer durante o andamento do inquérito como, v.g, a prisão em flagrante.

Enfim, percebe-se que a competência no âmbito do mandado de segurança impetrado nos feitos penais é variável e deve ser interpretada com cautela e atenção.

B) FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Outra questão interessante envolvendo o mandado de segurança impetrado contra ato advindo do processo penal refere-se à formação de litisconsórcio necessário.

Como já mencionado, o art. 24 da Lei 12.016/09 estabelece que se aplica o Código de Processo Civil ao procedimento do MS. Logo, as regras envolvendo a formação do litisconsórcio são aquelas previstas no CPC.

Na verdade, o tema é mais complexo e envolve a formação de litisconsórcio nos mandados de segurança contra ato judicial. Ora, a legislação do MS é clara ao determinar a necessidade de ciência do feito à pessoa jurídica de direito público (art. 7º, II) para, na condição de parte, atuar. Contudo, será que tal atuação tem justificativa nos casos envolvendo atuação jurisdicional (civil e penal)?

Destarte, imagine hipótese de impetração de mandado de segurança contra ato judicial penal (art. 5º, II, LMS)¹⁵. Indaga-se: quem é a parte passiva? Qual o papel do adversário do impetrante na demanda geradora do *writ*?

¹⁵ Quanto aos *pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança* contra ato jurisdicional, ver FACCI, Lúcio Picanço. *Mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2004, pp. 125 e seguintes. No direito penal: TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo : Saraiva, 1978. Hugo de Brito Machado Segundo analisa a Súmula 267 do STF e a necessidade de temperamentos à sua aplicação sua aplicabilidade em casos específicos (*A relevância do caso concreto para a determinação do conteúdo da norma (inclusive jurisprudencial): uma hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional*). Revista Dialética de Direito Processual n. 60. São Paulo :Dialética, março de 2008, pp. 63-74.

Imagine o *Mandamus* impetrado visando emprestar efeito suspensivo a recurso no processo penal. As informações são apresentadas pela autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público indicada no art. 7º, II, da LMS (Estado ou União) pouco ou nada aduz em relação à situação envolvendo a causa geradora do mandado de segurança.

Logo, a falta de interesse processual em regra demonstra o esvaziamento da *defesa* neste mandado de segurança penal.

Quanto ao magistrado que proferiu o ato impugnado, ratifica-se que é a autoridade coatora que presta as informações necessárias ao julgamento do *writ*. Contudo, consoante mencionado em trabalho anterior¹⁶, as informações não têm natureza de defesa, sendo apenas peça informativa ligada ao aspecto probatório.

E o adversário do impetrante? Não resta dúvida que deve intervir no feito, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, devendo ser promovida sua citação, sob pena de extinção do processo, consoante previsão contida na Súmula 631 do STF.

Algumas conclusões podem ser apresentadas: a) a utilização do MS em processo penal gerará, obrigatoriamente, a formação de litisconsórcio necessário entre o terceiro beneficiado pela decisão impugnada e a própria pessoa jurídica de direito público; b) o magistrado que prolatou a decisão impugnada prestará as informações e, a rigor, a “defesa” será feita pelo litisconsorte passivo – beneficiado pela decisão judicial; c) a pessoa jurídica de direito público, por meio de seu representante judicial, na maioria das vezes desconhece a situação concreta e, na maioria das vezes, não possui interesse processual em defender o ato impugnado.

A discussão não é nova no âmbito do MS em matéria penal. Há, inclusive, a Súmula 701 do STF que consagra:

“No Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em sede de processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”

Percebe-se, portanto, que, diante da peculiaridade da utilização do mandado de segurança em matéria penal, há a necessidade de citação do terceiro beneficiado, na condição de litisconsorte necessário, sob pena de nulidade processual e extinção do processo, nos termos do Enunciado da Súmula 631 do STF e do art. 47, parágrafo único, do CPC.

¹⁶ No tema, ver meu *Mandado de segurança*. 2ª edição: Juspodivm, 2010.

C) CONTAGEM DOS PRAZOS E CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

Outros dois aspectos interessantes decorrem da utilização do *mandamus* em matéria penal, que são a contagem dos prazos e o cabimento ou não de ação rescisória contra a decisão de mérito que o aprecia.

Não se deve esquecer que sua origem é constitucional – ação constitucional de controle – mesmo quando utilizado visando discutir ato judicial penal, civil, trabalhista, eleitoral, etc. A própria Lei 12016/09 (art. 24) expressamente prevê a aplicação do Código de Processo Civil ao procedimento do mandado de segurança.

Há, portanto, clara aplicação subsidiária da legislação processual, o que gerará reflexos em relação à contagem dos prazos e ao cabimento de ação rescisória. Em última análise: mesmo quando utilizado na esfera penal, é aplicável o CPC.

Logo, os prazos recursais da fazenda pública, por exemplo, são contados de acordo com o art. 188, do CPC, bem como aqueles em que há litisconsortes com procuradores diferentes (art. 191, do CPC).

Nesta linha de ideias, o mandado de segurança impetrado no âmbito penal não está sujeito, quanto ao processamento e julgamento, às normas do Código de Processo Penal e sim às do Código de Processo Civil. O MS, portanto, não deixa de ser tratado como uma ação constitucional com processamento civil.

No tema, vale citar decisão do STJ ao apreciar o prazo dos embargos declaratórios opostos contra decisão em MS contra ato de juiz penal:

“Processual penal. Recurso especial. Mandado de segurança. Embargos de declaração. Tempestividade.

I - O mandado de segurança não perde a natureza de ação civil, ainda que impetrado no âmbito do processo penal (precedentes do STF e STJ).

II - Devem ser considerados tempestivos os embargos de declaração opostos contra julgamento em mandado de segurança no prazo previsto no artigo 537 do código de processo

civil. recurso provido. (RESP 299684 / SC – Rel. Min. Felix Fischer - DJ de 19/11/2001 PG:00308)

Este mesmo raciocínio deve ser feito em relação ao cabimento ou não de rescisória.

Ora, é fato que o processo penal não consagra a rescisória, mas sim a revisão criminal, nos casos de réu condenado (art. 621 e seguintes, do CPP). Contudo, se, em decorrência do julgamento meritório do *mandamus* impetrado no âmbito penal, houver alguma violação ao art. 485 do CPC, será cabível ação rescisória?

A resposta negativa poderia gerar risco de criação de decisão judicial sem qualquer controle posterior – por ação desconstitutiva. Assim, forçoso é reconhecer o cabimento de ação rescisória, prevista no CPC, para os casos de mandados de segurança impetrados na esfera penal.