UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

ALICE IRACEMA MELO ARAGÃO

O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL PENAL

FORTALEZA – CEARÁ

2007

Alice Iracema Melo Aragão

O Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil

Orientadora: Profª Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

Fortaleza – Ceará

2007

Universidade Estadual do Ceará - UECE
Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*
Coordenação do Programa de Pós-Graduação – ***Lato Sensu***

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a):	Alice Iracema Melo Aragão
Monografia:	Mandado de Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal.
Curso:	Especialização em Direito Processual Civil
Resolução:	2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria:	136/2007
Data de Defesa:	29/11/2007

Fortaleza – CE, 29 de novembro de 2007

Ângela Tereza Gondim Carneiro Chaves
Orientador(a)/Presidente/ Mestre

Rosila Cavalcante de Albuquerque
Membro/ Doutora

Aldo Marques da Silva
Membro/Mestre

DEDICATÓRIA

À serena, forte e combativa Senhorinha Melo, minha mãe, que com oitenta anos de vida, continua sendo exemplo para os filhos, netos e bisnetos.

Àquele que Jesus colocou em meu caminho para me incentivar e fazer feliz a minha caminhada, meu esposo Emmanuel Fontelles.

AGRADECIMENTOS

À Jesus, meu refúgio, minha proteção e meu amigo, sempre presente em minha vida.

Aos meus familiares estímulo e reconhecimento das minhas conquistas.

A minha orientadora, Professora Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves, pela competência profissional e pelo esforço de, entre uma mamada e outra alimentando sua filha Isabel, dispensou seu precioso tempo orientando-me na produção deste trabalho.

Aos meus colegas de curso pelo companheirismo e educação.

À professora Rosila Cavalcante Albuquerque, pela sua compreensão e trabalho intenso em benefício de seus alunos.

RESUMO

Esta monografia objetivou estudar analiticamente as peculiaridades que permeiam o instituto do mandado de segurança quando impetrado em face ao ato de autoridade jurisdicional penal, em razão da significativa importância do remédio constitucional, não apenas para o resguardo de interesses da "acusação", mas também para a proteção de direitos do acusado não amparados pelo *habeas corpus*, quando violados por ato abusivo ou ilegal do juiz ou tribunal. Ao longo da pesquisa, percebeu-se a indispensável necessidade de se proceder a uma breve retrospectiva histórica acerca da tutela aos direitos fundamentais, tanto no direito alienígena, quanto no direito positivo brasileiro, até se chegar à atual fisionomia do mandado de segurança. Ademais exibiu-se a apreciação do *writ* de segurança nos seus aspectos gerais, tornando possível a posterior confrontação com as especificidades do tema. Nessa perspectiva, promoveu-se ao estudo dos elementos característicos da ação mandamental, passando-se pela conceituação e finalidade, divergências acerca da natureza jurídico-processual, legitimação ativa e passiva, prazo para impetração e sua natureza, até tratar da competência para conhecer da ação de segurança. Em seguida, foram identificados e analisados os requisitos essenciais para a impetração do remédio heróico, abordando-se a polêmica acerca da expressão direito líquido e certo, a definição de ilegalidade ou abusividade do ato perpetrado, o atual alcance da expressão ato de autoridade, bem assim a inexistência de outro remédio constitucional. Por fim, analisou-se mais detalhadamente o mandado de segurança em face de ato jurisdicional penal, examinando as suas peculiaridades e algumas hipóteses do seu cabimento no juízo criminal.

Palavras-Chave: Mandado de Segurança. Ação Judicial. Processo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA, INSTITUTOS SEMELHANTES NO DIREITO COMPARADO, CONCEITUAÇÃO, FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA 15

1.1 Antecedentes Históricos do Mandado de Segurança 15

1.2 Institutos semelhantes no direito comparado 15

1.3 O Mandado de Segurança no Direito Brasileiro 18

1.4 Conceituação e Finalidade do Writ 20

1.5 Natureza Jurídica do Mandado de Segurança 24

2 AÇÃO PENAL DE MANDADO DE SEGURANÇA 26

2.1.Condições da Ação Penal de mandado de Segurança 27

2.1.1 Existência da vontade da lei cuja atuação se pleteia ... 28

2.1.2 Legitimação ou *legitimatio ad causam* 28

2.1.2.1 Legitimidade ativa 29

2.1.2.2 Legitimidade passiva 31

2.1.3 Interesse e necessidade de agir 36

2.1.4 Prazo para interposição e sua natureza 37

2.1.5 Competência 42

3 PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS PARA O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA 46

3.1 Direito Líquido e Certo 46

3.2 Ilegalidade ou Abuso de Poder 47

3.3 Ato de Autoridade 48

3.4 Direito não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* 50

3.5 Recurso Inodôneo..... 52

4 DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL PENAL..... 54

4.1 Habeas Corpus e Mandado de Segurança..... 56

4.2 Natureza Jurídico Processual do Mandado de Segurança na Esfera Criminal..... 58

4.3 Legitimação no Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal..... 63

4.3.1 Ativa..... 64

4.3.1.1 Impetração pelo Ministério Público..... 65

4.3.1.2 Impetração pelo Ofendido..... 68

4.3.1.3 Impetração por Terceiros..... 69

4.3.1.4 Impetração pelo Acusado..... 70

4.3.2 Passiva..... 71

4.4 Da Competência em Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal..... 73

5 ALGUMAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO JUÍZO CRIMINAL..... 76

5.1 Remoção do Preso quando no Cumprimento da Pena..... 76

5.2 Indeferimento de Pedido de Prisão Especial..... 76

5.3 Indeferimento de pedido de Assistência ao Ministério Público.. 77

5.4 Indeferimento ou Deferimento de Exame de Insanidade Mental do Acusado..... 77

5.5 Para evitar Desentranhamento de Documentos..... 78

5.6 Contra Apreensão de Coisa em Excesso para Fundamentar Ação Penal por Crime a Apropriação Industrial..... 79

5.7 Para o Advogado Comunicou-se Pessoal e Reservadamente com seu Cliente..... 79

5.8 Vista ou Retirada de Autos pelo Advogado..... 80

5.9 Para o Réu Acompanhar Perícia e Oferecer Quisitos..... 81

5.10 Contra Fechamento de Estabelecimento de Diversões Públicas.. 82

5.11 Contra Decretação ilegal ou Abusiva de Seqüestro de Bens Imóveis..... 83
5.12 Contra Apreensão de qualquer Bem por Suspeita de ter sido Furtado..... 84
5.13 Ao Preso Condenado para Obter Progressão ou Livramento Condicional em Caso de Omissão dos Órgãos Públicos..... 84
5.14 Para obter efeito suspensivo a recurso que não o tenha..... 85
5.14.1 Em caso de pronúncia do acusado..... 86
5.14.2 Contra a Cassação ou Quebramento de Fiança..... 86
5.14.3 Na Revogação do Sursis..... 87
5.14.4 Em caso de Regressão do Regime de Pena..... 88
5.14.5 Ao recurso interposto contra despacho que concedeu saída temporária a preso condenado por crime hediondo..... 88
5.14.6 Para concessão de efeito suspensivo a agravo de execução contra decisão que indeferiu pedido de prisão domiciliar, quando ausente na comarca a casa de albergado..... 89
5.15 Algumas Aplicações do Mandado de Segurança na Lei nº 9.099/95..... 89
5.15.1 Quando o juiz indefere a suspensão do processo requerida pelo Ministério Público na forma do artigo 89, da Lei 9.009/95..... 90
5.15.2 Quando o juiz defere a suspensão do processo proposta pelo Ministério Público..... 91
5.15.3 Quando o juiz indeferir a proposta do Ministério Público de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa..... 91
5.15.4 Quando o Ministério Público não oferece, juntamente com a denúncia, proposta para a suspensão do processo..... 91
5.15.5 Quando não houver homologação judicial do acordo acerca dos danos civis..... 92

5.15.6 Contra indeferimento judicial sobre pedido da vítima para propor a aplicação imediata da pena restritiva de direito ao autor do fato a ser especificada em proposta..... 93

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 94

REFERÊNCIAS..... 101

ANEXO..... 111

ANEXO I – Jurisprudências..... 112

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar os aspectos do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, examinando as polêmicas doutrinárias e jurisprudências sobre o tema, bem como fazemos uma rápida abordagem de institutos do direito comparado que influenciaram a criação do *mandamus* brasileiro e sua evolução histórica na legislação nacional.

O mandado de segurança foi criado como remédio jurídico do *habeas corpus* na qualidade de tutelador de direito individual não abrangido pelo direito individual (não abrangido pelo direito) de ir, vir e ficar. Logo, por intermédio do *mandamus* o legislador constitucional tendeu a proteger direito líquido e certo não amparado pelo *writ* sobredito.

Desde sua criação, sempre esteve associado à defesa dos direitos individuais dos membros da sociedade em face do arbítrio do Poder Executivo, entretanto com a promulgação da Constituição de 1934, foi possível perceber os primeiros ensaios contra atos jurisdicionais, sendo utilizado como instituto para resguardar os direitos dos cidadãos quando ameaçados por ato de qualquer autoridade.

Todos os que militam no juízo criminal ou estão familiarizados com o processo penal sabem que existem inúmeras situações que podem ocorrer no curso de um feito, para as quais a lei, pelo seu arcaísmo, não prevê um auxílio que possua o fim de desconstituir o ato judicial que decidiu algum incidente ou questão de interesse das partes, réu, vítima ou terceiro.

Em tais hipóteses, ficariam as partes a descoberto de uma proteção legal contra a eventualidade de um ato tido como ilegal ou praticado com evidente abuso de poder. Entretanto, quando não existe no ordenamento jurídico previsão acerca do socorro específico para determinada situação, caberá, nestes casos, a interposição do Mandado de Segurança como garantia última do indivíduo contra o ato ou decisão considerados ilegais ou abusivos, sob pena de se estar negando a própria destinação finalística do direito como instrumento de proteção e realização do ser humano.

As mudanças do mundo contemporâneo favoreceram novas aspirações da sociedade, que não mais se conforma com inúmeras arbitrariedades cometidas por autoridades, pois almeja a reta observância dos direitos constitucionais.

Por acreditar relevante o controle das arbitrariedades por vezes cometidas por magistrados na execução de sua atividade laborativa especialmente na área criminal, e a inércia do ofendido (que a maioria das vezes é pobre e não tem condições de constituir advogado) frente a esses abusos, reconhecemos a necessidade de estudar algumas questões sobre a matéria.

Outrossim, percebemos que a doutrina e jurisprudência nacionais não adotam posicionamento único sobre a natureza processual do mandado de segurança, se é ação ou não, dentre as que lhe consideram ação civil ou não, sendo outra motivação para a escolha deste tema.

A pesquisa tem como objetivo primordial analisar a legislação pátria confrontando-a com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais no que pertine às peculiaridades do mandado de segurança quando impetrado contra ato jurisdicional penal.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método utilizado foi o lógico-dedutivo, com a investigação por meio de pesquisas bibliográfica, baseando-se na análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e na internet.

No início do trabalho, apresentamos os antecedentes históricos do mandado de segurança, os institutos semelhantes no direito comparado e este remédio constitucional do direito brasileiro.

Também neste capítulo, conceituamos o writ, discutimos sua finalidade e natureza jurídica.

No segundo capítulo, inserimos o mandado de segurança na esfera criminal, discutindo as condições da ação penal do writ, dentre elas vontade legal, legitimação, interesse de agir, prazo e competência.

No tocante ao terceiro capítulo, apresentamos e analisamos os requisitos essenciais para o cabimento do mandado de segurança, examinando o que vem a ser direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso de poder, ato de autoridade (neste ponto procuramos determinar o alcance do termo autoridade) e finalmente o não cabimento de outra medida constitucional.

No capítulo quarto, analisamos mais detidamente o mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, comparando-o com o *habeas corpus*, apreciando a natureza jurídico processual do writ na esfera criminal, a competência, a legitimidade ativa, especificando quando poderá ser impetrado pelo Ministério Público, pelo ofendido e por terceiros e ainda a legitimidade passiva.

Ao final, apresentamos inúmeras hipóteses de cabimento do mandado de segurança no juízo criminal, inclusive algumas aplicações do *mandamus* na Lei nº 9.099/95, bem como as considerações finais.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA, INSTITUTOS SEMELHANTES NO DIREITO COMPARADO, CONCEITUAÇÃO, FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

1.1 Antecedentes históricos do Mandado de Segurança

O homem, desde que começou a viver em civilização, buscou incessantemente conquistar direitos individuais e coletivos, não em decorrência de um conhecimento mais profundo nesta ciência, mas em virtude de um sentido natural de proteção a todo aquele que vive em agrupamento.

Nessa linha de raciocínio histórico, convém ressaltar, que somente no correr da idade moderna, que o homem passou a ter preocupação mais contundente com determinadas garantias, capazes de limitar o poder governamental e do próprio particular.

1.2 Institutos Semelhantes no Direito Comparado

No período helênico não havia instrumentos colocados nas mãos do indivíduo para a defesa de quaisquer prerrogativas individuais, porque entre eles predominava o poder teocrático.

O povo grego vivia submisso á autoridade governamental, embora fosse detentor de direitos civis políticos civis e políticos, até mesmo com ampla

intervenção na administração pública, entretanto ele não tinha nenhum direito individual tutelado.

A exemplo da civilização grega, no correr da civilização romana, nos três estágios, cuja duração foi de treze séculos, não se observou nenhuma garantia individual àquele povo.

Mesmo na fase da república, onde o *civis* participava com direitos políticos, não havia o reconhecimento de qualquer direito individual contra o governo.

A única garantia a obstar os possíveis abusos de poder consistia na acusação contra o magistrado(funcionário), quando expirasse o tempo, em geral um ano, do múnus em que fora investido. O Estado não podia ser acionado, mas respondia por seus agentes; nem mesmo admitia ação sobre eles.

O antecedente evidente do nosso mandado de segurança surgiu na Alemanha; eram as chamadas *inhibitiones* germânicas que se constituíam em processos interditais, os quais tutelavam as relações de direito público, em que o direito do administrado em oposição à administração era reconhecido, já que os germânicos submetiam o Estado e seus órgãos, inclusive o rei, ao direito nacional, à *lex terrae.* O indivíduo lesado podia postular seus direitos perante a assembléia do povo e depois perante o colégio de homens-bons ou jurados.

Na França, durante o Século XVIII, os atos dos reis eram livres, não implicavam em nenhuma responsabilidade jurídica. Porém, no final desse século, o direito constitucional passou a resguardar a liberdade dos particulares contra o arbítrio e a prepotência dos próprios agentes do poder do Estado. Esta recorribilidade do indivíduo a um órgão do Estado, a fim de coibir o abuso e a

ilegalidade de outros representantes do próprio governo, somente se tornou possível mediante a adoção da técnica da separação das funções estatais preconizadas por Montesquieu. O direito europeu, porém, não conferiu aos cidadãos, desde logo, um remédio eficaz contra os abusos estatais.

Foram os Estados Unidos que trataram de traduzir os postulados ideológicos de liberdades públicas em meios práticos e eficazes para tutelar os direitos do homem contra os desmandos do Poder Público. Diferentemente dos europeus, que se caracterizaram por uma evolução mais teórica e menos pragmática, os norte-americanos, desde logo, trataram de criar instrumental próprio para que as aspirações político-filosóficas de liberdades individuais fossem eficazmente observadas.

Do pragmatismo norte-americano surgiram os chamados *writs,* que possuem, contudo, origem inglesa. Prestam-se à proteção de direitos lesados para cuja reparação não haja na lei, outros meios mais adequados. É de se observar que desempenham papel ainda mais amplo que o mandado de segurança, pois não se opõem tão-somente a atos do Poder Público, mas também a violação de direitos por particulares.

A experiência mexicana, no que diz respeito à tutela de direitos incontestes do homem, muito nos serviu para a construção do mandado de segurança. Instituiu-se naquele país o *juicio de amparo*, como medida de proteção ao direito individual, como controle da constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público, bem como o controle da legalidade dos atos das autoridades em geral, inclusive dos judiciários.

Apesar de o instituto do *juicio de amparo* ter certa semelhança com o mandado de segurança brasileiro, é inegável que esse instituto é bem mais amplo, mas apesar das divergências entre os dois, eles constituem remédios constitucionais

que visam à tutela de direitos subjetivos, em regra individuais, ofendidos por ilegalidade ou abuso de poder.

No Direito Português, encontramos, ainda, a chamada *apelação extrajudicial*, que podemos também considerar como fonte histórica do mandado de segurança, tendo em vista a similaridade de seu conteúdo. Na *apelação extrajudicial*, porém, o objeto de exame era feito somente através de meio jurídico recursal.

Assim é que, nas Ordenações Afonsinas, na esteira do Direito Romano, que admitia apelação contra a nomeação injusta *ad numera publica*, e do Direito Canônico – cogitaram os portugueses de *apelação extrajudicial*, prescrevendo que delas podiam licitamente apelar para seus Juízes, caso se sentissem agravados em seus direitos, salvo se estes direitos confrontarem os direitos do rei. As Ordenações Manuelinas e Filipinas contêm disposições que retornam ao assunto, com o mesmo conteúdo.

1.3 O Mandado de Segurança no Direito Brasileiro

O mandado de segurança é um instituto precipuamente pátrio, não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro, entretanto não enseja dúvidas o fato de que os institutos análogos adotados, principalmente, na Inglaterra, nos Estados Unidos e no México, foram de substancial valia para o surgimento do mandado de segurança no Brasil.

Ainda que inspirado pelos remédios encontrados no Direito Internacional Comparado, foi o esforço da doutrina e do legislador nacional, atendendo às necessidades práticas da realidade brasileira, que conferiu ao mandado de

segurança as feições jurídicas que hoje este instituto possui, surgindo posteriormente ao *habeas corpus*.

É naturalmente lógica a antecedência do *habeas corpus* relativamente ao mandado de segurança, apesar da história deste inserir-se na daquele. Por uma questão natural, o bem mais precioso e precípuo a ser tutelado pela norma legal foi a liberdade individual. O direito de ir, vir e ficar do cidadão era e ainda o é objetivo específico do *habeas corpus.*

A tutela de outros direitos, que têm como instrumento da defesa o mandado de segurança, mas que outrora eram amparados também pelo *habeas corpus*, surgiu posteriormente, como necessidade incindível de melhor resguardo contra a prepotência e o arbítrio da autoridade pública.

A Carta Magna de 1934 criou no direito brasileiro o instituto do mandado de segurança, em seu artigo 13, inciso XXIII, que estabelecia que se daria mandado segurança para defesa de direito certo e inconteste, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo era o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudicava as ações competentes.

A Carta Constitucional de 1937 ignorou este instituto, o qual restou regulado pela Lei nº 191, de 16/01/1836, sendo que esta além de estabelecer seu processo, excluiu de seu âmbito a liberdade de locomoção.

A Constituição Federal de 1946, bem como a de 1967 e ainda a Emenda Constitucional de nº 1/1969, continuaram albergando o instituto do *mandamus* .

A atual Constituição do Brasil, também acolheu em seu âmago o *mandamus*: "condeder-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".(artigo 5º, inciso LXIX).

Como inovação, o Diploma Maior trouxe o mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.(artigo 5º, inciso LXX).

No quadrante infraconstitucional, o *mandamus* se encontra disciplinado pela Lei nº 1.533, de 31/12/1951, e além de devidamente defini-lo, embora com relação não adaptada ao novo Estatuto Constitucional, também disciplina o procedimento do Writ, sua sentença, os recursos cabíveis, bem como as hipóteses onde não tem cabimento, etc.

1.4 Conceituação e Finalidade do Writ

Não se faz possível conceituar o mandado de segurança sem se fazer referência à clássica definição esposada por MEIRELLES (1989, p.3):

> É o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam.

Com efeito, o mandado de segurança não pode ter seu conceito desvinculado da premissa de que é ele instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos em face do arbítrio do Estado.

Em trabalho direcionado ao *writ* de segurança em matéria criminal, MOSSIN (1996, p.61) assim conceitua o examinado instituto:

> [...], pode-se conceituar o mandado de segurança como sendo, a ação de conhecimento tendente a amparar direito líquido e certo, não tutelado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*, quando vulnerado por ilegalidade ou abuso de poder provindo de ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por fim, cabível a reprodução dos seguintes ensinamentos conceituais no tocante ao *mandamus*:

> [...] instrumento jurídico de índole constitucional utilizável para a proteção de direito líquido e certo que esteja sendo violado ou ameaçado por ato ilegal ou com abuso de poder, emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público.(COSTA, 1997, p.357).
> É uma ação [...] promovida para neutralizar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade partida de autoridade. (CASTELO BRANCO, 2003, p.174).

Citando VIDIGAL apud SALLES (2002, p.122) que "O mandado de segurança é o remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial, efetivar."

No dizer de BUENO (2004, p. 5), "[...] é ele o mecanismo de defesa do cidadão contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado."

A conceituação mais ampla sobre mandado de segurança repousa na obra de Mantovani Colares Cavalcante, intitulada Mandado de Segurança (Dialética – São Paulo – 2002, p. 256). Diz o professor:

> Mandado de segurança representa um direito fundamental à tutela específica(corretiva ou de preservação) contra atos comissivos ou omissivos, concretizados ou na iminência de sê-lo, que sejam ilegais ou abusivos, praticados pela administração pública ou por quem os faça em seu nome, desde que não se mostrem amparáveis por *habeas corpus* ou *habeas data* , sendo tal direito fundamental há se exercitado dentro de um lapso temporal diminuto fixado em lei, por meio de ação de natureza civil, com procedimento sumário vinculado, pois os fatos devem ser comprovados documentalmente e por ocasião da propositura da ação, possuindo o julgador poderes acautelatórios, para que se mostre efetiva a segurança acaso concedida por ocasião do julgamento, e cuja decisão final tende a ser de um colegiado, mostrando-se ainda auto-executável o julgamento.

Diante disso, constata-se, às escancaras, que o mandado de segurança é um remédio constitucionalmente garantido aos titulares de direitos líquidos e certos – que independem de produção de prova –, em face de lesão ou ameaça de lesão decorrente de ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

Estabelecida a definição do instituto mandado de segurança, considerada nessa pesquisa como a mais adequada à prática forense, necessário se demonstra o exame atinente à finalidade desse instrumento, conseqüência inafastável do conceito ora adotado.

Defende MORAES (2003), que o mandado de segurança visa a tutelar os indivíduos dos atos ilegais ou perpetrados com abuso de poder.

Com arrimo na orientação de MEIRELLES (1989, p. 7), o mandado de segurança seria "destinado a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade [...]."

Consoante pensamento esposado por BUZAID (1989, p. 67), salienta sobre a característica fundamental sobre a ação mandamental, vejamos:

> A sua característica fundamental consiste na possibilidade de compelir a autoridade pública a praticar ou deixar de praticar algum ato. Esta solução rompe com uma larga tradição, segundo a qual o inadimplemento da obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em reparação pecuniária, isto é, na condenação em perdas e danos.

NUNES (1987, p. 37), por outro lado, leciona que o *writ* "realiza dupla função: restitui o exercício do direito, removendo o obstáculo ou suprindo, pelo decreto judicial, a recusa do Poder Público."

Entende-se que, para melhor adequar a assertiva acima ao atual ordenamento jurídico, acertada seria a sua complementação com as seguintes palavras: ou daquele que em seu nome atue, haja vista ser possível a impetração de mandado de segurança contra ato de particular, quando este exerça atribuição conferida pelo Poder Público.

Na explanação de BUENO (2004, p. 9), relata sobre a finalidade da ação constitucional, observemos:

> [...] o mandado de segurança volta-se não à reparação de um direito já irremediavelmente lesionado, mas, muito pelo contrário, à conservação do pleno exercício, fruição e gozo do direito em seu estado puro, não tolerando sua substituição pelo equivalente monetário. O mandado de segurança dirige-se à proteção do direito em si e não à de seu sucedâneo patrimonial.

Dito isto, forçoso reconhecer que a finalidade precípua do remédio heróico é tutelar os direitos dos indivíduos frente às arbitrariedades e abusos cometidos pelas autoridades públicas. (CUNHA, 2005), ou por aqueles entes privados que atuem em nome do Poder Público, não havendo que ser impetrado com o fito de obter indenização.

1.5 Natureza Jurídica do Mandado de Segurança

Preliminarmente, cumpre-nos deixar assentado que o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência pátrias é aquele segundo o qual o mandado de segurança se reveste de natureza de ação judicial.

Com efeito, outra não poderia ser a orientação adotada, haja vista que, conforme se depreende da análise do instituto, em tudo se assemelha à definição da ação, ainda que, guarde suas peculiaridades.

A professora titular do Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, GRINOVER (2001, p, 220) diz que o "writ" tem seu campo de abrangência determinado por exclusão, eis o ensinamento esposado pela mestra:

> Sua natureza jurídica, como ocorre com o "*habeas corpus*", é a ação, reforçada pela Constituição. Só cabe contra ato de autoridade, diversamente do que se dá com *habeas corpus*. A expressão "direito líquido e certo" é entendida em sentido processual, como direito comprovável documentalmente, sem necessidade de instrução dilatória, o que lhe confere as características do rito sumário. É aplicável na dimensão preventiva, contra ameaça ou perigo de lesão.

PINTO (1992), mencionou em sua obra "Medida Cautelar de Mandado de Segurança e Ato Judicial, sobre a natureza jurídica do o mandado de segurança, afirmando que é :

> Uma decisão interlocutória, que consiste num pronunciamento judicial de natureza decisória, porém não tem efeito o fim do procedimento ou do processo. O mandado de segurança é pressuposto de preservação da possibilidade de satisfação do direito do impetrante, na sentença. Objetiva obstar que o lapso de tempo, que medeia a propositura da ação e a sentença torne o mandamento, que possa nela vir a ser contido, inócuo, do ponto de vista concreto. O mandado de segurança é caracterizado, sobretudo, pela possibilidade de concessão de medida liminar que pode, ou não, corresponder aquilo que se pleiteia no pedido.

Para BARBI (1987), na obra Do Mandado de Segurança, relata que:

> O mandado de segurança de uma ação de cognição, que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só se admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado.

SCHIMIDT JÚNIOR,(1995, p.15), em seu livro Mandado de Segurança, entende o mandado de segurança como sendo:

> Ação cível de rito "sui generis" podendo ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso. Diz-se do rito "sui generis" por não se identificar com o rito comum nem com os demais do código de Processo Civil. Inclusive, alguns autores o denominam de ação civil de rito sumário especial.

Concluímos que o direito líquido e certo é o modulo orientador do mandamus em qualquer área do direito. A natureza jurídica da sentença mandamental será declaratória se o impetrante pleitear através do mandamus a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica no direito civil, penal, processual penal, etc., sempre vinculada a direito líquido e certo. Terá natureza constitutiva se intentar modificar ou extinguir um situação jurídica disciplinada por qualquer ramo do direito. E finalmente terá natureza condenatória se tiver por objeto sansão adequada ao direito líquido e certo violado.

Não obstante a abalizada literatura em sentido diverso, ajustando-nos ao posicionamento deste último doutrinador, acreditamos que o mandado de segurança é ação ultra-sincrética, servindo para atender as três funções jurisdicionais, não podendo ser reduzido a qualquer das categorias em que se classificam as ações.

Destarte, a natureza jurídica da sentença proferida em ação de mandado de segurança será determinada pelo conteúdo do pedido formulado pelo impetrante.

2 AÇÃO PENAL DE MANDADO DE SEGURANÇA

Já se viu linhas atrás que o Mandado de Segurança, tendo fundamento constitucional, visa restaurar o direito subjetivo individual violado por ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade pública constituída.

Constituindo-se numa ação de natureza civil, assume ele, todavia, na esfera penal, em muitas oportunidades do curso do processo penal, uma feição de recurso destinado a provocar o reexame de ato judicial ilegal ou revestido de abuso de poder.

Em determinadas hipóteses ocorrentes no curso da ação penal, depara-se a parte interessada – réu, vítima ou terceiro interveniente – com situações para as quais a legislação processual, dado o seu arcaísmo, não prevê recurso próprio, deixando, em conseqüência, a parte ao desabrigo da tutela jurídica ante uma decisão ou ato nitidamente ilegal ou abusivo.

Afora o seu caráter protetor como instrumento hábil contra ato ilegais ou abusivos, tem ele, nesta hipótese, também fundamento nuclear no princípio basilar do direito pátrio do duplo grau de jurisdição, propiciando à instância superior a revisão do ato ou *decisum* considerado ilegal ou abusivo.

Em outras situações, assume o Mandado de Segurança, igualmente, caráter de extrema eficácia jurídica quando interposto pela parte com o fito de conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha. O fundamento para tal entendimento repousa, justamente, na possibilidade de irreparabilidade do dano a

ser eventualmente causado pelo ato ou decisão então atacado pelo recurso específico.

Considerando-se que o recurso interposto contra algum ato ou decisão, despido de efeito suspensivo, pode gerar, de imediato, a executoriedade do ordenado. Naqueles, a providência através do *mandamus* se nos afigura juridicamente legítima e eficiente, pois poderá impedir a ocorrência de graves danos à parte interessada, de difícil ou incerta reparação ante a demora natural do processamento da irresignação recursal aforada sem o mencionado efeito.

Nessa hipótese, como se tem reiteradamente decidido, há de restar demonstrada, pela parte interessada, a ocorrência do *periculum in mora* e a ilegalidade do ato ou decisão.

A última hipótese, de que tratamos, refere-se aos casos de atos praticados em flagrante abuso de poder ou com nítida feição teratológica, que podem causar, justamente pelo seu caráter, danos concretos ás partes.

2.1 Condições da Ação Penal de Mandado de Segurança

Ao se afirmar que o mandado de segurança se eleva à categoria de autêntica ação, no caso, penal, há de se estabelecer quais são as condições para o exercício de tal ação.

Em princípio, é imprescindível se fixar que as condições da ação, quer civil, que penal são as mesmas.

Aliás, cumpre assentar, que o Código de Processo Penal não alinha quais são as condições da ação nesse campo. Por este motivo, se aplica, por analogia, o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por força do disposto no artigo 3º,

do Código de Processo Penal. Logo, as condições da ação penal são as seguintes: possibilidade jurídica, legitimidade de partes e interesse processual.

Nos contornos da ação penal de mandado de segurança, cumpre ao magistrado ao receber a petição inicial do *mandamus*, antes de tender a examinar se houve ou não vulneração a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, verificar a ocorrência desses pressupostos e dessas condições, para que não venha a se formar um processo inútil.

Três são as condições da ação em sede de mandado de segurança: existência da vontade da lei cuja atuação se pleiteia (possibilidade jurídica do pedido), legitimação ou *legitimatio ad causam* e interesse e necessidade de agir.

2.1.1 Existência da vontade da lei cuja atuação se pleiteia

Esta primeira condição equivale à possibilidade jurídica do pedido, isto é, quando a pretensão do autor se referir à providência admissível pelo direito objetivo, com algo a mais: deve ela vir acompanhada de direito líquido e certo.

Para preencher uma das condições da ação de mandado de segurança, não basta que o direito dito vulnerado por ilegalidade ou abuso de poder tenha sua existência determinada no direito objetivo; seja ele revestido de tipicidade e previsão legal, mas que tenha ele um outra qualidade: liquidez e certeza ou seja escoimado de qualquer dúvida e inconteste; que não necessita de dilação probatória. Caso contrário, deverá ele ser discutido nas vias ordinárias.

2.1.2 Legitimação ou legitimatio ad causam

Em sede de mandado de segurança, no que diz respeito à legitimação, ativa e passiva, a regra a ser aplicada é a geral, abrangente a qualquer tipo de ação,

exceto algumas nuances próprias deste instituto, especialmente quando ocorrer substituição processual, como acontece com a defesa dos direitos coletivos.

Logo, a legitimidade ativa para agir está ligada àquele que invoca a tutela jurisdicional; a legitimação passiva, aquele em face do qual a pretensão levada a juízo se acolhida deverá produzir seus efeitos.

2.1.2.1 Legitimidade ativa

Na orientação de Santos (1999, p.171): "o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, a legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder à legitimação para contradizer deste em relação àquele." Eis o conceito apresentado pelo autor para toda e qualquer ação. Sucede que, como procedimento especial que se afigura, a ação autônoma de impugnação objeto de análise nesta monografia guarda algumas particularidades, inclusive no que tange à legitimidade ativa.

Assim, no pertinente à ação de mandado de segurança, a parte legítima para a sua impetração é o titular de direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade.

Outra observação que se afigura oportuna concerne ao mandado de segurança impetrado em face de ato jurisdicional penal, uma vez que, nessa situação, o Ministério Público, embora não seja tecnicamente o titular do direito ameaçado ou violado, é o órgão encarregado de presidir a persecução criminal.

Analisando o tema, assim ensina BETANHO apud FRANCO; STOCO, (2004, p.2045-2046) "pode impetrar o mandado de segurança o titular do direito

líquido e certo violado ou ameaçado. A legitimidade ativa depende, portanto, do direito subjetivo próprio."

Importante salientar, ainda que sucintamente, que, na ação penal, o *parquet* atua como um sujeito *sui generis,* porque, embora reconhecido como parte, age como sujeito imparcial, haja vista o seu dever de zelar pela correta aplicação da lei, podendo, inclusive, requerer a absolvição sumária do réu.

Dessa forma, no tocante à *legitimatio ad causam* ativa para a impetração do mandado de segurança em face de ato jurisdicional penal é da pessoa que se encontra seu direito líquido e certo violado pelo ato, podendo tanto ser o acusado, o ofendido, o Ministério Público ou mesmo um terceiro estranho à relação processual penal, mas que foi de qualquer modo atingido por um ato decisório proferido no processo.

Em que pese a possibilidade de qualquer um dos acima enumerados impetrar o mandado de segurança contra ato de autoridade jurisdicional penal, ele será, no mais das vezes, promovido pela acusação, uma vez que, via de regra, a defesa se utiliza do *habeas corpus.*

Oportuna se faz a análise acerca da legitimidade ativa da pessoa jurídica para impetrar mandado de segurança em face de ato de autoridade jurisdicional.

Em trabalho voltado ao objeto desta pesquisa, MOSSIN (1996, p.40) sustenta:

> No campo penal, quer se trate de *habeas corpus,* quer se cuide de mandado de segurança, a impetração somente pode ser feita pela pessoa natural. As pessoas jurídicas ou entidades sem personalidade jurídica não possuem titularidade para a promoção de qualquer um desses *writs.*

Com efeito, ainda não se vislumbrava a existência de qualquer delito imputável à pessoa jurídica, talvez aí resida o fundamento para o ensinamento esposado pelo autor, contudo, com o advento da Lei nº 9.605/98(Lei dos Crimes Ambientais), não há como prosperar o transcrito entendimento.

A supra referida norma, em seu art. 3º, estabelece a responsabilidade penal para as pessoas jurídicas na hipótese de prejuízos para o meio ambiente. Dessa forma, considerando-se que a pena aplicável a esses entes jamais poderia ser a de restrição de liberdade, o remédio constitucional de *habeas corpus* não se faz cabível, cumprindo se impetrar, quando for o caso de ilegalidade ou abuso de poder, o mandado de segurança.

Cumpre ainda deixar consignado que, diferentemente do que sucede na ação constitucional de *habeas corpus*, para que se impetre validamente um mandado de segurança, necessária a presença da capacidade postulatória, é dizer, a peça há que ser subscrita por advogado devidamente constituído e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como pode o mandado de segurança ser impetrado tanto por pessoa natural como por pessoa jurídica, uma vez que a lei faz referência a alguém, não excluindo as pessoas jurídicas.

2.1.2.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva é a qualidade do titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão.

Esse instituto sempre constituiu um mecanismo de grande valia e eficácia para que o cidadão fizesse valer seus direitos e garantias em face ao arbítrio do Estado, configurando-se, assim, um instrumento de imposição de suas liberdades individuais contra o Estado.

É diante dessa realidade que a Lei nº 1.533/51, no §1º do art. 1º, com redação conferida pela Lei nº 9.259/96, estabelece:

> § 1º - Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções. (BRASIL, 2005, p.01).

Nessa mesma orientação, reza a Constituição Federal vigente que será impetrado contra "autoridade pública ou agente da pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público." (BRASIL, 2005, p.06).

A Legitimidade Passiva é da Autoridade Coatora, necessariamente pessoa jurídica de direito público (a Administração) ou particular investida no poder público (quem lhe faça às vezes).

Assim, no concernente à ação constitucional de mandado de segurança, a examinada legitimidade é atribuída à autoridade coatora, àquela que tem o poder de decidir, não quem simplesmente executa o ato.

Nessa orientação, MORAES (2003, p.168) discorre sobre o tema e afirma que:

> Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade [...].

Em decisão proferida no RMS 19151 / SP (2005, p. 01), assim esposou o Ministro João Otávio de Noronha:

> A autoridade coatora é aquela competente para corrigir ilegalidade impugnada por meio do mandado de segurança, ou seja, a autoridade que dispõe de meios para executar a ordem emanada no caso de concessão da segurança.

Importante polêmica que circunda o mandado de segurança reside na seguinte questão: pode o juiz, verificando o equívoco na indicação da autoridade impetrada, intimar o impetrante para sanar o vício ou, de ofício, proceder à correção?

É precedente do Supremo Tribunal Federal o posicionamento no sentido de que, havendo equívoco na indicação da autoridade coatora, há de se extinguir o processo, sem exame do mérito, uma vez que inexistiria a possibilidade de sanar tal vício. Nesse sentido, as decisões proferidas, dentre outros, no REsp 766930 / RJ.

A maioria dos doutrinadores pátrios fortalecem o entendimento no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatio ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Corroborando com a afirmação posta, pode ser transcrita a ementa relativa à decisão proferida no RMS 15124/SC:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO DO FEITO.
> 1. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.
> 2. Precedentes desta Corte e do c. STF no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, assim, os sujeitos que compõem a relação processual.
> 3. Verificando-se a ilegitimidade passiva "ad causam" da autoridade apontada como coatora, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.
> 4. Recurso a que se nega provimento, para confirmar a extinção do processo.

Com efeito, tendo-se em vista a crucial importância da finalidade precípua da ação mandamental, qual seja, a tutela de direito líquido e certo e das garantias individuais frente ao arbítrio estatal, percebe-se que as questões de índole formal

não devem, inicialmente, impossibilitar o exame da questão de fundo respeitante ao ato ilegal ou abusivo da autoridade.

Sendo assim, encontrando-se o magistrado diante de uma situação de equívoco na indicação da autoridade coatora, em lugar de extinguir o processo sem julgamento do mérito, como acontece nos tribunais superiores pátrios, deve determinar a emenda da exordial.

Ademais, tratando-se de equívoco perdoável, cumpre ao juiz proceder à correção *ex officio. N*essa mesma orientação, encontram-se os votos proferidos pelos Ministros Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do RMS 15124/SC. Válida a citação do seguinte excerto do voto enunciado pelo Ministro Luiz Fux:

> Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao Juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança – enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais - cumpra efetivamente seu desígnio. Ademais, considerando o novel entendimento doutrinário e jurisprudencial, ainda que se tratasse de autoridade ilegítima, o juiz poderia mandar notificar a autoridade legitimada para integrar a lide.

A orientação preponderante é no sentido de se considerar escusável eventual erro na indicação da autoridade coatora, para se viabilizar o exercício amplo da garantia constitucional do mandado de segurança, que não poderia restar prejudicado pelo desconhecimento, por parte do Impetrante, da complexa estrutura administrativa.

Nas palavras de MEIRELLES (2005) ao discorrer sobre o assunto, afirma que o juiz pode – e deve – determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, §2º). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o

agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.

Nessa esteira, oportuna se mostra a mencionarmos a decisão do acórdão proferido no ROMS - Recurso Ordinário em mandado de segurança nº 17889, publicado na p. 187 do DJ datado de 28/02/2005, cujo relator fora o Ministro Luiz Fux, quando concordando com o Meireles analisa a legitimada passiva no mandado de segurança.(vide decisão residente no Anexo I – nº 01)

Destarte, diante de todas as considerações tecidas ao longo desta pesquisa, ciente de que o mandado de segurança ocupa posição de fundamental relevância no ordenamento jurídico brasileiro, outra não poderia ser a conclusão senão aquela de que cumpre ao juiz proceder à analisada correção, seja porque o *writ* é remédio constitucional destinado à tutela de direitos e garantias individuais, não podendo ter seu alcance restringido por lei infraconstitucional; seja em razão da complexa estrutura dos órgãos administrativos, que, comumente ocasiona dificuldades quando da identificação da autoridade coatora; seja ainda em virtude de princípios como o da efetividade e o da economia processual, que norteiam a atividade jurisdicional.

Ainda que se tratando de ato de autoridade judicial, o legitimado passivo é a "pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade coatora." GRINOVER (2005) assim, a autoridade coatora no mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional, longe de ser o juiz, enquanto pessoa física, é o juízo.

Importa mencionar que em todas as ocasiões em que a concessão do *mandamus* importar modificação na posição jurídica de outras pessoas, haverá litisconsórcio necessário, e a decisão não poderá ser deferida sem a citação destes

terceiros, e mesmo que o impetrante não tenha requerido, o juiz deve determinar sua citação, nos moldes do artigo 47, parágrafo único, do CPC.

Esta mesma regra se aplica ao mandado de segurança contra ato jurisdicional, pois apesar do juiz agir como órgão do Estado, o Poder Público não tem interesse pratico no desfecho da questão, tem apenas interesse moral em sustentar a ilegalidade de seu ato. O verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte da demanda em que foi proferido o ato impugnado.

A Súmula 701 do STF, orienta-nos no sentido do reconhecimento da existência de litisconsórcio passivo necessário nesse caso, e consequentemente, pela nulidade do processo em que não houve citação do terceiro que poderia ser prejudicado pela concessão do *mandamus.*

2.1.3 Interesse e necessidade de agir

Quando uma ação é proposta ela visa obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão de direito substancial (interesse primário), sendo que há um outro interesse em obter uma providência jurisdicional este é o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que esse tutele aquele interesse primário, que de outra forma não seria protegido.

Dentro deste contexto genérico, que abrange todo tipo de ação, o interesse de agir está vinculado à movimentação da jurisdição, para que ocorra é necessário que a pretensão seja adequada, sendo que isso somente se verificará quando o pedido for idôneo.

Em sede de mandado de segurança, além da aplicação dos preceitos sobreditos relativamente à condição da ação enfocada, para a fixação do conceito de interesse de agir, necessário se faz, preliminarmente, observarmos os casos em

que a norma infraconstitucional veda o uso do *mandamus*. Estão elas elencadas nos três incisos do artigo 5º, da Lei º 1.533/1951, estas circunstâncias retratam a ausência de interesse de agir.

A caracterização precisa do interesse de agir no mandado de segurança é a existência de dano irreparável, ou de difícil reparação, que decorra do ato judicial impugnado. Poderá, entretanto, ocorrer casos em que o dano (imediato ou atual), surgirá do próprio provimento jurisdicional impugnado, como no caso em que a vítima for impedida de ingressar no processo como assistente.

Na maioria das vezes, o mandado de segurança contra ato jurisdicional está entre os remédios processuais que se operam pela via preventiva, porque como já dissemos, visa atacar os efeitos de uma decisão capaz de causar dano irreparável ou de difícil reparação ao direito do impetrante. Entretanto é comum, nos termos do inciso II, do artigo 7º, da Lei 1.533/1951, que a suspensão da eficácia do ato seja determinada de imediato, em liminar, convertendo-se assim numa tutela cautelar ou antecipatória.

2.1.4 Prazo para interposição e sua natureza

A Lei nº 1.533/51, em seu art. 18, estabelece o prazo de 120 dias para a impetração do respectivo mandado de segurança, cujo início data do "conhecimento oficial do ato a ser impugnado." (MORAES, 2003b, 169).

Diante dessa norma, surgem divergências quanto à natureza desse prazo, se prescricional, preclusivo ou decadencial.

Ensina BUZAID (1989, p.153) que não se há de aplicar qualquer dos três institutos, uma vez que a "idéia de prazo extintivo é necessária e por si só suficiente para designar a perda do direito de requerer mandado de segurança."

Prossegue: "trata-se de direito temporário que, pelo decurso do prazo legal, se extingue, sem, entretanto, prejudicar o direito material da parte lesada, que poderá pleiteá-lo por ação própria". (BUZAID, 1989, p.153).

Pontes de Miranda, por seu turno, compreende que, em relação à "'ação' mandamental, que é remédio constitucional" (1998, p.89) o prazo é preclusivo.

Assim, pode-se depreender que a preclusão se opera dentro no processo, com o fito de viabilizar a normal tramitação do processo, daí porque se afirmar que é ela "a causa motriz do andamento processual." (MARINONI; ARENHART, 2003, p.656).

Salienta BUZAID (1989, p.155): "a preclusão supõe um processo já instaurado e em desenvolvimento". E continua: "a preclusão tem lugar dentro do processo e supõe, portanto, se nascimento e sua natural evolução".

Tecidas essas considerações, não há como prosperar o entendimento esposado por Pontes de Miranda, haja vista não se tratar de perda de faculdade para a prática de ato intra-processual, mas para a própria instauração de um procedimento especial.

NUNES (1987), em sua obra destinada ao estudo do mandado de segurança, defende a natureza prescricional do prazo para impetração, sem apresentar fundamentos para a opinião assumida.

Com efeito, a grande maioria dos doutrinadores nacionais comunga com a orientação segundo a qual o prazo previsto no art. 18 da Lei nº 5.133/51 tem natureza decadencial, salientando que "esse prazo tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial". (BARBI, 1989, p. 203).

BUENO (2004, p.163). esclarece que "doutrina e jurisprudência não hesitam em reconhecer neste um prazo decadencial e não meramente prescricional. Trata-se de prazo cuja consumação acarreta a perda de um direito."

Oportuna se faz a compreensão do que a doutrina comumente define como decadência, procedendo-se à sua diferenciação frente ao instituto da prescrição, a fim de que se possa definir qual a que se afigura mais acertada.

Ensinam GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2002, p.476), que "a prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei." E prosseguem: "tem por objeto direitos patrimoniais e disponíveis".

Afirma a doutrina que a decadência implica na perda de um direito potestativo, que, segundo AMARAL apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2002, p.480), confere "ao respectivo titular o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que haja dever correspondente, apenas uma sujeição."

De mais a mais, uma das distinções perpetradas pela doutrina entre os institutos da prescrição e da decadência é a de que, via de regra, os prazos decadenciais são insuscetíveis de suspensão, interrupção ou prorrogação. Cumpre, outrossim, deixar assentado que aqueles que adotam o posicionamento da natureza decadencial fazem ressalva no sentido de que a extinção do prazo de cento e vinte

dias não significa que o cidadão prejudicado ficará impossibilitado de se valer de outra via processual, porquanto o prazo decadencial alcança o direito de impetrar a ação de mandado de segurança – é dizer, o direito ao procedimento especial –, permanecendo intacto o direito material atingido pela ilegalidade do ato.

Diante dessas considerações, não há como se negar ser decadencial a natureza do prazo previsto no art. 18 da lei atinente ao mandado de segurança, uma vez que se trata de direito potestativo.

Não bastassem os fundamentos acima acostados, o Supremo Tribunal Federal, por meio da edição da Súmula nº 632, que reza expressamente: "é constitucional lei que fixa prazo de decadência para impetração de mandado de segurança". (SODRÉ, 2004, p.166), já pacificou essa divergência.

Há autores, a exemplo de Bueno (2004, p. 165), que questionam a constitucionalidade dessa limitação temporal para o exercício de uma garantia fundamental. Contudo, admite o mencionado autor que a jurisprudência dos tribunais pátrios reconhece a constitucionalidade dessa previsão, sobretudo porque o transcurso do prazo não impede que a tutela ao direito lesado se opere por outro instituto legal que não o remédio constitucional, não ficando o prejudicado sem proteção.

MORAES (2003b) sustenta que tanto o STF quanto o STJ decidem reiteradamente no sentido da constitucionalidade dessa limitação temporal.

Outrossim, não há mais como prosperar a discussão, haja vista o teor da já mencionada Súmula nº 632, editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra observação de suma importância no tocante ao prazo para impetração do remédio heróico reside na definição do *dies a quo* para o lapso temporal.

Salienta MOSSIN (1996, p.119) que o termo inicial para esse prazo conta-se "a partir da data em que o agente tenha conhecimento formal do ato que transgrediu direito líquido e certo seu".

Com efeito, o prazo terá seu transcurso iniciado no dia em que se operar a ciência do ato impugnado, ressalvadas as hipóteses em que a lei considera obrigatória a intimação pessoal, presume-se a ciência inequívoca quando da publicação do ato no Diário Oficial.

Nessa órbita, oportuna a abordagem realizada por BUENO (2004, p.165) no sentido de distinguir o mandado de segurança a depender do ato a ser impugnado, se comissivo, se omissivo ou se preventivo. A regra acima apresentada afigura-se perfeitamente adequada para a contagem do prazo para impetração do *writ* contra os atos comissivos ou positivos.

Segundo o mencionado processualista, quando se trata de ato omissivo, o prazo é "inconcebível" (2004, p.165), uma vez que não se pode estabelecer qual o momento exato da ciência, salvo para as situações em que o silêncio se opera em desacordo com prazo previsto em lei.

Também no que concerne aos atos preventivos, não há como se determinar qual o termo inicial para a contagem do lapso temporal, haja vista que basta a existência de justo receio, não carecendo da constatação de um resultado material. (BUENO, 2004, p.166).

Assim, de regra, o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51 tem seu início quando da ciência do ato a ser impugnado, ressalvadas as situações em que se afigura inviável a fixação deste "ponto de partida".

2.1.5 Competência

A competência é instituto que, para ser corretamente compreendido, carece do estudo anterior da jurisdição. Contudo, antes de se analisar esses dois conceitos, imperioso ressalvar que o exame aqui procedido não pretende o esgotamento da matéria – sobretudo por ser alheia ao objeto desta pesquisa. Procurar-se-á, ainda que sucintamente, estabelecer qual o juízo competente para julgar o mandado de segurança impetrado em face ao ato de autoridade jurisdicional penal.

LACERDA apud CARNEIRO (2001, p.04), sustenta que a jurisdição é "a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto."

Segundo TOURINHO FILHO (2004b, p.50) "jurisdição é a função do Estado atribuída normalmente a um órgão específico, visando à aplicação da lei, abstratamente considerada, ao caso concreto."

Vê-se, portanto, por estas conceituações que a jurisdição é a possibilidade de o Estado, por meio de um de seus órgãos, exercer a função de julgar, de dirimir as lides, representando expressão da sua soberania.

Estabelecida a definição de jurisdição, cumpre proceder ao estudo do conceito de competência.

LIEBMAN apud GUSMÃO (2001, p.55), sustenta que a competência é "a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição."

Assim, depreende-se que a competência representa uma fração do poder.

No mesmo sentido, ensina Tourinho Filho (2004, p.76) que a competência é "o âmbito, legislativamente delimitado, dentro no qual o órgão exerce seu Poder Jurisdicional."

Com efeito, a primeira norma a delimitar competência é a própria Constituição Federal e, para tanto, se vale de diferentes critérios, ora em *ratione loci*, ora em razão da matéria, ora em razão da pessoa, dentre outros.

A competência "se trata de conhecimento da causa por parte de determinado juiz ou tribunal". (GRINOVER et al., 2005, p.412).

Traçadas essas sucintas considerações, imprescindível se afigura a análise acerca da competência para conhecer da ação de mandado de segurança.

No escólio de MEIRELLES (2005, p.72), "a competência para julgar mandado de segurança define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional."

Nessa mesma orientação, encontra-se CARNEIRO (2001, p.136), ao vaticinar: "assentam-se tais regras, fundamentalmente, não na natureza da lide ou da pretensão deduzida no *writ*, mas sim estão em função da qualificação da autoridade coatora".

Assim, a determinação da competência para conhecer de mandado de segurança pauta-se nos seguintes princípios: qualificação da autoridade coatora e sua graduação, não sofrendo influência da natureza da questão deduzida em juízo. (BARBI, 1987).

Em que pese a orientação acima transcrita, válido se demonstra ressalvar que, no que pertine ao mandado de segurança impetrado no juízo criminal, consoante se comprovará adiante, a natureza da questão deduzida em juízo exercerá, sim, influência sobre a determinação do órgão competente para conhecer do mandado de segurança interposto.

O STJ vem decidindo nesse mesmo sentido, conforme se depreende da inteligência da ementa a seguir transcrita no anexo I, Jurisprudência nº 02, proferida no Conflito de Competência 31210/SC, julgado em 14/04/2004.

Dessa forma, pode-se afirmar que a competência será definida a partir da análise, no caso concreto, da função desempenhada por aquele que perpetrou o ato inquinado de ilegal ou abusivo pelo impetrante, e, com fulcro nas normas constitucionais, se examinará se o juízo competente será algum dos tribunais superiores, juiz monocrático estadual ou federal.

Nessa esteira, válido salientar que, havendo lacuna na Constituição Federal vigente, há de se aplicar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei de Organização Judiciária e o Regimento Interno de cada tribunal, a fim de se

estabelecer corretamente qual o juízo competente para o julgamento do remédio constitucional impetrado.

No pertinente à competência para conhecer de mandado de segurança impetrado em face de ato perpetrado por autoridade jurisdicional, segundo vaticina GUSMÃO (2001, p.142), há de se aplicar os mesmos princípios atinentes aos recursos no que pertine à definição do tribunal competente.

3 PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS PARA O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Assentadas as premissas básicas pertinentes ao mandado de segurança, demonstra-se necessária a análise acerca dos pressupostos processuais para o cabimento da ação de segurança.

Os pressupostos processuais são os requisitos exigidos para que o magistrado possa se pronunciar sobre a demanda, seriam os requisitos imprescindíveis à constituição e ao desenvolvimento do devido processo legal.

No ordenamento jurídico brasileiro são cinco os requisitos essenciais ao cabimento do mandado de segurança, quais sejam: existência de direito líquido e certo; ato de ilegalidade e/ou de abuso de poder; ato de autoridade; não cabimento de outro remédio constitucional e finalmente inexistência de recurso idôneo.

3.1 Direito Líquido e Certo

Por direito líquido e certo há de se entender aquele imune de dúvidas, incontestável, reconhecível de imediato, portanto passível de proteção do Poder Judiciário, sendo este o ponto basilar do mandado de segurança, sem este pressuposto não poderemos falar em writ.

Na lição do doutrinador MEIRELES, (1977), direito líquido e certo:

> É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de sua impetração. [.....]

> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da sua impetração. Em última análise o direito líquido e certo é direito comprovado de plano.

Tal formulação infere-se que não se pode pleitear o *mandamus* a pessoa física ou jurídica, ou órgão, cujo direito esteja ou fique na dependência de produção de provas, ainda que essa se faça de forma sumária, porque aí, então, já não se estará frente a um direito líquido e certo como pela carta constitucional e lei de regência.

Não obstante a exigência de apresentação de prova pré-constituída com o fito de restar comprovada a existência do direito líquido e certo, há de se atentar para a hipótese constante do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 1.533/51, onde se verifica a previsão atinente ás situações em que há documentos em poder do impetrado, casos em que os documentos somente serão apresentados supervenientemente.

Entretanto, mesmo com todas estas possibilidades o impetrante não consiga provar de plano o seu direito líquido e certo, poderá fazê-lo através da via ordinária própria, onde lhe é oportunizado ampla produção probatória segundo os ditamos da lei processual civil ou penal.

3.2 Ilegalidade ou Abuso de Poder

Para que o mandado de segurança tenha possibilidade de êxito, há premente necessidade que o impetrante demonstre ter a autoridade intitulada coatora, agido com evidente ilegalidade ou com manifesto abuso de poder.

Todo e qualquer ato administrativo perpetrado por agentes públicos há de ser revestido dos princípios constitucionais elencados no artigo 37, do Constituição Federal vigente, quais seja legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e publicidade.

No tocante ao princípio da legalidade registre-se que o ato praticado pelo agente público no exercício de sua atividade funcional estará sujeito às restrições e exigências da lei, sob pena de se tornar inválido, e a autoridade sujeitar-se às responsabilidades administrativa, civil e criminal.

Há de se entender por abuso de poder uma das formas de manifestação da ilegalidade de um ato praticado pelo agente do Poder Público, uma vez que ao atuar ou se omitir, abusando de poder estabelecido em lei, estaria o agente a inobservar e afrontar a própria norma legal.

Abuso de poder seria a atividade de desconhecimento da lei, sendo que o ato perpetrado em inobservância da lei existente é como se a própria autoridade legislasse, criando circunstância não previamente estabelecida em lei.

Assim, reiteramos, não basta que restem demonstradas a certeza e a liquidez do direto, para que se afigure possível a impetração do *writ* de segurança, precisa que se verifique a ilegalidade do ato ou que este foi perpetrado em flagrante abuso de poder.

3.3 Ato de Autoridade

A ilegalidade ou abuso de poder, para efeito de impetração do *mandamus*, deve advir de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica.

Como ato de autoridade deve-se entender toda ação de efeito concreto, oriunda da autoridade pública ou de seus agentes no exercício de cargo público ou no exercício de função pública.

Quando foi inserido no direito positivo brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1934, até o advento da Lei nº 191/36, o mandado de segurança era impetrado como instrumento de controle, tão somente, dos atos do Poder Executivo, pois a preocupação maior do legislador eram os arbítrios e desmandos do chefe do Executivo.

A lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, não restringiu a utilização da expressão qualquer autoridade, preocupando-se em tratar, expressamente, dos atos das autoridades legislativas e ato de juiz ou tribunal federal (artigo 5º), tratando também de abarcar os atos dos entes privados incumbidos da execução de serviços públicos.

Diante destas deliberações legislativas bem como pela atividade interpretativa da doutrina e da jurisprudência, pode-se definir ato de autoridade como ato de pessoa física, ato de agente ou ato de representantes do Estado no desempenho de função pública.

Oportuno se afigura, nessa ocasião, distinguir os ato administrativos perpetrados pelos órgãos do Poder Judiciário dos atos judiciais propriamente ditos – que se prefere denominar de jurisdicionais.

Os atos administrativos praticados pelas autoridades judiciárias são aqueles decorrentes da função atípica do Poder Judiciário, voltados à organização da atividade que lhe é própria,a jurisdicional. O tocante a esses, não pairam indagações quanto à viabilidade da medida constitucional.

Os atos judiciais propriamente ditos são os provenientes da função que lhe é típica, qual seja, a de compor conflitos de interesses em cada caso concreto, são justamente estes que compõem o objeto desta monografia.

Com efeito, verifica-se em cotejo com o posicionamento da doutrina e do STF nas Súmulas nº 267 e 268, que o mandado de segurança é remédio cabível em face de atos judiciais propriamente ditos, não estando adstrito aos atos administrativos perpetrados pelas autoridades judiciais.

Por fim, convém enfatizar que, quando impetrado na seara criminal, o conceito de autoridade há de ter maior abrangência possível, pois nem a Constituição nem a lei infraconstitucional se encarregam de limitar o alcance do conceito, podendo ser utilizado contra qualquer ato de autoridade, seja de que grau for, estando presentes, por motivos óbvios, os requisitos legais autorizadores da medida.

3.4 Direito não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*

Ao analisarmos o artigo 5º da Constituição federal vigente, depreende-se que o mandado de segurança é remédio destinado a amparar direito não tutelado por *habeas corpus* e *habeas data*, sendo pois direito liquido e certo amparável por um dos writs mencionados descabe a aceitação do *mandamus.*

Cada ação constitucional deve ser empregada para tutelar o interesse jurídico precipuamente de sua área de incidência, não podendo ser substituído por outra forma instrumental.

Inadmissível será o *mandamus* quando o direito líquido e certo puder se amparado pelo *habeas corpus,* este último tem como objetivo imediato e mediato a proteção da liberdade de locomoção, quando restringida ou ameaçada de sê-lo, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVII, CF).

Logo, quando o bem jurídico a ser tutelado a ser protegido for a liberdade de locomoção, admissível será o *writ of habeas corpus*, sendo, por conseqüência, impertinente o *mandamus* para tal amparo. O contrário também é verdadeiro.

O *writ of habeas data* é criação exclusive da Magna Carta em vigor, sendo ele destinado a assegurar o conhecimento ou a retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de arquivos públicos, tem a seguinte redação: "conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo". (artigo 5º, inciso LXXII, CF).

O *habeas data*, a exemplo do mandado de segurança e do *habeas corpus*, é uma ação. No primeiro caso, se pleiteia a expedição de uma ordem do Poder Judiciário para que a entidade governamental ou de caráter público apresente informações, que o impetrante deseja conhecer. È uma ordem legal de autoridade competente, sendo dada a cominação de desobediência. No segundo item, o impetrante requer a retificação de dados, ou seja, a modificação do mundo jurídico, daí a natureza constitutiva do provimento.

Com efeito, concluímos que desde que o direito líquido e certo seja amparado por *habeas data*, descabe a impetração do mandado de segurança.

3.5 Recurso Inidôneo

O inciso II do artigo 5º da Lei nº 1.533/51 afasta a possibilidade de concessão do mandado de segurança quando, quando a decisão proferida, couber recurso ou correição.

Ainda nessa orientação, a Súmula nº 267 do STF, estabelece que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Existem situações, contudo, em que embora haja a previsão legal do recurso ou correição, esses instrumentos não alcançam o objetivo de impedir a lesão ao direito, a exemplo da não suspensividade de recursos.

É nesse contexto que remonta a discussão acerca do cabimento do mandado de segurança quando o recurso acusado existente afigura-se inidôneo para obstaculizar a lesão decorrente do ato ilegal ou abusivo.

Existindo no ordenamento, previsão de recurso idôneo, capaz de impedir a ocorrência da violação ao direito individual ou coletivo, não existe interesse de agir justificador do *writ*.

Entretanto, não podemos esquecer dos casos de concessão do mandado de segurança quando ocorrer flagrante ofensa à norma jurídica em virtude de decisão teratológica, bem assim quando se tratar de impetração por terceiro.

Corrobora esta afirmação o teor da Súmula nº 202 do STJ, que dispõe que a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não condiciona á interposição de recurso.

Ante os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão, conclui-se que quando se puder evitar a lesão ou ameaça do direito utilizando-se o sistema recursal e o efeito suspensivo dos recursos, não cabe mandado de segurança contra ato judicial à mingua de interesse jurídico na impetração. Ao revés, quando sistema recursal não dispuser de meios para evitar a lesão ou ameaça do direito do recorrente, a ação m andamental é plenamente cabível.

4 DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL PENAL

Estamos diante de um tema destinado a gerar polêmicas, profundamente conflitante, especialmente no plano da doutrina e da jurisprudência, eis que se trata de estabelecer as dimensões de exceção, cujo objetivo é fazer com que o estado moderno se contenha dentro dos parâmetros da legalidade, limitando os seus poderes.

Quando se fala em ato do Estado, logo se pensa em ato do executivo (ato administrativo). Este é o objeto normal do mandado de segurança. Todavia, excepcionalmente, pode ser utilizado contra atos do Legislativo e do Judiciário. Justamente por isso é que o tema "mandado de segurança contra atos do juiz" está fadado a ser polêmico.

O mandado de segurança contra atos judiciais serve como uma espécie de válvula de escape do sistema jurisdicional, propiciando um remédio para resguardar o direito das partes no processo. A necessidade da via mandamental surge da inexistência ou falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias do processo – geralmente recursos – que sejam capazes de evitar a consumação de uma lesão aos interesses das partes.

Fiéis a essa orientação, os tribunais têm decidido, reiteradamente, que é cabível mandado de segurança contra ato judicial de qualquer natureza e instância, desde que ilegal e violador de direito líquido e certo do impetrante e não haja possibilidade de coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns.

Provenha o ato ofensor do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, o *mandamus* é o remédio heróico adequado, desde que a impetração, conforme anteriormente destacado, satisfaça os pressupostos processuais.

No tocante ao mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, agrega-se a essa questão histórica outras duas grandes dificuldades, a primeira a inexistência de previsão no bojo do Código de Processo Penal (lei que regula as ações autônomas de impugnação) e a segunda é a existência do *habeas corpus*, que, em tese, tornaria dispensável impetração desta outra ação de impugnação.

Cumpre observar que o *habeas corpus* é remédio constitucional destinado à proteção do direito à liberdade de locomoção, bem assim que nem toda ilegalidade praticada ao longo do processo atinge esse direito individual, sendo assim há de se concluir que haverá casos em que o *habeas corpus* não será cabível, surgindo a necessidade de impetração de mandado de segurança quando verificada uma ilegalidade ou abusividade perpetrada por um juiz ou tribunal em matéria penal.

Na prática forense penal utiliza-se muito o *habeas corpus*, entretanto o mandado de segurança tem servido, com excelentes resultados, para cobrir as lacunas deixadas pelo *habeas corpus.*

Nessa esteira é que sugiram muitas discrepâncias doutrinárias em relação à peculiaridades quando da impetração desta writ no juízo criminal, sua natureza jurídico processual, sua legitimação e a competência para se conhecimento.

4.1 Habeas Corpus e Mandado de Segurança

Diante da inexistência de um remédio jurídico próprio para tutelar direito líquido e certo violado pelo Poder Público, distinto do direito de locomoção, a doutrina e jurisprudência brasileiras ampliaram o conceito de *habeas corpus* com o fim específico de abarcar em sua essência outros direitos dos cidadãos.

Desta forma, não há como estudar o mandado de segurança no âmbito do direito criminal, sem que se proceda um exame breve do *habeas corpus.*

A destinação precípua da ação constitucional do *habeas corpus* é o direito a liberdade de locomoção, principal bem jurídico atingido na seara do direito penal.

O *habeas corpus* no Brasil foi inicialmente albergado pelo Código de Processo Criminal de 1832, e somente encontrou amparo constitucional na Carta de 1891, oportunidade em que surgiram diferentes entendimentos acerca da sua aplicação.

Nessa orientação, GRINOVER (2005, p.347):

> Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o habeas corpus, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e, finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do habeas corpus não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

O habeas corpus foi instrumento de tutela a direito fundamental garantido em todas as constituições que a essa se seguiram.

Cumpre aqui fazer referência ao movimento desenvolvido por Lessa ( ) e denominado "teoria do *habeas corpus*", por meio da qual se estende o campo de incidência do *habeas corpus*, transformando-o em mecanismo de proteção dos indivíduos contra atos ilegais da Administração.

Diante disso, o *habeas corpus*, que antes servia para proteger o direito de locomoção, teve sua destinação ampliada pelo artigo parágrafo 22 do artigo 72 da Carta de 1891, permanecendo até 1926.

Neste ano, adveio uma reforma constitucional que reconduziu o *habeas corpus* ao seu conceito tradicional, sendo que a partir daí começaram a surgir projetos legislativos visando a cobrir a área remanescente.

Apenas na Constituição de 1934 foi introduzido o instituto do Mandado de Segurança sendo o coroamento dessa evolução interrompida em 1926, e a proposição deste nome competiu a João Mangabeira, no artigo 10, parágrafo 21, do Anteprojeto da Constituição Federal.

O texto Constitucional determinava que novo remédio teria rito auto-executável, tendo os Tribunais aplicado-o imediatamente. Posteriormente o mandado de segurança a nível constitucional apenas foi excluído da Carta de 1937.

O legislador originário de 1988 tratou de excluir, expressamente, da atribuição do mandado de segurança, os direitos tutelados pelo *habeas corpus*, cabendo a este a primazia.

Assim, somente em não se tratando de ofensa ao direito da liberdade de locomoção – nem aos casos destinados à proteção do *habeas data* - é que será pertinente a impetração do mandado de segurança.

4.2 Natureza Jurídico Processual do Mandado de Segurança na Esfera Criminal

O mandado de segurança, no entendimento da maioria dos nossos doutrinadores, será sempre uma ação de natureza civil, mesmo quando relativo a ato de outra natureza (penal, tributário, trabalhista, dentre outros), dentre eles podemos citar: AMARAL (2004, p. 28), Rangel (2003, p. 868), CAPEZ (2001, p. 474), MIRABETE (2003, p. 732) e COSTA (1997, p.3 57).

O mandado de segurança, no entendimento de MORAES (2003b, p. 164), é "uma ação constitucional, de natureza civil".

Nesta linha de entendimento encontra-se também MEIRELLES (1989, p. 7-8) que, analisando o tema ora examinado, afirmou:

> Mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial. [...]Qualquer que seja a origem do ato impugnado (administrativo, judicial,civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc) o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil [...].

Sobre o tema ora analisado, a jurisprudência residente no anexo I, nº 03, já se manifestou favorável ao entendimento esposado pelos doutrinadores supra mencionados.

Embora a doutrina majoritária defenda a orientação acima demonstrada, segundo a qual o mandado de segurança sempre possuirá natureza civil, existem posicionamentos em sentidos diversos, consoante se demonstrará.

Inicialmente, oportuno proceder à seguinte observação. O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) – de certo porque anterior à edição da Lei nº 1.533/51 – pecou por não abarcar, no rol das ações autônomas de impugnação, o mandado de segurança em matéria criminal. Não bastasse a omissão inicial, manteve-se silente o legislador quando das alterações perpetradas no mencionado diploma desde então.

Não bastasse essa omissão, existem decisões que são proferidas ao longo do processo penal (interlocutória simples e interlocutória mista), contra as quais não cabe qualquer recurso específico. Assim, se o magistrado, por meio dessas decisões, perpetra ato inquinado de ilegal e abusivo, diante da ausência de recurso específico, ficariam as partes desprotegidas por uma tutela legal.

Em que pese o silêncio do CPP, não há como se esquecer que o mandado de segurança é instrumento cabível, também, contra atos ilegais ou abusivos da autoridade jurisdicional penal, sobretudo em razão de que a Constituição Federal vigente, quando no inciso LXIX do seu art. 5º prevê a ação de segurança, não faz qualquer restrição ao âmbito de sua aplicação. Ademais, por se tratar de garantia constitucional, não se pode pretender conferir efeito restritivo à sua interpretação.

Há doutrinadores (COGAN, 1990), que defendem ser de natureza penal o mandado de segurança impetrado no juízo criminal, quando estiver em discussão matéria processual penal, objetivando restringir a liberdade individual. Nesse sentido, válida se faz a seguinte transcrição:

> Nem sempre o mandado de segurança será ação civil. Tem ele cabimento dentro desse conceito quando, no processo penal, for empregado para *dirimir questões incidentais que, portanto, não ponham fim ao processo, e não digam respeito ao status libertatis do réu.*[...]
> Não podemos escoimar de ação civil um mandado de segurança interposto que vise obstar a soltura do réu, quando indevida, atingindo seu *status libertatis.*[...]

> Não podemos, de forma alguma, em mandado de segurança que vise matéria processual penal, com fim de restringir liberdade pessoal, entender que se trata de ação civil. [...], para nós, sempre que questão oriunda do processo penal visar restrição à liberdade do réu, entendemos que se trata de ação penal substitutiva de recurso inexistente ou ineficaz, tendo-se como ineficaz o recurso que não apresente efeito suspensivo, de modo a corrigir, de imediato, a ilegalidade praticada.

Outros, porém, entendem que, sempre que o mandado de segurança tiver por conteúdo matéria penal, sua natureza jurídica será de ação penal, ampliando, assim, a orientação supra. Nesse sentido: MOSSIN (1996).

> Com o específico fim de se dar uma largueza maior na lição inovadora trazida à baila por Machado Cogan, há de se admitir um sentido mais amplo na ação penal de mandado de segurança.
> Com efeito, nem sempre que o módulo restrição ou não de liberdade individual do acusado ou indiciado é elemento essencial para se classificar uma ação penal ou extrapenal.[...] Logo, desde que o mandado de segurança verse sobre matéria penal, terá ele o caráter de ação penal, aplicando-se relativamente a ele as normas gerais sobre ação penal (teoria geral), quer se trate de matéria vinculada à liberdade individual ou não do acusado ou indiciado [...].
> *Ad finiendum,* o tipo e ação que envolve o *writ of mandamus* terá sua configuração em conformidade com a matéria que versar o pedido nele contido.

É de suma importância a explanação acerca da conceituação, da classificação e da divisão da ação penal, a fim de se determinar qual a natureza jurídica da ação de mandado de segurança, quando impetrado no juízo criminal.

Segundo TOURINHO FILHO (2004a, p. 303), a ação penal é "o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de pedir ao Estado- Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante."

MARQUES (1998, p.284), por sua vez, ensina que a ação penal é "o direito de agir perante os juízes e tribunais da justiça criminal."

Ainda em conformidade com o vaticínio de Marques, a classificação da ação em de conhecimento, executiva e cautelar também é aplicável ao Processo

Penal, uma vez que atinente à Teoria Geral do Processo e não somente ao Processo Civil. Consoante ensina, "a ação penal de conhecimento é aquela em que a prestação jurisdicional consiste numa decisão sobre a situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal." (1998, p.298).

Com efeito, dentre as ações penais de conhecimento, haveria ação de natureza condenatória, visando ao reconhecimento de uma pretensão punitiva ou de aplicação de medida de segurança (como são exemplos os art. 102 a 107 do CP); outras de natureza declaratória, por meio da qual se pretende eliminar a incerteza em torno da existência ou não de uma relação jurídica disciplinada pelo Direito Penal (a exemplo do *habeas corpus*, consignado no inciso VII do CPP) e ainda constitutiva, que objetiva criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica regulamentada pelo Direito Penal material (art. 789 do CPP). (MARQUES, 1998, p.298-299).

A ação penal executiva é o instrumento adequado para aplicar a sanção prevista e a ação cautelar visa à obtenção de uma tutela jurisdicional instrumental, uma vez que serve de mecanismo para se garantir o sucesso de um processo de conhecimento ou de execução, sendo, pois, a providência nela conferida verdadeiramente provisória.

Assim se posiciona TOURINHO FILHO apud MARQUES (2004a, p.314), quando analisa a classificação proposta diz que: "não haja razão que impeça fazer-se tal classificação".

Vê-se, portanto, que a expressão ação penal não está adstrita à tutela jurisdicional penal condenatória, mas engloba toda e qualquer pretensão deduzida perante o juízo criminal.

Diante dessa breve análise é que se deve pautar a definição da natureza jurídica da ação do mandado de segurança, se civil ou se penal. Sem embargo do que é sustentado pela maioria da doutrina pátria e pela jurisprudência nacional, comungamos com o ensinamento segundo o qual o remédio constitucional, quando impetrado em juízo criminal, assumiria a natureza de ação penal, seja porque a Lei nº 1.533/51, ao alterar o Código de Processo Civil, não restringiu a aplicabilidade do remédio constitucional às causas cíveis, seja porque a pretensão deduzida no mandado de segurança ora analisado é de Direito Penal – e é esse elemento que, em última análise, distingue a ação civil da ação penal, não o elemento liberdade individual.

Com efeito, assim como as ações penais devem respeitar aos princípios orientadores do processo penal, que lhe são peculiares, também a ação mandamental, quando impetrado na seara penal, há que atentar para esses princípios, sob pena de afrontar as garantias constitucionalmente estabelecidas.

Corroborando com a tese ora sustentada, oportuna a transcrição do seguinte excerto doutrinário: MOREIRA, (2003)

> Olvidou-se de se disciplinar o Mandado de Segurança em matéria criminal, nada obstante sabermos que a regulamentação legal da matéria encontra-se na Lei nº 1.533/51, mas nada custaria adequar-se aquela lei às peculiaridades do sistema penal, com todas as características próprias de seus atos processuais. Uma pena!

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, embora não tenha se manifestado diretamente acerca da natureza jurídica, demonstrou, por meio da Súmula de nº 701, que, quando impetrado no juízo criminal, o mandado de segurança deve atentar para as peculiaridades respeitantes ao processo penal. Assim, válida a apresentação do inteiro teor da mencionada súmula: "no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo."(BRASIL, 2005).

É de crucial importância o correto estabelecimento da natureza jurídico-processual do mandado de segurança quando impetrado em face de ilegalidade cometida por autoridade jurisdicional penal, porquanto, em razão da relevância dos interesses em conflito; via de regra, o direito à liberdade, há de se observar princípios inerentes ao processo penal, que não são aplicáveis aos demais ramos, como, por exemplo, o princípio da não culpabilidade, também denominado por alguns, equivocadamente, de princípio da presunção de inocência.

Estabelecida a natureza jurídica do mandado de segurança impetrado no juízo criminal como sendo de ação penal, imperiosa se mostra a adoção de uma das orientações supra mencionadas, se daquela que defende existir no juízo criminal tanto o mandado de segurança com natureza de ação penal, como de ação extrapenal, ou se do entendimento segundo o qual sempre que impetrado no juízo criminal, terá o mandado de segurança natureza de ação penal.

Diante da análise dos posicionamentos supra, resta comprovado que a natureza jurídica do mandado de segurança quando impetrado em juízo criminal, embora mantenha seu aspecto de garantia constitucional, será sempre de ação penal não condenatória, independentemente de haver interesse civil a mover o impetrante, como se opera na hipótese de mandado de segurança impetrado contra decisão que inadmitiu ingresso de assistente do Ministério Público, onde há interesse extrapenal.

4.3 Legitimação no Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal

Destarte, consoante se demonstrou alhures, há de se aplicar ao mandado de segurança, no que se refere à legitimidade para ser parte, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo, a regra geral atinente às demais ações, ressalvadas algumas peculiaridades.

Assim, o mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional penal também deve se coadunar ao regramento geral, cabendo, nesta oportunidade, a análise, ainda que não exaustiva, da legitimação ativa e passiva, abordando algumas das situações mais verificadas na praxe forense.

4.3.1 Ativa

O essencial para o reconhecimento da legitimidade ativa, no mandado de segurança, é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio e não simples interesse a defender em Juízo. Não há confundir interesse com direito subjetivo líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança.

Embora no mais das vezes o mandado de segurança, em sede de processo penal, seja impetrado pelo Ministério Público, uma vez que a Constituição Federal e o CPP prevêem o *habeas corpus* para o acusado, não há qualquer restrição para que o *writ* seja impetrado pelos demais sujeitos da relação processual penal, bem assim pelo terceiro eventualmente prejudicado.

Com efeito, ao longo do processo penal, verifica-se a promoção de decisões ilegais ou abusivas, contra as quais não há recurso específico na legislação processual penal, restando lacuna a ser preenchida pela ação de segurança.

Diante dessa constatação, em cotejo com o teor do inciso LXIX do art. 5º da CF, cumpre proceder à análise da utilização do remédio constitucional por cada um dos sujeitos, seja o Ministério Público e o ofendido, seja o acusado, seja o terceiro e o advogado.

4.3.1.1 Impetração pelo Ministério Público

Inicialmente, tratar-se-á da legitimação do Ministério Público, que, consoante dispõe o inciso I do art. 32 da Lei nº 8.625/93 (BRASIL, 2005), possui legitimidade *ad causam,* bem assim capacidade postulatória para a impetração de mandado de segurança.

Segundo GRINOVER (1981), não pode haver dúvidas quanto à *legitimatio ad causam* ativa do M. P. para a ação de mandado de segurança contra ato jurisdicional. [...]

Conseqüentemente, tem o M. P. legitimação para a causa, no sentido da pertinência subjetiva da ação. E tal legitimação é ordinária, na medida em que a ação é exercida pelo próprio titular do interesse material afirmado na pretensão.

Leciona, ainda, a professora, que: o órgão do Ministério Público, legitimado para a impetração da segurança, é investido também de capacidade postulatória quando o writ se dirige contra ato jurisdicional, sendo a instituição o único árbitro da conveniência e da oportunidade da impetração, inclusive no que tange ao cabimento no caso concreto. (GRINOVER, 1981, p.396).

Duas são as principais justificativas para que o Ministério Público utilize o mandado de segurança criminal: a falta de recurso para impugnar a decisão interlocutória proferida e quando o recurso previsto não possuir efeito suspensivo.

Ensina Fernandes (2002, p.131) que:

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

Destarte, cabível o exame, ainda que superficial, das principais situações vislumbradas no processo penal, nas quais o *parquet* precisa utilizar o mandado de segurança, em face da ausência de recurso específico.

Por vezes, nada obstante o previsto no art. 366 do CPP, o magistrado indefere o requerimento de produção de prova urgente deduzido pelo membro do Ministério Público e, diante da sistemática do Código de Ritos, não há previsão de recurso específico para a reforma desta decisão, ainda que manifesta a ilegalidade ou abusividade. Nesta esteira, não há como se negar o cabimento da ação de segurança para que o promotor possa obter junto ao tribunal a reforma da decisão.

Outra importante utilização do *writ* por parte do Ministério Público é percebida quando, seja em sede de Juizado Especial, seja na Justiça Comum, em que pese manifestação em contrário emitida pelo representante do *parquet*, o magistrado determina a suspensão do processo, com base no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Nessa hipótese, há quem sustente o cabimento do recurso de apelação, ao passo que outros defendem ser o caso de recurso em sentido estrito.

Sucede que, da análise do teor do art. 581 do CPP, verifica-se o seu não cabimento para a suscitada questão. Quanto à apelação, considerando-se que a decisão concessiva de suspensão condicional do processo não tem natureza de sentença, inadmissível se mostra a apelação, com fulcro no art. 593 do CPP.

Assim, diante da ausência de recurso previsto, resta ao Ministério Público a impetração do remédio constitucional, visando a demonstrar que a suspensão determinada pelo juiz atingiu direito líquido e certo, uma vez que contrária à manifestação do órgão promovente da persecução criminal.

Válido ressalvar que, no pertinente à situação acima tratada, há divergência quanto à possibilidade ou não da concessão *ex officio* da suspensão, uma vez que, enquanto alguns defendem se tratar de direito subjetivo do réu, outros proclamam se tratar de prerrogativa do Ministério Público.

Repousa no anexo I, nº 4, decisões jurisprudenciais que corroboram o entendimento antes esposado.

Cumpre trazer à baila, ainda, a hipótese de o magistrado indeferir o requerimento de nova decretação da prisão preventiva deduzido pelo promotor, haja vista a inexistência de recurso específico, consoante se depreende da inteligência do inciso V do art. 581 do CPP. Dessa forma, havendo a negativa do juiz em redecretar a prisão preventiva requerida pelo Ministério Público, outro remédio não há senão a impetração do mandado de segurança. Sustenta FERNANDES (2002, p.134):

> 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.

Ademais, conforme já salientado, cabível se afigura o mandado de segurança quando da ausência de efeito suspensivo no recurso cabível. Assim ocorre, por exemplo, quando da decisão concessiva de liberdade provisória a favor de quem tem contra si imputada a prática de ato enquadrado como crime hediondo ou assemelhado, uma vez que o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90 reza:

> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I - anistia, graça e indulto;
> II - fiança e liberdade provisória. (BRASIL, 2005).

Sendo assim, como o recurso cabível contra a decisão mencionada, consoante estabelece o inciso V do art. 581 c/c art. 584 do CPP, não possui efeito suspensivo, cabível se faz a impetração do remédio constitucional.

Além dessa hipótese, cumpre lembrar que é possível a impetração do mandado de segurança pelo Ministério Público, dentre outras situações, para conferir efeito suspensivo ao agravo interposto contra decisão proferida pelo juiz da execução e à apelação interposta em face de sentença que admitiu albergue domiciliar não amparado na legislação.

4.3.1.2 Impetração pelo ofendido

Ultrapassada a análise acerca da importância do mandado de segurança para o *parquet,* passa-se ao exame da sua impetração pelo ofendido.

Ao longo do processo penal, duas podem ser as posições ocupadas pela vítima: seja de assistente do Ministério Público, seja como substituto processual, quando disser respeito a ação penal condenatória de iniciativa privada (propriamente dita ou subsidiária da pública), hipótese em que atuará à semelhança do Ministério Público.

Assim, enquanto substituto processual, afora quando envolver o uso de prerrogativas decorrente da atividade profissional, a utilização do mandado de segurança pelo ofendido será análoga ao já abordado quanto ao *parquet.*

Ainda no que respeita ao ofendido, oportuna a menção das seguintes situações em que se valerá do mandado de segurança. A mais comum é referente à hipótese de o juiz indeferir o seu requerimento de ingresso como assistente do Ministério Público, uma vez que, com fulcro no art. 273 do Código de Processo Penal, não cabe recurso em face dessa decisão.

Outra circunstância em que se afigura cabível a impetração do *writ* pelo ofendido são nos casos de quebra de sigilo bancário da vítima, em decisões proferidas sem fundamentação legal, podemos vislumbrar na ementa referente a decisão proferida no Mandado de Segurança 2005.009631-2, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que repousa no anexo I, nº 5.

4.3.1.3 Impetração por terceiros

O mandado de segurança, conforme acima afirmado, pode ser impetrado por terceiros, quando estes visarem ao resguardo de interesses civis e patrimoniais violados ou ameaçados por medidas assecuratórias previstas nos art. 125 a 144 do CPP, bem assim em qualquer das hipóteses de afronta ao dever de sigilo profissional, seja bancário, seja médico, dentre outros.

A título de exemplificação trazemos no anexo I, nº 06, o acórdão oriundo da decisão proferida na ação de Mandado de Segurança nº 67074-6, no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Ainda demonstra a possibilidade de impetração do mandado de segurança por terceiro o disposto na Súmula nº 202 do STJ.

Também os advogados podem impetrar mandado de segurança em sede de processo penal, a fim de garantir o exercício da atividade profissional, a exemplo do que sucede quando da negativa de vista dos autos fora do cartório. Nessa mesma orientação, o seguinte excerto doutrinário: "os advogados de quaisquer dos sujeitos processuais podem impetrar mandado de segurança para garantia do seu exercício profissional". (FERNANDES, 2002, p.136).

Corrobora com o mencionado posicionamento a decisão, respeitante ao MS 2001.01.00.031862-8/GO, julgado pelo TRF – Primeira Região, que dormita no anexo I, nº 07.

4.3.1.4 Impetração pelo acusado

Por fim, imperiosa a abordagem acerca da impetração do mandado de segurança para tutela de direito do acusado, quando da inexistência de recurso e incabível o *habeas corpus* ou quando inexistente o efeito suspensivo no recurso cabível.

Como na maioria das situações visualiza-se a ofensa ou ameaça ao direito individual de liberdade, contra as ilegalidades e abusividades promovidas ao longo do processo penal faz-se aplicável o *habeas corpus*.

Contudo, não se pode perder de vista que há situações em que não se afigura cabível esse remédio, havendo que se socorrer ao mandado de segurança. Uma dessas situações é facilmente percebida quando da análise da lei de crime ambiental, uma vez que, como já mencionado alhures, se imputa a responsabilidade penal à pessoa jurídica, contra a qual não se admite a aplicação da pena de restrição de liberdade, tornando inviável a impetração do *hábeas corpus.* Essa é a

posição adotada pela jurisprudência dos tribunais pátrios, as quais uma delas foi transcrita no anexo I, nº 08.

Diante dessa primeira consideração, verifica-se o cabimento do mandado de segurança também para proteção de direitos líquidos e certos do acusado.

Em obra destinada ao estudo do mandado de segurança no juízo criminal, Agamenon Bento do Amaral analisa algumas "hipóteses de cabimento do MS no juízo criminal" (2004, p.29), sendo a maior parte delas destinadas à tutela de direitos do acusado. Podem ser citadas, assim, as seguintes situações trazidas à baila pelo autor: remoção do preso quando cumprir pena em cidade distinta daquela em que reside sua família; indeferimento do requerimento de prisão especial; contra apreensão de coisa em excesso para fundamentar ação penal por ato que configure delito contra a propriedade industrial. (2004, p.30-38).

Na jurisprudência brasileira, encontram-se decisões admitindo a impetração do *writ* pelo denunciado em diferentes situações, consoante se depreende da inteligência dos acórdãos dormitantes no anexo I, nº 09.

4.3.2 Passiva

Inicialmente, impende destacar que a legitimidade passiva respeitante ao mandado de segurança contra ato jurisdicional criminal é mais restrita que o rol dos legitimados passivos em relação aos atos de outra natureza, uma vez que só figura como autoridade coatora o juiz ou tribunal. (MOSSIN,1996).

Contudo, embora a autoridade coatora seja, no dizer de Mossin, "o juiz ou o tribunal", a parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda será o juízo,

pois, consoante já amplamente explanado linhas acima, a legitimidade passiva é conferida à pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade coatora.

Nesse sentido PAPPEN (2005, p.8), o seguinte excerto:

> A parte passiva no Mandado de Segurança conforme a doutrina prevalente não é a autoridade coatora, não é o informante, mas sim é a entidade de direito público a cujo serviço a mesma autoridade se encontra. O ato impugnado é do ente público e não ato pessoal do funcionário. A pessoa jurídica de direito público tem capacidade processual para comparecer a lide, é a parte passiva do mandamus. A autoridade coatora somente comparece para prestar informações. individualmente o funcionário não pode representar o Estado, pois contraria o princípio da hierarquia e diluiria a personalidade jurídica deste.

Diante dessa premissa, correto se faz afirmar que, no tocante a ato judicial, embora o juiz esteja a agir como órgão do Estado, a legitimidade passiva será da pessoa jurídica a que integre os quadros o magistrado ou o órgão colegiado, sendo, pois, o juízo ou tribunal.

Analisando essa questão, assim se posicionam GRINOVER *apud* GOMES FILHO e FERNANDES (2005, p.407):

> Legitimado passivo do *writ,* mesmo contra ato jurisdicional, é hoje considerado preferencialmente a pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade coatora.
> Não se aplica ao mandado de segurança contra ato jurisdicional as considerações sobre a legitimação passiva no *habeas corpus*, porquanto no primeiro autoridade coatora não é o juiz, pessoa física, mas o juízo.

Algumas considerações hão de ser estabelecidas acerca da legitimidade passiva, uma vez que, conforme ensinamento esposado por Barbi (1987, p.197), "o problema da integração da lide pelo interessado no ato judicial impugnado é muito mais grave" do que nas demais situações.

Com efeito, quando se trata de ato judicial, diferentemente do que se verifica nas demais hipóteses de cabimento do remédio constitucional, a

Administração Pública não tem, via de regra, interesse na resolução do conflito, em que pese o juiz agir em nome do Estado.

"O verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte na demanda onde foi proferido o despacho impugnado. Este é o verdadeiro vencido, se julgado procedente o mandado de segurança." (BARBI, 1987, p.197).

> Assim sendo, na interposição de mandado de segurança pelo Ministério Público contra decisão judicial penal favorável à defesa, será o réu litisconsorte passivo necessário [...], impondo-se sua citação, sob pena de nulidade."

Eis, pois, a configuração e as peculiaridades da legitimidade passiva do mandado de segurança impetrado em face de ato de autoridade judicial criminal.

4.4 Da Competência em Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal

Restou demonstrado em momento anterior que as regras de competência, também no concernente à ação de segurança, encontram-se fixadas, primordialmente, na Constituição Federal vigente e, uma vez existindo lacuna nas suas normas, deverão ser aplicadas supletivamente – e no que não lhe contrariar –, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei de Organização Judiciária e o Regimento Interno de cada tribunal.

Assim, é a partir desta primeira análise que se inicia a determinação do juízo competente para conhecer do mandado de segurança remédio constitucional impetrado.

Cumpre, nessa oportunidade, analisar de forma um pouco mais detida, o instituto da competência no que se refere ao conhecimento do mandado de

segurança impetrado em face de ato jurisdicional penal, embora não sejam numerosas as suas particularidades frente às demais ações autônomas de impugnação admitidas no ordenamento jurídico nacional.

Assim, MACHADO (2005, p.1), em trabalho intitulado "Competência no Mandado de Segurança – Peculiaridades", defende que:

> A competência para processar e julgar mandado de segurança é definida em função da qualificação (federal, estadual ou municipal) e da hierarquia da autoridade pública ou da delegação titularizada pelo particular, não sofrendo alteração em virtude de posterior elevação funcional. Note-se que pouco importa, para fixação da competência, a matéria a ser discutida no mandado de segurança.

Sucede que, consoante sustentado ao longo desta pesquisa, embora silente o CPP, não há como se negar a existência de mandado de segurança criminal, uma vez que se trata de remédio com sede constitucional, não se admitindo interpretações restritivas na sua aplicação.

Diante desse paradigma, válida se afigura a seguinte transcrição jurisprudencial colacionada por BETANHO apud FRANCO; STOCO (2004, p.2038):

> O remédio processual do mandado de segurança é de ordem constitucional e tanto pode ser competente contra ato de autoridade civil como criminal que importe em violação de direito líquido e certo. Na distribuição da competência funcional, o que a determinará é a matéria versada na impetração.

Em estudo destinado ao mandado de segurança em matéria penal, assim registrou MOSSIN (1996, p.129):

> O instituto da competência em matéria de mandado de segurança em sede penal tem um alcance bastante significativo, já que compreende ela a cognominada competência originária (direta), como também a recursal, as quais em nível de tribunal são equacionadas dentro da competência funcional vertical (em razão dos recursos e *ratione materiae*).

Tendo em vista que no mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, o ato inquinado de ilegal ou abusivo há de ter sido perpetrado por juiz ou

tribunal, a competência para conhecer e julgar será do "órgão jurisdicional competente para rever, em grau de recurso, as decisões do juiz ou do tribunal cujo ato foi atacado pelo *writ*." (GRINOVER *et al.*, 2005, p.413).

O entendimento ora defendido encontra ressonância com a jurisprudência pátria, conforme retratamos no anexo I, nº 10.

Cumpre proceder a algumas ponderações no que pertine à competência do STF e do STJ para julgar mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal, consoante disposto no inciso VI do art. 21 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não tem competência para conhecer de mandado de segurança impetrado frente a ato de qualquer tribunal, sendo essa, ademais, a orientação adotada pela jurisprudência daquele tribunal.

Nessa orientação a Súmula nº 330 do STF: "o Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos tribunais de justiça dos Estados". (BRASIL, 2005).

Também o Superior Tribunal de Justiça carece dessa competência, nos exatos termos da Súmula nº 41, que reza: "o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos." (BRASIL, 2005).

5 ALGUMAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO JUÍZO CRIMINAL

Tecidas estas considerações sobre mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, apresentaremos a seguir algumas hipóteses, afora as citadas anteriormente, que tornaria admissível a utilização do *mandamus* como instrumento eficaz para a restauração do direito individual tido como violado, no caso do ordenamento jurídico não prevê recurso específico para restituir este direito.

5.1 Remoção do Preso quando no Cumprimento da Pena

Embora não seja um direito absoluto do condenado o cumprimento da pena no mesmo lugar onde residia sua família, tal circunstância constitui importante auxílio na eventual recuperação e sua inobservância prejudicará uma política criminal sadia.

Nestes casos o entendimento jurisprudencial tem admitido a interposição do writ, com a finalidade de conciliar os interesses do condenado relativamente à proximidade com sua família, e aquele próprios de uma eficaz política criminal de recuperação do sentenciado.

5.2 Indeferimento de Pedido de Prisão Especial

Outra hipótese de interposição do mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo judicial é aquela que se refere ao indeferimento do pedido de

prisão especial. Inexiste na legislação processual penal, disposição recursiva a respeito, ficando o direito do interessado a descoberto da proteção legal.

Nesse caso, por tratar-se de direito subjetivo do indivíduo, que não lhe pode ser subtraído se atendida as condições contidas no artigo 295, do Código de Processo Penal, a única solução que se nos afigura plausível a ser obtida é a interposição do *mandamus.*

5.3 Indeferimento de Pedido de Assistência ao Ministério Público

Uma outra hipótese que pode ocorrer no curso do processo penal, cujo único remédio para corrigir a ilegalidade ou abuso do poder judicial seria a adoção do writ, consiste no indeferimento do pedido de assistência ao Ministério Público, formulado pelo ofendido ou seu representante legal (CPP, artigo 268) ou, por qualquer das pessoas constantes do artigo 31 do mesmo diploma legal.

O instituto da assistência ao órgão ministerial por familiares do ofendido constitui, indubitavelmente, direito liquido e certo deste último ou de seus familiares e, de modo algum, pode ser indeferido pelo magistrado estando satisfeitas as condições para tanto.

5.4 Indeferimento ou Deferimento de Exame de Insanidade Mental do Acusado

Outra questão que tem suscitado debate no cenário jurídico, é relativamente ao deferimento ou indeferimento não devidamente justificado do pedido de insanidade mental do acusado no curso do processo penal.

No caso de indeferimento ou deferimento o que estará em jogo é a necessidade de averiguar a plena ou semi-responsabilidade penal do autor do delito, pois, se no caso de não admitir a realização do exame pericial para constatação de eventual enfermidade mental, sem qualquer possibilidade recursal, correr-se-á o risco de colocar-se num cubículo alguém portador de doença mental com grave perigo à sua própria integridade corporal ou á de outro condenado.

Para as duas situações têm se admitido a impetração de mandado de segurança contra decisão do juiz, pois se assim não o fosse estar-se-ia cometendo grave atentado á lei e ao direito subjetivo individual, direito esse garantido de forma constitucional.

5.5 Para evitar Desentranhamento de Documentos

Em princípio todos os documentos constantes no processo, desde sua fase preambular, que tenham sido juntados pela autoridade policial ou principalmente pelo acusado, não devem se desentranhados porque interessam ao deslinde da questão penal já que podem constituir elementos visíveis de prova.

Os documentos sejam de caráter público ou privado, produzidos pelas partes – inclusive pelo órgão do Ministério Público – não devem ser excluídos do processo sob nenhum pretexto, exceto os que forem falsos ou obtidos por meios ilícitos, porque senão estaríamos ceifando o direito das partes de comprovar suas alegações, quando essas dependerem da produção daquelas.

Adora as hipóteses mencionadas, qualquer ato ou decisão no sentido mencionado, importará em ofensa ao direito subjetivo da parte que, no casão, se apresentará liquido e certo, passível de correção via remédio do mandado de

segurança, pois inexiste no estatuto processual penal recurso específico para sanar ou neutralizar o ilegalidade cometida.

5.6 Contra Apreensão de Coisa em Excesso para Fundamentar Ação Penal por Crime Contra a Propriedade Industrial

A hipótese acima mencionada é outra que tem suscitado a atenção dos tribunais no sentido de repelir a constrição de bens do patrimônio particular, em excesso, para fundamentar a ação penal por crime contra a propriedade industrial disciplinada pelo Decreto lei nº 7.902, de 27.08.1945 (Código de Propriedade Industrial).

O entendimento que se tem adotado é que somente as coisas ou bens que constituam propriamente o corpo de delito é que podem ser objeto de apreensão para ulterior realização da perícia, que irá fundamentar ação penal.

Como de trivial sabença, o direito de propriedade é uma garantia constitucional, qualquer violência ou constrição não plenamente justificada ou excessiva, constituirá inegável atentado aquele direito protegido constitucionalmente. Daí emerge o entendimento que já se firmou e pelo qual o cidadão, uma vez tolhido no seu direito de propriedade, pode impetrar a segurança para sustar os efeitos do ato lesivo que pesa sobre ele.

5.7 Para o Advogado comunicar-se Pessoal e Reservadamente com o seu Cliente

O direito do advogado de comunicar-se, reservadamente, com o seu constituinte, constitui inegavelmente, uma garantia assegurada pela Lei Federal nº

8.906/94(Estatuto da Advocacia e da OAB), artigo 7º, inciso III, em consonância com o que dispõe o inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Para que a defesa do preso ou detido se faça segundo os ditames constitucionais, não se poderá e nem se deverá restringir ou dificultar o acesso e contato profissional do advogado com aquele, sob pena de cometimento de grave ilegalidade por parte da autoridade constituída, passível da utilização imediata do mandamus para sanar tal situação.

5.8 Vista ou Retirada de Autos pelo Advogado

A questão relacionada à vista ou retirada de autos, afora o exame destes até mesmo sem o devido instrumento de mandado, foi disciplinada pelo inciso XV, do artigo 7º, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), que estabelece que o direito de vista a autos judiciais ou administrativos que qualquer natureza, nas dependências cartoriais ou administrativas, desde que esteja habilmente representado, podendo inclusive retirá-los na conformidade dos prazos previstos em lei.

Especificamente, quando se tratar de processo penal, tem o advogado o direito de ter vista dos autos fora do cartório para oferecimento das alegações finais, por exemplo, tendo ficado derrogada a disposição restritiva do artigo 501, do Código de Processo Penal conforme entendimento do Pretório Excelso.

Quando se tratar de processos findos, sejam de que natureza forem, tem o advogado o legítimo direito de retirá-los pelo prazo previsto na lei federal própria – dês dias, mesmo sem a constituição do mandado procuratório.

Desta maneira, a proibição ou vedação, por ato verbal ou escrito, da retirada de autos por parte da autoridade judiciária ou administrativa, constituirá gravame indevido e abusivo, passível de correção, via mandado de segurança, pela parte diretamente interessada ou pelo patrono que vier a ser constituído.

5.9 Para o Réu Acompanhar Perícia e Oferecer Quesitos

Oferecer quesitos e acompanhar a perícia por parte do réu é questão de enorme relevância, tendo em vista o princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

No processo penal é de muita importância observância do principio da igualdade jurídica entre as partes, ou seja, entre o Ministério Público e o réu.

Em razão disso, qualquer prova requerida por uma das partes ou, ordenada pelo magistrado ex officio, deverá obedecer ao princípio do contraditório, facultando-se ás partes a oportunidade para que possa acompanhar a sua produção, oferecendo os quesitos que entender pertinentes.

Destarte, toda omissão judicial ou o indeferimento por parte do magistrado de prova requerida pelas partes, ou, a não intimação das partes para acompanhar e fiscalizar a realização das mesmas, importará em grave ofensa a direito líquido e certo, sanável pelo uso do remédio heróico do *mandamus*, no caso de não haver recurso processual cabível ou, em o havendo, não tenha efeito suspensivo.

5.10 Contra Fechamento de Estabelecimento de Diversões Públicas

Quando se fala em fechamento de estabelecimento de diversões, referimo-nos ao ato abusivo e ilegal por parte da autoridade constituída – seja ela a policial ou judicial, que, sem o cumprimento das formalidades legais assim age.

O funcionamento de qualquer casa de diversão pública dentro do município, pressupõe por parte do proprietário o atendimento duma serie de exigências administrativas e fiscais, previstas em lei, antes da concessão temporária do denominado "alvará".

Sendo assim, não pode a autoridade policial ou judiciária, mesmo levando-se em conta o seu poder de polícia que não é ilimitado, determinar ou empreender o fechamento de algum estabelecimento de diversão pública que esteja legalmente autorizado a funcionar sem antes, atender as formalidades para aquele fim.

Mesmo que, em tese, no aludido estabelecimento esteja sendo praticado um delito, ainda que agravado pela circunstância da participação de um menor, não confere a autoridade o poder discricionário de fechamento do local sem percorrer caminhos administrativos próprios traçados pela lei para a prática de tal ato.

Praticando este ato a autoridade cometerá uma verdadeira arbitrariedade e abuso de poder, passível de correção pela pronta interposição do *mandamus*, já que contra aquele ato não existe remédio processual legal a ser adotado pelo agente prejudicado para a reparação do direito violado.

5.11 Contra Decretação Ilegal ou Abusiva de Seqüestro de Bens Imóveis

O legislador processual, através do artigo 125 e seguintes do Código de Processo Penal, procurou salvaguardar os direitos do ofendido quando vítima de crimes, colocando a seu dispor medidas processuais que denominou de assecuratórias, constantes no artigo VI do Título VI, sendo elas o seqüestro, o aresto e a hipoteca legal.

Tais medidas, segundo a lei processual, poderão ser requeridas pelo ofendido ou, na sua falta, pelas pessoas indicadas no artigo 31 do estatuto processual, ainda na fase inquisitorial ou em juízo, e destinam-se a prevenir sobre eventual prejuízo de ordem econômica em razão da demora na tramitação do processo penal.

O pressuposto lógico e jurídico, segundo a lei processual penal, para o requerimento de qualquer das medidas enunciadas, baseia-se na ilicitude da procedência dos bens do acusado, ou seja: que tais bens(móveis ou imóveis) encontrados em poder do acusado tenham sido adquiridos com os proventos resultantes da infração penal.

Em decorrência, como se tem entendido doutrinariamente, somente os bens que tenham sido adquiridos com o produto da infração é que poderão sofrer constrição judicial, ficando quaisquer outros, adquiridos ou recebidos anteriormente a infração, excluídos de tal constrição.

Com relação ao remédio heróico do mandado de segurança, vasto segmento da jurisprudência o tem admitido na hipótese de o acusado poder comprovar cabalmente que tais bens, que se pretende seqüestrar, já integravam o

seu patrimônio anteriormente ao cometimento da infração, sendo certo o deferimento da segurança.

5.12 Contra a apreensão de qualquer bem por suspeita de ter sido furtado

Por inúmeras vezes, o particular tem sido despojado de algum dos seus bens por medida arbitrária da autoridade policial ou ordem judicial que, em nome de cuidadosa e determinada investigação, abusa de seu poder atingindo o patrimônio do cidadão.

O proprietário comprovando através de documentos hábeis, que o bem está devidamente regularizado, não obtém sucesso na sua liberação, deve ingressar com mandado de segurança perante o juízo competente, requerendo a liberação liminar do bem demonstrando o prejuízo que vem enfrentando.

5.13 Ao Preso Condenado para Obter Progressão ou Livramento Condicional em Caso de Omissão dos Órgãos Públicos

Em determinados casos concretos, já se deferiu o mandamus, diretamente impetrado ao Juiz da Execução Penal quando o pedido formulado pelo apenado, não tem tramitação regular por inércia de determinados órgão públicos.

Assim, por exemplo, se o apenado ingressa com o pedido de progressão de regime e não tem seu requerimento examinado pela Comissão Técnica de Classificação em prazo razoável, assiste-lhe o direito de pleitear através de Mandado de Segurança junto ao juiz de execução penal o benefício mencionado, suprindo desta forma a omissão apontada.

O remédio também alcança os pedidos de livramento condicional, entre outros.

5.14 Para Obter Efeito Suspensivo a Recurso que não o tenha

Algumas situações processuais em que, embora havendo recurso específico, não importando a sua nomenclatura, ele não contem efeito suspensivo capaz de sustar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão do magistrado no processo sobre determinada questão e considerado abusivo ou ilegal.

Não tendo a norma legal estabelecido o mencionado efeito suspensivo, para um determinado tipo de recurso correspondente a uma situação processual, que interessa a uma das partes no processo, é possível que aquele ato ou decisão prolatada possa vir a causar danos de qualquer ordem ao direito subjetivo do acusado, da vítima, eventualmente representada pelo Assistente do Ministério Público.

Esta possibilidade de prejuízo, que possa ser suportado por uma das partes antes mencionada, constitui o *periculum in mora*, qual seja, a possibilidade da ocorrência da irregularidade do dano causado que, no caso concreto, só poderá se evitada com a suspensão do ato tido por ilegal, através de recurso próprio, então robustecido com o aludido efeito.

Nesta linha de consideração, vejamos, pois, algumas hipóteses em que juridicamente seria possível a utilização do remédio heróico como meio expedito para impedir o eventual gravame a um direito individual do acusado, ou mesmo se já praticado o ato ou exarada a decisão interlocutória, restaurar direito então ferido com o bloqueio da decisão então impugnada.

5.14.1 Em caso de pronúncia do acusado

Sabe-se que nesta hipótese, um dos efeitos intrínsecos desta modalidade de prisão processual é a decretação da prisão do pronunciado, com fundamento no artigo 408, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal.

No caso de prisão por pronúncia, o juiz deve, por imperativo legal, examinar o acusado é primário e tem bons antecedentes, fato que, se constatado, autorizaria a não-decretação de sua prisão, se estiver em liberdade.

Não tendo o magistrado se pronunciado a respeito da primariedade e antecedentes do réu para efeito de aplicação do citado dispositivo, decretando, incontinente, a prisão daquele, configurada estará a ilegalidade pelo não exaurimento da prestação jurisdicional, e deste modo, interposto o recurso em sentido estrito, para ele poder-se-á pleitear a concessão de efeito suspensivo visando inibir a iminente prisão.

Neste caso, competirá o réu comprovar a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o primeiro consistente no seu direito de ver sua situação examinada pelo magistrado á luz do parágrafo segundo, do artigo 408, do CPP e o segundo a comprovação do iminente perigo á sua liberdade individual, para verificação da determinação de sua prisão.

5.14.2 Contra a cassação ou quebramento de fiança

A fiança constitui um direito público subjetivo, assegurando constitucionalmente ao acusado. Sendo ele cassada ou julgada quebrada pelo magistrado, fora das hipóteses legais, caracterizado estará o gravame ao direito do

acusado, autorizando a interposição do correspondente recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, incisos V e VII, do CPP.

Como nessas hipóteses, não existe o recurso de efeito suspensivo, legítima será a interposição do mandamus para obter a suspensão das conseqüências do ato judicial, evitando a ocorrência de dano irreparável com a sua eventual e conseqüente prisão já decretada.

5.14.3 Na revogação do sursis

Pela sistemática do Código de Processo Penal, as hipóteses de revogação da suspensão condicional da pena comportam o manejo do recurso em sentido estrito. Este instituto foi redisciplinado pele Lei 7.209 de 11 de julho de 1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal.

Com o advento da Lei de Execução Penal, o recurso cabível contra tal hipótese passou a ser o Agravo, também chamado jurisprudencialmente de agravo de execução. Para este recurso foi negado, expressamente, o efeito suspensivo, sendo que toda e qualquer decisão do juiz da execução será logo executada.

Não obstante interponha o apenado o competente recurso de agravo, não conseguirá impedir os efeitos da decisão do juiz da execução, tendo que executar aguardar o resultado do julgamento pela instância superior.

Deste modo, não o agravo interposto o efeito suspensivo, outro remédio jurídico não haverá senão a adoção do mandamus, para impedir a irradiação dos efeitos da decisão recorrida.

5.14.4 Em caso de regressão do regime de pena

A Lei de Execução Penal, através de seu artigo 112, estabeleceu o sistema progressivo para a execução da pena, ou seja, a passagem do regime mais rigoroso para os demais de natureza mais branda, bem como a regressão de regime que vem a ser a transferência do preso do regime mais ameno para o mais rígido.

Na hipótese de regressão de regime, antes de lhe ser decretada a regressão, o apenado dever ser ouvido a respeito, tal fato não impede o seu encarceramento para o regime mais rigoroso, por ordem da autoridade prisional.

Após a realização de um sumário procedimento administrativo no estabelecimento prisional, é o apenado encaminhado ao juízo da execução penal para apreciação judicial dos motivos que ensejam a regressão, para depois ser prolatada uma decisão regredindo ou não o condenado de regime.

Em face de tal situação, resta ao preso apenas o caminho do recurso de agravo, como previsto no artigo 197, da LEP, sem efeito suspensivo.

Para suspender os efeitos desta sentença o apenado poderá interpor o mandado de segurança.

5.14.5 Ao recurso interposto contra despacho que concedeu saída temporária a preso condenado por crime hediondo

Quando o juiz da execução, ao arrepio da lei, concede ao apenado por crime hediondo o benefício da saída temporária, cabe ao agente do Ministério

Público o direito de ingressar com o agrave de execução e, simultaneamente, ingressar com o mandado de segurança para ser conferido efeito suspensivo a decisão, para ver restaurado o império da lei.

5.14.6 Para concessão de efeito suspensivo a agravo em execução contra decisão que indeferiu pedido de prisão domiciliar, quando ausente na comarca casa de albergado

O Estado possui a obrigação de prover o sistema carcerário com o tipo de estabelecimento adequado ao cumprimento da pena imposta ao réu, não podendo evidentemente o Poder Judiciário acolher a tese relativa a omissão do Poder Público e assim negar ao réu o direito ao benefício instituído por lei.

A inércia do Estado no provimento de casas de albergado para que detentos cumpram pena em regime semi-aberto, não autoriza o Judiciário, quando do pronunciamento judicial, sacrificar os direitos individuais das pessoas submetidas a julgamento ou já definitivamente condenadas.

Nestas circunstancias caberá á parte prejudicada ingressar com o competente recurso de agravo em execução, utilizando o mandado de segurança, para dar efeito suspensivo a decisão.

5.15 Algumas Aplicações do Mandado de Segurança na Lei nº 9.099/95

A Lei nº 9.099/95 representou um memorável avanço na Política Criminal sob muitos aspectos, dentre eles porque instituiu preceitos de caráter despenalizador, propiciando condições para a adoção de formas alternativas de

cumprimento de pena, bem como parâmetros para a concretização da transação penal sem descurar da necessária atenção aos direitos da vítima.

Como se não bastassem estes pontos, estabeleceu a suspensão condicional do processo a ser proposta pelo agente do Ministério Público, como determinado no artigo 89, da supra mencionada lei.

Apresentaremos a seguir algumas hipóteses que, ao nosso ver, admitem a propositura do mandado de segurança antes as lacunas encontradas no texto legal e para evitar o perecimento do direito de algumas das partes intervenientes no processo criminal.

5.15.1 Quando o juiz indefere a suspensão do processo requerida pelo Ministério Público na forma do artigo 89, da Lei nº 9.099/95

Considerando o caráter despenalizador da norma legal, o acusado que preencha os requisitos legais previstos no artigo 89, da Lei 9.099/95, gozará do direito a suspensão do processo, tratando-se inclusive de direito subjetivo do acusado.

Fora das hipóteses de não estarem presentes os requisitos do artigo *antes* mencionado, ao magistrado não será lícito negar a aplicação da medida, sob qualquer pretexto. Se o fizer, estará extrapolando o seu poder discricionário, incorrendo em flagrante abuso de autoridade, passível de imediata correção pelo interposição do mandamus, ante a ausência de recurso próprio instituído na lei em análise.

5.15.2 Quando o juiz defere a suspensão do processo proposta pelo Ministério Público

Adotando-se os mesmos fundamentos antes expostos quanto ao deferimento, caberá a vítima, por seu advogado constituído ou habilitado como assistente do Ministério Público, promover o competente mandado de segurança, com o fito de obter em 2ª instância a desconstituição da decisão deferitória da suspensão do processo considerada ilegal ou abusiva.

5.15.3 Quando o juiz indeferir a proposta do Ministério Público de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa

No caso em tela, entendemos que a decisão do juiz do primeiro grau se configura abusiva e arbitrária porque a aceitação da transação penal por parte do autor da ação constituiu um ato de única e exclusiva vontade do acusado, não podendo o magistrado indeferir a pretensão, salvo se ocorrer alguma das hipóteses inseridas no parágrafo segundo, do artigo supra mencionado.

Em conseqüência havendo indeferimento judicial relativamente á proposta do Ministério Público para aplicação de pena restritiva de direito, legítima será a interposição, pelo autor do fato, de mandado de segurança contra aquela decisão.

5.15.4 Quando o Ministério Público não oferece, juntamente com a denúncia, proposta para a suspensão do processo

Preenchendo o indigitado os requisitos no artigo 89, da Lei 9.099/95, combinado com o artigo 77, do Código Penal, defeso será ao Ministério Público o não oferecimento da proposta de suspensão do processo.

Por tratar-se de instrumento de dupla natureza, processual e penal, cujos reflexos de utilização vem em benefício do próprio acusado, o não oferecimento da proposta de suspensão implicará no ferimento do direito subjetivo do acusado, que assim se verá despojado de um benefício legal que poderá redundar na extinção da punibilidade do crime cometido na forma preconizada pelo parágrafo 5º do artigo 89, da Lei em análise.

O princípio da obrigatoriedade legal pelo qual, num primeiro momento, órgão do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia, cede lugar ao princípio da discricionaridade regrada ou oportunidade regrada, pelo qual, o agente ministerial, estando presentes os requisitos legais para a suspensão, é obrigado a formulá-la sob pena de evidente abuso de poder passível de correção pelo manejo do writ of mandamus.

5.15.5 Quando não houver homologação judicial do acordo acerca dos danos civis

A Lei 9.099/95, pelo artigo 74, estatui a possibilidade de existência da composição civil acerca dos danos causados pelo autor do fato e a vítima. Essa possibilidade de conciliação será conduzida pelo juiz ou pelo conciliador, devendo ser homologada pelo juiz na forma da lei.

Nessa conformidade tratando-se de direito consubstanciado no acordo de vontade das partes, não haverá lugar para recusa judicial por se tratar de direito disponível das partes envolvidas.

Ao magistrado caberá apenas verificar a legitimidade e manifestação das partes para subseqüente chancela judicial.

Entretanto poderá ocorrer do juiz, entenda de interferir de modo abusivo e ilegal na composição do acordo. Neste caso não deverão as partes aceitar tal ingerência porque se o acordo se baseou em objeto lícito e condições normais de cumprimento, tem ele valor legal, sendo insuscetível de modificação por puro arbítrio da autoridade judicial, que estará agindo em flagrante desrespeito à vontade das partes, e contra a vontade expressa da lei, cabendo a interposição do mandado de segurança para modificar esta situação.

5.15.6 Contra o indeferimento judicial sobre pedido da vítima para propor a aplicação imediata da pena restritiva de direito ao autor do fato a ser especificada em proposta

Tratando-se de hipóteses de ação privada onde o interesse predominante é da própria vítima, não se compreende não possa ela, validamente, propor a aplicação de pena restritiva de direito ou multa, quando através de proposta vislumbrar a possibilidade de obter a reparação dos danos por ela sofridos e que, na fase de composição de danos, não pode ser alcançada.

Nesse particular enumeramos os crimes de lesão corporal leve e culposa, e acreditamos ter a vítima legitimidade jurídica principal para oferecer proposta relativa à aplicação de sanção restritiva de direito, pois na verdade, fora a vitima a parte lesada e para o qual, o direito estabelece a possibilidade de reparação.

Em conformidade com este entendimento é incontestável permitir o ajuizamento do mandamus perante o órgão de segundo grau para fazer valer o direito da vítima, independentemente da iniciativa do órgão ministerial porque, no caso a hipótese é de infração de natureza privada ou condicionada à representação que somente a parte ofendida cabe decidir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mandado de segurança foi instrumento associado à tutela dos direitos individuais dos cidadãos em face do arbítrio do Poder Público, sendo, inicialmente, adstrito à função Executiva, quiçá em razão de ser esse o anseio social.

Contudo, constatou-se no decorrer da pesquisa a ampliação no âmbito de abrangência deste remédio constitucional, hoje alcançando todo aquele que exerça função pública.

Demonstrou-se, ademais, o cabimento da ação constitucional de segurança contra ato de autoridade judicial, ainda que em sede de processo penal, uma vez que o seu alcance não pode ser interpretado restritivamente, sob pena de afronta à hermenêutica das normas constitucionais.

Diante dessa perspectiva, em considerações finais neste trabalho podemos sintetizar as seguintes ilações.

O mandado de segurança, consoante ensinamento esposado pelos doutrinadores pátrios, é instrumento de criação brasileira, voltado às necessidades nacionais, que, adaptando institutos do direito alienígena, lhe atribuiu a sua atual fisionomia. Com o decurso do tempo, em cotejo com a atividade forense e a prática judiciária, a ação de segurança sofreu transformações, aprimorando-se e harmonizando-se com a realidade social brasileira, afigurando-se correto sustentar que, apesar de desvios em sua utilização, o instituto vem cumprindo o seu objetivo.

Tratando de um remédio constitucionalmente previsto para que os titulares de direitos líquidos e certos – que independem de produção de prova –, tenham seus direitos tutelados em face de lesão ou ameaça de lesão decorrentes de ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

A finalidade primordial desse instituto é resguardar os direitos líquidos e certos dos indivíduos quando afrontados por arbitrariedades e abusos cometidos pelas autoridades públicas ou por aqueles entes privados que atuem em nome do Poder Público.

Em que pese a existência de doutrina em orientação oposta, logrou-se comprovar que o mandado de segurança se reveste de natureza de ação judicial, ainda que preservadas as suas peculiaridades.

Restou, ainda, demonstrado que mesmo quando impetrado em face de ato jurisdicional – despacho, decisão, sentença ou acórdão –, quando caba por exercer função recursal, o mandado de segurança conserva a natureza jurídica de ação, pois, ao contrário do que se verifica nos recursos – os quais operam como mais um ato do procedimento da ação em curso –, a ação mandamental impetrada em face de ato jurisdicional caracteriza-se por trazer pedido distinto daquele deduzido na ação principal, assemelhando-se às vias autônomas de impugnação, como o são a ação rescisória e a ação criminal de revisão.

No tocante à natureza jurídica da ação mandamental, constatou-se que esta será determinada pelo conteúdo do pedido formulado pelo impetrante, afigurando-se, assim, uma ação ultra-sincrética, servindo para atender às três funções jurisdicionais, não podendo ser reduzido a qualquer das categorias em que se classificam as ações.

É legitimado para impetrar o mandado de segurança, assim como somente acontece nas demais ações, o titular do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato ou omissão ilegal abusiva cometido por autoridade.

No concernente à legitimidade passiva, esta há de ser atribuída à pessoa jurídica cujos quadros integre a autoridade coatora, uma vez que o legitimado precisa ter poder de decidir e não simplesmente para executar o ato.

Diante da indicação equivocada da autoridade coatora, tendo-se em vista a finalidade precípua da ação mandamental – tutelar direito líquido e certo e as garantias individuais frente ao arbítrio estatal –, depreende-se o magistrado, em lugar de extinguir o processo sem julgamento do mérito, como costuma suceder nos tribunais superiores pátrios, deve determinar a emenda da petição inicial. Ademais, em se tratando de equívoco escusável, cumpre ao juiz proceder à correção de ofício.

Em relação ao prazo para a impetração do remédio constitucional, dispõe o art. 18 da Lei nº 1.533/51 que será de 120 dias, contados da ciência inequívoca do ato inquinado de ilegal ou abusivo. Diante das divergências e das argumentações acerca da natureza desse prazo, restou demonstrado que há de prevalecer a doutrina que propugna pela decadência, uma vez que se trata de direito potestativo. De mais a mais, o Supremo Tribunal Federal, por meio da edição da Súmula nº 632, pacificou essa divergência.

Abordada a polêmica acerca da inconstitucionalidade desse dispositivo legal, também se demonstrou estar superada a discussão, uma vez que o próprio STF, guardião da Constituição Federal, já sumulou entendimento que confirma a sua constitucionalidade (Súmula nº 632).

As regras de competência encontram-se estabelecidas na Constituição Federal. Para se determinar qual a autoridade judiciária será competente para conhecer da ação mandamental em determinado caso concreto, há de se partir da análise atinente à função desempenhada por aquele que perpetrou o ato inquinado de ilegal ou abusivo pelo impetrante.

No ordenamento jurídico brasileiro, cinco são os requisitos essenciais ao cabimento do mandado de segurança, quais sejam: existência de direito líquido e certo; ato de ilegalidade e/ou de abuso de poder; ato de autoridade; não cabimento de outro remédio constitucional; inexistência de recurso idôneo.

Constatou-se o equívoco da expressão direito líquido e certo, quando, em verdade, se deveria se referir às situações fáticas em que embasado o direito deduzido, as quais devem estar perfeitamente delineadas, comprovadas de plano, por intermédio de prova pré-constituída.

Ilegalidade do ato, que quer significar o agir ou omitir do agente contrário a norma legal existente, deve ser compreendido em sentido amplo, abrangendo a inconstitucionalidade e também a violação a decretos e regulamentos. Já o abuso de poder há de ser percebido como uma das formas de manifestação da ilegalidade do ato, uma vez que ao atuar ou se omitir, abusando de poder estabelecido em lei, estaria o agente, em última análise, a inobservar e afrontar a própria norma legal.

É inegável o cabimento do mandado de segurança contra atos ilegais ou abusivos em razão da função estatal exercida pela autoridade, seja executiva, legislativa ou judiciária, sobretudo em função do teor do quanto consignado na parte final do art. 1º da Lei nº 1.533/51.

Com efeito, logrou-se demonstrar que o caminho mais coerente a se seguir é no sentido de que o mandado de segurança é remédio cabível, também, em face de atos judiciais propriamente ditos, não estando adstrito aos atos administrativos perpetrados pelas autoridades judiciais, sobretudo em virtude do teor das Súmulas nº 267 e 268 do STF.

Diante das considerações tecidas e dos ensinamentos colacionados, percebeu-se o caráter subsidiário do mandado de segurança frente aos demais remédios constitucionais, embora não seja tarefa tranqüila a delimitação do objeto do mandado de segurança quando comparado aos demais remédios constitucionais.

Ademais, conseguiu-se evidenciar ser incabível o *writ* quando o recurso acaso existente afigure-se idôneo para obstaculizar a lesão decorrente do ato ilegal ou abusivo, uma vez que inexistiria o interesse de agir para a sua impetração.

Nada obstante o silêncio do Código de Processo Penal no tocante à ação de segurança, não há como se afastar o seu cabimento contra atos ilegais ou abusivos da autoridade jurisdicional penal, sobretudo em razão de que a Constituição Federal vigente, quando no inciso LXIX do seu art. 5º prevê a ação mandamental, não faz qualquer restrição ao âmbito de sua aplicação. Não bastasse isso, tratando-se, como se trata, de uma garantia constitucional, não se pode pretender conferir efeito restritivo à sua interpretação, consoante já se salientou.

Diante da discussão acerca da natureza do remédio constitucional quando impetrado em face de ato jurisdicional penal, em que pese o quanto sustentado pela maioria da doutrina pátria e pela jurisprudência nacional, buscou-se demonstrar que, quando impetrado em juízo criminal, o mandado de segurança assumiria a natureza de ação penal, seja porque a Lei nº 1.533/51, ao alterar o Código de Processo Civil, não restringiu a aplicabilidade do remédio às causas cíveis, seja porque a pretensão deduzida no mandado de segurança ora analisado é

de Direito Penal – e é esse elemento que, em última análise, distingue a ação civil da ação penal, não o elemento liberdade individual.

Assim, embora mantenha seu aspecto de garantia constitucional, assumirá a natureza de ação penal não condenatória, independentemente de haver interesse civil a mover o impetrante, como se opera na hipótese de mandado de segurança impetrado contra decisão que inadmitiu ingresso de assistente do Ministério Público, onde há interesse extrapenal.

Em seguida, comprovou-se a relevância do mandado de segurança em sede de processo penal, desconstituindo-se a falaciosa premissa de que seria ele remédio importante apenas para tutelar direitos da acusação, uma vez que se afigura instrumento hábil a resguardar o direito de todo e qualquer sujeito que se depare com ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade judicial, em que haja ameaça de lesão ou lesão a direito líquido e certo, contra o qual não exista recurso idôneo, nem caiba *habeas corpus*.

No atinente à legitimação passiva na ação mandamental impetrada em face de ato judicial, contatou-se ser da pessoa jurídica a que integre os quadros o magistrado ou o órgão colegiado, sendo, pois, o juízo ou tribunal, não o magistrado enquanto pessoa física.

No que pertine ao mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, considerando-se que o ato inquinado de ilegal ou abusivo há de ter sido perpetrado por juiz ou tribunal, a competência para conhecer e julgar será do órgão jurisdicional competente para reformar, em sede de recurso, as decisões do juiz ou do tribunal cujo ato foi inquinado de ilegal ou abusivo pelo *writ*.

Finalmente enfocamos e analisamos algumas hipóteses que poder ocorrer no juízo criminal e no juizado especial criminal, que justificam a utilização do remédio excepcional como único instrumento capaz de restaurar o direito subjetivo individual então violado.

Assim, o objetivo desta pesquisa restou plenamente alcançado, haja vista a constatação de que o mandado de segurança, quando impetrado em face de autoridade jurisdicional penal, guarda peculiaridades não vislumbradas nas demais situações, sobretudo no tocante à preservação dos princípios basilares do processo penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Agamenon Bento do. **Mandado de segurança no juízo criminal:** aplicações inclusive na Lei 9.099/95. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. Da legitimidade passiva no mandado de segurança . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3391>. Acesso em: 19 set. 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 5 ed. revista, aumentada e atualizada de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. Mandado de segurança como processo constitucional típico. **Repertório de Jurisprudência IOB,** São Paulo, V. III, n 5, p.154-163, mar. 2005.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Rideel, 2004.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

_____. **Constituição Federal.** 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em mandado de segurança** 13101, Ministro José Arnaldo da Fonseca, Brasília, **DJ** 10.05.2004 p. 299. Disponível em < http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança 15965**, Ministro José Arnaldo da Fonseca, Brasília, **DJ** 01.09.2003 p. 303. Disponível em < http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>. Acesso em: '15 out. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 41**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 202**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 267. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 268**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 330. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 625**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 362**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 701**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Mandado de Segurança** 920113383-9, Desembargador Federal Leomar Amorim, Distrito Federal, **DJ** 19.10.1992 p.32960. Disponível em: <http://www.trf1.gov.br/>. Acesso em: 16 out. 2007.

_____. **Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Mandado de Segurança** 4992, Desembargador Federal Vladimir Freitas, Santa Catarina, **DJ** 26.03.2003 p.801. Disponível em: < http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>. Acesso em: 16 out. 2007.

_____. **Tribunal Regional Federal da Quarta Região**. Mandado de Segurança 4849, Desembargador Federal José Luiz B. Germano Silva, Paraná, **DJ** 128 26.02.2003 p.914. Disponível em: < http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>. Acesso em: 16 out. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais ao mandado de segurança; 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Mandado de segurança:** comentários às leis n.1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol. 1. 8 ed, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência:** exposição didática: área do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

CASTELO BRANCO, Tales. **Teoria e prática dos recursos criminais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAVES, Rodrigo Costa. A prescrição e a decadência no Direito Civil. Linhas gerais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5588>. Acesso em: 19 out. 2005.

CINTRA, Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo.** 9 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. **Mandado de segurança na Justiça Criminal e Ministério Público:** legislação, modelos de Mandados de Segurança.

COSTA, Helena Rosa Rodrigues. Mandado de segurança em matéria criminal – impetração para efeito suspensivo em recurso em sentido estrito do Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n 20, p.355-361, out – dez. 1997.

COULON, Olga Maria A. Fonseca; PEDRO, Fábio Costa. **0 pensamento político**: Hobbes e Locke. Disponível em: <http://www.hystoria.hpg.ig.com.br /hoblock.html>. Acesso em: 27 out. 2005.

CUNHA, Michele Desirée Azevedo Aragão. **A evolução do mandado de segurança nas Constituições Brasileiras.** Disponível em: <http://www.moraesjunior.edu.br/noticias/cade8/seguranca.doc>. Acesso em: 15 mar. 2005.

FACCI, Lúcio Picanço. Evolução histórica do mandado de segurança. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp/id=3461>. Acesso em: 16 out. 2007.

FEÓLA, Luís Fernando. **A evolução das garantias fundamentais. Mandado de segurança contra ato corporativo**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3737>. Acesso em: 15 mar. 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Mandado de Segurança em matéria criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n 40, p.128-142, out – dez. 2002.

FERNANDES, Tycho Brahe. **Informações e revelia no mandado de segurança.** Disponível em: <http://cristianemarinhopenal.vilabol.uol.com.br/zz5.htm>. Acesso em: 20 set. 2005.

AIRES FILHO, Durval, **As 10 faces do mandado de segurança**. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica,2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** parte geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Recursos no Processo Penal:** Teoria dos Recursos, Recursos em espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 18, p.387-397, jun. 1981.

_____. **O Ministério Público e o mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 42, p.11-33, dez. 1994.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança.* São Paulo: Dialética, 2002.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos** / Eva Maria Lakatos. Marina de Andrade Marconi. – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 1992.

MACHADO, André Bulhões. **Competência no mandado de segurança – peculiaridades.** Disponível em: < http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_309.html>. Acesso em: 16 out. 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Direito líqüido e certo no mandado de segurança.** Disponível em: <http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos.htm#const>. Acesso em: 02 ago. 2007.

MAHON, Eduardo. **Princípios recursais de processo civil e penal**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 177, 30 dez. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina /texto.asp?id=4561>. Acesso em: 19 mar. 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Civil.** V. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas data"**. 12 ed. ampl. e atual. Pela Constituição da República de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **28 ed. atual. e complementada de acordo com as Emendas Constitucionais**, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Direito Penal:** sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004.

MINÁ, Frederico Ivens. Do Mandado de segurança em matéria criminal. **DireitoNet**, São Paulo, 16 fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/25/1925/>. Acesso em: 16 mar. 2007.

MIRABETE, Julio Frabbrini. **Processo Penal.** 14 ed. rev. e atual. até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

MOISÉS JÚNIOR, Jorge. **Mandado de segurança:** cinqüenta anos de uma lei atual. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/079.htm>. Acesso em: 02 abr. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil:** interpretada e legislação constitucional. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003a.

_____. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003b. MOREIRA, Fabiano Rangel. Mandado de segurança como instrumento processual hábil a provocar uma revisão criminal *pro societate.* **Jus Navigandi**, Teresina, a. 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <http://www1.jus.com.br /doutrina/texto.asp?id=1126>. Acesso em: 13 out. 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Mandado de segurança em matéria penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed., atualizada pela Emenda Constitucional n. 22/99. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ARAGÃO, E.D. Moniz de **Mandado de segurança contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor:** atualizado até 10.03.1999. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Código de processo civil comentado.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 9 ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Maria Marly de, 1933 – **Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses** / Maria Marly de Oliveira. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Metodologia da pesquisa cientifica I e II**. Fortaleza: UECE/IEPRO, 2006.MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data.* São Paulo: Malheiros, 1995.

PAPPEN, Roberta. **Mandado de segurança: um instrumento de proteção do contribuinte**. Boletim Jurídico, Uberaba, a. 1, nº 1. Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=104> Acesso em: 02 abr. 2007.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. **Mandado de segurança contra ato judicial**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 64, p.58-61, out. 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

REMÉDIOS Constitucionais. Disponível em: <http://universitario.hpr.com.br/direitoconstitucional/remedio_constitucional.htm>. Acesso em: 20 set. 2007.

RIOS, André Ricardo de Oliveira. **Mandado de segurança**. Boletim Jurídico, Uberaba, a. 2, nº 62. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=201>. Acesso em: 15 ago. 2007.

SALLES, Carlos Alberto. **Mandado de segurança contra atos judiciais**: as súmulas267 e 268 do STF revisitadas. In: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil** – atualizado de acordo com a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Vol. 1. SãoPaulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO. **Tribunal de Alçada Criminal**. Mandado de segurança 300758/3, Desembargador Penteado Navarro, São Paulo, 19.02.1997. Disponível em: <http://www.tacrim.so.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. rev. E atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SODRÉ, Eduardo. **Mandado de segurança**. In: DIDIER JR, Fredie; SODRÉ, Eduardo. **Direito Processual Civil:** obra recomendada para concursos públicos. Salvador: Edições JusPODIVM, 2004. p. 161-176.

SOUTO, José Edisio Simões. **Mandado de segurança versus ato judicial.** Disponível em: < http://www.trt13.gov.br/revista/edisio.htm>. Acesso em: 27 jul. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vol. 1. 26 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. **Processo Penal.** Vol. 2. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004b.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** [s.l]: Editora, [entre 1988 e 1998].

WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. 4 ed., rev. E atualizada com a colaboração da Professora Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Mandado de segurança contra ato judicial**. *Revista do Advogado.* 21/97. n. 64, out. 2001.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Teoria e prática do mandado de segurança em matéria criminal**. São Paulo: Editora Jurídica, 2002.

ANEXO

ANEXO I – JURISPRUDÊNCIAS

JURISPRUDENCIA Nº 01

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. "Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental." Resp nº 34317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.

5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta. *Omissis* (BRASIL, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 02

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

AUTORIDADE COATORA. JUIZ DE DIREITO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL.

A competência para julgar mandado de segurança é definida em razão da qualificação da autoridade coatora, não ganhando relevo à pessoa do impetrante ou a natureza da matéria.

Conflito conhecido, declarando-se a competência do tribunal estadual. (BRASIL, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 03

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).

Omissis.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 299684 Processo: 200100037356 UF: SC Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 16/10/2001 Documento: STJ000411283 DJ DATA: 19/11/2001 Página: 308. Relator: Ministro Felix Fischer.

JURISPRUDENCIA Nº 04

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - Suspensão condicional do processo - Recusa do Ministério Público em realizar a proposta,

sem apresentar fundamento legal - Concessão do benefício, de ofício, pelo Juiz - Possibilidade: - Inteligência: - art. 47 do Código de Processo Civil, art. 249, § 2º do Código de Processo Civil, art. 5º, XXXV da Constituição da República, art. 19 da Lei Federal nº 1.533/51, art. 89 da Lei Federal nº 9.099/95

121(b) - Ementa oficial: 1ª) Em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público, tendo por escopo dar efeito suspensivo a apelação que busca revogar transação penal de iniciativa do juiz singular, é indispensável que seja assegurada ao acusado a oportunidade de intervir na relação jurídica processual, porquanto existe litisconsórcio necessário, no polo passivo, entre ele e a autoridade coatora (arts. 19 da LMS e 47 do CPC). Mas, se não houver a notificação do litisconsorte aludido para fazê-lo e ainda o mérito puder ser decidido a seu favor, a nulidade não deve ser pronunciada, segundo dispõe o § 2º do art. 249 do último diploma legal.

2ª) O mandado de segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal.

3ª) Embora o art. 89 da Lei nº 9.099/95 reze que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, no caso de sua recusa em fazer a proposta, sem apresentar fundamento legal, ela poderá também ser efetuada pelo magistrado, de ofício, posto que o benefício em questão é um direito subjetivo do acusado e, assim, não pode ficar sem o amparo judicial, nos termos do inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República.

- Impossível o conhecimento de mandado de segurança impetrado pelo Promotor de Justiça perante a Segunda Instância, por ilegitimidade de parte,

pois cuida-se de atribuição exclusiva da Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Procurador-Geral ou dos Procuradores por aquele designado (A. C. Mathias Coltro, voto vencido). (Mandado de Segurança nº 300.758/3, Julgado em

19/02/1.997, 6ª Câmara, Relator: - Penteado Navarro, Declaração de voto vencido: - A. C. Mathias Coltro, RJTACRIM 35/395). (SÂO PAULO, 2005).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9099/95). PROPOSTA. INICIATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. PROCEDIMENTO DO ART. 28 DO CPP.
Conforme reiterado entendimento jurisprudencial desta Corte, a iniciativa quanto à suspensão do processo, nos termos da respectiva legislação, não pode ser do Poder Judiciário, sendo privativa do Ministério Público.
Recurso parcialmente provido, com a anulação da decisão e com adoção do procedimento do art. 28 do CPP.8 (BRASIL, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 05

EMENTA: Mandado de Segurança. Ação penal por ofensa ao artigo 158, § 1º, c/c o art. 29 do Código Penal. Acusado que requereu e o Magistrado deferiu, pedido de quebra de sigilo bancário da vítima. Falta da devida fundamentação. Ofensa a direito líquido e certo de não ter violado o sigilo de informações pessoais assegurado por norma constitucional. Mandamus deferido o direito à privacidade e intimidade não é absoluto, contudo, para que se proceda a quebra do sigilo fiscal, bancário, e de informações de crédito, necessária a devidamente fundamentação como corolário de validade do ato judicial. Deve o ato ser motivado com supedâneo nos interesses, da própria justiça, públicos ou sociais. A não observância do direito constitucional ao sigilo, somente cabe

em face de pessoas que estão sob investigação policial ou respondem a demanda contenciosa cível ou ação penal. Não cabe, por isso, a quebra do sigilo da vítima, ainda mais, quando ausente a devida motivação. (SANTA CATARINA, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 06

DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL – CONVOCAÇÃO PARA PRESTAR DEPOIMENTO EM PROCESSO CRIMINAL -IMPOSSIBILIDADE - IMPETRANTE QUE LABOROU EM PROGRAMA DE PROTEÇÃO DE TESTEMUNHAS - POSSIBILIDADE DE LESÃO AO SIGILO PROFISSIONAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE RECUSA - ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB (LEI 8906/94) - ART. 7º, INCISO XIX - CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA - ART. 26 – CÓDIGO PENAL - ART. 207 - PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - LEI FEDERAL 9807/99 - ART. 2º, §5º - CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS QUE RECOMENDAM O ACOLHIMENTO DO PLEITO INAUGURAL - SEGURANÇA CONCEDIDA À UNANIMIDADE DE VOTOS. (PERNAMBUCO, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 07

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR COM NATUREZA SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO. ADVOGADO. VISTA DE AUTOS.MATÉRIA SIGILOSA.

1. O mandado de segurança não perde o objeto quando a pretensão do impetrante, de caráter satisfativo, é plenamente atendida com o deferimento da liminar, de modo a justificar-se

a extinção do processo, pois, sem o julgamento de mérito, que a confirme, a situação jurídica do impetrante perderá por completo a proteção legal, voltando a uma mera situação de fato, tanto mais que a hipótese - extinção do processo sem o mérito - levaria à cassação da liminar.

2. O instituto do segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes envolvidas no processo, não sendo aplicável a ela própria, a pondo de impedir-se o seu defensor legal de ter acesso aos dados, informações e documentos necessários ao exercício da defesa. 3. É direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (Lei nº 8.906/94 - art. 7º, inciso XIII). Já realizado o ato judicial - no caso, busca apreensão domiciliar -, não se justifica que o seu advogado não tenha acesso aos autos do processo.

4. Concessão da segurança. Confirmação da liminar. (BRASIL, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 08

PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. ART. 38, LEI Nº 9.605/98. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. APROVEITAMENTO DE ATOS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL.

INOCORRÊNCIA.

1. Somente é cabível Mandado de Segurança com o fito de trancar ação penal ou investigação criminal na qual figure como

ré ou indiciada pessoa jurídica. O *Habeas Corpus* se presta a prevenir ou fazer cessar coação ou violência sobre o direito de locomoção, inerente às pessoas físicas.

Omissis.

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO MS – 4992 Data da decisão: 25/02/2003. (BRASIL, 2005).

Omissis.

41. O trancamento de ação penal contra pessoa jurídica somente pode ser postulado em juízo através de mandado de segurança. Com efeito, sustentando-se a existência de ilegalidade por ato de autoridade que não importa lesão ao direito de locomoção, a espécie processual é a adequada. O habeas corpus destina-se a atacar ato ilegal de que tenha derivado ou possa derivar óbice ao exercício da liberdade física, o que é incompatível com uma pessoa jurídica, que se constitui num simples patrimônio ao qual se atribui personalidade jurídica. *Omissis.* TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO MS – 4849. (BRASIL, 2005).

JURISPRUDENCIA Nº 09

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO. DELIMITAÇÃO DO ATO. EXACERBAÇÃO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE DO JUIZ. DELEGADO. MERO EXECUTOR.

A alegação também está vazada contra o próprio ato que determinou a referida busca e apreensão, no sentido de que teria sido prolatado de forma genérica, oportunizando, desta feita, que o Delegado cometesse excessos durante o ato. Legitimidade do exmo. Sr. Juiz apontado como coator. Recurso provido com a anulação do aresto recorrido e novo

pronunciamento da Corte a quo no tocante ao próprio mérito da controvérsia.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ROMS – 13101 Processo: 200100476872 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 13/04/2004 Documento: STJ000542772 Relator: José Arnaldo da Fonseca. (BRASIL, 2005).

PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS PARA RESSARCIMENTO DE DANO POR PRÁTICA DE SONEGAÇÃO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO PARCIAL.

1. Trancada em relação a um dos impetrantes, a ação penal a que dizem respeito as medidas cautelares impugnadas, passaram estas a representar ilegal e abusiva constrição de seus bens.

2. Quanto ao outro impetrante, ficou a ordem em parte prejudicada, com a alteração da decisão que a ensejou, certo, porém, que, no que subsistem, as medidas cautelares decretadas pelo magistrado têm inteira valia, quer porque legalmente previstas, quer porque

compridamente demonstrados os pressupostos de sua adoção.

3. Ordem concedida a benefício de um impetrante, e, no que não ficou prejudicada, denegada quanto ao outro.

TRF – Primeira Região. MS 95.01.32242-4/MA. (BRASIL, 2005).

PROCESSUAL PENAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL. MEDIDA PENAL ASSECURATÓRIA. RECURSO CABÍVEL.

1. Não se dará mandado de segurança de decisão judicial quando haja recurso previsto na lei processual (Lei nº 1.533/51 - art. 5º, II). A decisão que, no processo penal, defere seqüestro ou hipoteca legal, é apelável (art. 593, II - CPP).

2. Se a parte aviou o recurso apelatório, não pode impetrar mandado de segurança com a mesma finalidade. Mandado de segurança admitido apenas para conferir efeito suspensivo àquele recurso ordinário.

3. O arresto de bens móveis do acusado somente se aconselha quando não tenha ele bens imóveis, ou os tenha em valor insuficiente para formalizar o seqüestro (art. 137 - CPP).

4. Deferimento do mandado de segurança para, conferindo efeito suspensivo à apelação, afastar o arresto dos bens móveis e das participações societárias.

TRF – Primeira Região. MS 96.01.56646-5/MA. (BRASIL, 2005).

Feitas essas considerações, importante se mostra a constatação da relevância do mandado de segurança em sede de processo penal, desconstruindo-se o mito consoante o qual seria ele remédio apenas ao alcance da acusação, quando, em verdade, se afigura instrumento hábil a tutelar o direito de todo e qualquer sujeito que se depare com ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade judicial, em que haja ameaça de lesão ou lesão a direito líquido e certo, contra o qual não exista recurso idôneo.

JURISPRUDENCIA Nº 10

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, Julgado em 16/06/2005). (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

MANDADO DE SEGURANCA CONTRA ATO JURISDICIONAL. COMPETÊNCIA. A COMPETÊNCIA PARA CONHECER DO MANDADO DE SEGURANCA INTERPOSTO PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A APELACAO DE SENTENCA PROFERIDA EM ACAO PRINCIPAL, E DO TRIBUNAL (OU CAMARA) QUE SERA COMPETENTE PARA CONHECER DO APELO. SE A MATERIA DEBATIDA NA ACAO PRIMITIVA, NAO E DE NATUREZA PENAL, FALECE A ESTA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, COMPETÊNCIA PARA CONHECER DA SEGURANCA. MS 6534-0/101. (GOIÁS, 2005).