

NOTA TÉCNICA

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL: HIPÓTESES DE CABIMENTO

JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA

Doutor em Direito Processual pela UNICAP; Visiting Scholar na Universidade de Duke-EUA (doutorado sanduíche); mestre em Direito Penal pela UFPE; especialista em Direito Processual Público pela UFF/RJ. Professor do mestrado da Faculdade Damas, juiz federal em Pernambuco, conteudista e tutor da ENFAM.

País: Brasil **Estado:** Pernambuco **Cidade:** Recife

Email de contato: jorge.andre@jfpe.jus.br **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3094-7660>

RESUMO

A ampla previsão legal de recursos criminais no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado da previsão constitucional do mandado de segurança, nos levou à indagação sobre o cabimento da impetração criminal no Brasil, tanto filosoficamente como dogmaticamente. A nossa hipótese, que limitava o remédio à impugnação de decisões teratológicas, embora confirmada sob o primeiro ponto de vista, com base nos fundamentos filosóficos dos recursos em geral, foi afastada sob o ponto de vista dogmático, o que não impediu de verificarmos que a maioria das hipóteses casuísticas apontadas pela doutrina nacional é excessiva.

Palavras-chave: Fundamentos Filosóficos dos Recursos. Hipóteses de Mandado de Segurança Criminal.

ABSTRACT

CRIMINAL WRIT OF MANDAMUS: SITUATIONS IN WHICH IT CAN BE SUED

The broad statutory provision for criminal appeals in the Brazilian legal system, in addition to the constitutional provision of the writ of mandamus, made us to inquire about the use of the writ in our criminal field, both philosophically and dogmatically. Our hypothesis, which limited the writ of mandamus to challenge absurd, or manifestly illegal, judicial decisions, although confirmed from the first point of view, based on the philosophy of appeals in general, was not dogmatically affirmed. Nevertheless, the research did not stop us from concluding that most of the casuistic situations pointed out by our national doctrine is exceeding.

Keywords: Philosophical Fundament of Appeals. Criminal Writ of Mandamus Cases.

DOI: 10.31060/rbsp.2021.v15.n1.1126

Data de recebimento: 27/03/2019 – **Data de aprovação:** 09/06/2020

INTRODUÇÃO

Apesar de o tema do mandado de segurança ser bastante estudado no âmbito do processo civil, o mesmo não acontece quando entramos no campo criminal brasileiro. Embora até existam alguns livros específicos sobre o instituto, eles não são muitos, além de geralmente se limitarem à revisão da literatura, inclusive

mais focados em aspectos não exclusivos do processo penal. Na maior parte, efetuam uma descrição geral da sua história, natureza jurídica, competência, legitimidade, hipóteses “normativas” de cabimento, processo e recursos, reservando um menor espaço para a apreciação do instituto contra os mais diversos atos praticados no âmbito criminal, situação semelhante à que ocorre com os artigos jurídicos correspondentes. Ademais, as publicações não são recentes, algumas sendo inclusive bastante antigas, inexistindo obras específicas sobre o tema que sejam mais atualizadas do que as que estamos citando¹.

Situação não muito diferente acontece com os manuais de processo penal no nosso país. A despeito de estarem mais atualizados, eles têm se dedicado à matéria muito brevemente², geralmente em poucas páginas³. Todavia, se por um lado isso obstaculiza a pesquisa, por outro lado aumenta sua importância.

Aí não vai nenhuma crítica aos autores nacionais, já que existe uma disciplina praticamente comum entre o mandado de segurança cível e criminal. Considerando, porém, algumas especificidades deste ramo do direito, restringiremos nossa atenção a um aspecto dos mais relevantes para ele, ainda que seja inevitável, algumas vezes, tecer considerações que pertençam igualmente a outras áreas jurídicas.

Abordaremos o cabimento do instituto no âmbito do processo penal. É que enxergamos um problema relacionado ao citado remédio constitucional nesse ponto, sobretudo quando direcionado à impugnação de decisões judiciais proferidas no processo penal: já são inúmeras as possibilidades de combate a decisões criminais, o que nos provoca uma reflexão sobre a real possibilidade de mais um meio de impugnação.

Claro que a dificuldade aqui verificada talvez decorra de uma atuação na magistratura há vários anos, o que certamente faz nossa ideologia inconsciente também entrar em campo. É possível que o problema seja exacerbado por uma intenção subconsciente, criada ao longo dos anos, de reduzir as “reclamações” contra nossos próprios atos.

Acontece que o escritor nunca enunciará sua obra num contexto neutro e estável. Também a sua vida influencia sobremaneira a produção, suas experiências de algum modo sempre estão presentes no discurso. O contexto em que vive o autor, como figura humana, real, se perpetua, em muitos aspectos, nos fatos que narra (CAVALCANTE; SANTOS, 2012, p. 667, 669, 671). Isto é, o inconsciente de qualquer pesquisador sempre estará presente, inexistindo pronunciamentos totalmente objetivos⁴.

Ademais, qualquer explicação só surge em função de um determinado contexto, o que justifica como um mesmo evento merece explicações alternativas, de acordo com os fatores considerados relevantes, podendo resultar várias delas adequadas ao mesmo tempo (BOSSIO, 2007, p. 140-155). Inclusive, essa possibilidade de explicações alternativas ao mesmo tempo gera uma estranheza sobre uma orientação de certa forma tranquila e uniforme da doutrina processual penal brasileira atual, que caminha geralmente no mesmo sentido quanto ao assunto abordado.

Diante do problema apresentado, indagamos: é mesmo viável, filosófica e dogmaticamente, a impetração de mandado de segurança criminal no Brasil? A nossa hipótese, que era negativa, terminou sendo apenas

1 Ver, por exemplo, TUCCI, 1978; MOSSIN, 1996; MINÁ, 2005; TOURINHO, 2008; ARAÚJO, 2011; ROMANO, 2015.

2 Assim são as seguintes obras: PACHELLI, 2019, p. 1041-1043; TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 1646-1657; RANGEL, 2006, p. 821-833; NUCCI, 2014, p. 908-913.

3 Mirabete concentrava-se mais nos aspectos ligados ao processo penal, mas não de forma aprofundada (2007, p. 764-768), enquanto Tourinho Filho, mesmo em obra de quatro volumes, sequer tratou do tema (2013).

4 Humberto Maturana é categórico ao sustentar a “não-objetividade das explicações científicas” (2001, p. 82).

parcialmente confirmada. Principalmente diante da negativa parcial, que será devidamente explicada, encerramos o estudo enfrentando os exemplos casuísticos mencionados pela doutrina nacional, sem pretensão de exauri-los, confrontando-os com as explicações teóricas gerais sobre o tema.

A FILOSOFIA DAS IMPUGNAÇÕES AOS ATOS JURISDICIONAIS

A despeito de o mandado de segurança ter natureza jurídica de ação, não se pode negar que sua impetração contra decisão judicial penal visa primordialmente a modificação do pronunciamento emitido. Ainda que sua finalidade formal seja a proteção dos indivíduos contra os abusos e ilegalidades do Estado, quando esse abuso ou ilegalidade é oriundo de um ato jurisdicional a intenção do impetrante é verdadeiramente “reformá-lo”, ainda que por meio de uma nova relação processual e de rito procedimental diferente.

A obra de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 400), na linha de toda doutrina que conhecemos, defende que o mandado de segurança criminal sempre será uma ação autônoma de impugnação, distinguindo-se nitidamente, por suas características, dos recursos. Mesmo assim, não deixa de admitir que a impetração contra ato jurisdicional dá à sua utilização os contornos de uma via de impugnação, com função recursal. Mirabete (2007, p. 764), por sua vez, dizia que o mandado de segurança poderia ser utilizado como recurso para provocar o reexame de uma decisão ou ato judicial. E, com muita precisão, Camargo Aranha (2010, p. 374) assenta que o mandado de segurança é, doutrinariamente, ação, mas guarda faticamente a função de recurso.

Diante da semelhança entre a finalidade dos recursos e do mandado de segurança contra ato judicial, passemos a uma breve análise dos fundamentos dos primeiros, aplicáveis igualmente ao segundo, visando descobrir uma razão filosófica que tente embasar a admissão do *writ* na seara criminal.

Para justificar a existência dos “recursos”, Tourinho Filho (2018, p. 887-888) diz que, na generalidade dos casos, são dirigidos a órgãos superiores, constituídos de juízes mais velhos, mais experimentados, mais vivos, com tal circunstância oferecendo-lhes maior penhor de garantia. Por outro lado, sabendo os juízes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão ser mais diligentes, mais estudiosos, buscando fugir do erro e da má fé. Em outras palavras, para o autor são dois os fundamentos dos recursos: 1) instâncias revisoras compostas por juízes mais experientes; 2) maior comprometimento do juiz ao saber que sua decisão poderá ser reexaminada. A esses dois fundamentos, podemos acrescentar mais dois, também apresentados pela doutrina nacional: 3) os recursos servem para atender à natural inconformidade do vencido; e 4) para corrigir uma decisão injusta ou incorreta (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2005, p. 23-24).

Tratando dos recursos criminais nos Estados Unidos da América (EUA), Poulin (2008, p. 4) também lhes aponta quatro funções, embora não sejam exatamente as mesmas elencadas no Brasil. Para ela, em primeiro lugar, eles servem para corrigir os erros cometidos pela instância inferior; segundo, para orientar os Judiciário, Ministério Público e acusados, promovendo uniformidade em casos futuros; terceiro, para manter os juízes responsáveis por suas sentenças; por fim, para moldar o direito para que ele reflita a política pública. Assim, a autora ratifica os fundamentos 2 e 4 apontados no parágrafo no Brasil, não tratando daqueles apontados nos itens 1 e 3 *supra*, mas acrescentando outros dois, os quais trataremos como fundamentos 5 e 6. Vejamos cada um deles, na ordem correspondente.

Inicialmente, não concordamos que os recursos sejam julgados sempre por juízes mais experientes, ainda que muitas vezes isso também ocorra. O ministro Dias Toffoli, por exemplo, tomou posse na mais alta

instância do Judiciário brasileiro aos 42 anos de idade⁵. A desembargadora Marianna Fux tomou posse no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aos 35 anos⁶, enquanto Letícia de Santis Mendes de Farias Mello foi nomeada para integrar o Tribunal Regional Federal da 2ª região quando tinha 37 anos, ocasião em que disputou com dois advogados mais experientes⁷.

Na verdade, os tribunais brasileiros de 2ª instância são compostos apenas na sua menor parte por juízes mais experientes, já que o critério de exclusiva antiguidade na carreira gira em torno de apenas 40% das vagas, considerando que outros 40% são preenchidos por merecimento, enquanto 20% é reservado para membros oriundos da advocacia e do Ministério Público. Por sua vez, não existe o critério de exclusiva “experiência” para nomeação de juízes para os tribunais superiores.

Por outro lado, não vemos como discordar do segundo fundamento acima exposto. Ciente de que sua decisão será passível de reanálise, é provável que o magistrado se esforce mais para fazer um bom trabalho. É óbvio que em algum momento isso não mais ocorre, quando a decisão for tomada pela última instância, mas nestes casos a fiscalização decorre da natureza dos órgãos, que são colegiados, com uns pares, ao menos em tese, conferindo e fiscalizando o trabalho dos outros.

Pensamos de forma diferente em relação ao terceiro fundamento supramencionado. É verdade que o ser humano expressa um inconformismo sempre que derrotado, em qualquer área da sua vida. Permitir-lhe tentar reverter a situação até é válido, mas tal possibilidade não pode ser levada ao exagero, sob pena de nunca ser encerrado o “jogo”. Se uma parte puder recorrer ilimitadamente, sem nenhum ônus, certamente o fará, nunca se conformando com a derrota.

Em quarto lugar, não vemos sentido em fundamentar os recursos no valor “justiça”. Deveras, não é possível identificar com precisão ou segurança o que é justo e injusto, concepção que varia de pessoa para pessoa de acordo com as respectivas ideologias. Aliás, a subjetividade do conceito de justiça vem variando ao longo de várias teorias filosóficas, como explicado por Michael J. Sandel (2012) em seu consagrado livro intitulado *Justiça*. Então, em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo: se a justiça fosse uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto (BOBBIO, 2008, p. 56). Por essa razão, sob um ponto de vista pragmático, não vemos como missão do Judiciário fazer justiça, mas apenas resolver os conflitos que lhes são encaminhados, por mais dura que esta afirmação possa parecer.

Da mesma forma, não se pode afirmar que as decisões proferidas no julgamento das impugnações a atos jurisdicionais são as mais corretas, porque inexistente qualquer tipo de prova empírica nesse sentido, inclusive sendo muito difícil essa forma de investigação. Na ciência, certezas absolutas já não são consideradas um atributo (FREITAS, 2006, p. 188-230). De fato, chegou ao fim a metafísica das entidades que se propõem como um saber total da realidade, um saber fundamental, fundante e autofundado. Com a queda do ser no tempo e o fracasso do programa de fundação do conhecimento, todo projeto de um saber absoluto fica irremediavelmente comprometido (DOMINGUES, 1991, p. 379). E se não há certeza absoluta, não

5 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Dias_Toffoli>. Acesso em: 1 out. 2017.

6 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1749885-filha-de-ministro-fux-toma-posse-como-desembargadora-no-tj-do-rio.shtml>>. Acesso em: 1 out. 2017.

7 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1427835-filha-de-ministro-do-stf-e-nomeada-ao-trf-apos-derrotar-nomes-experientes.shtml>>. Acesso em: 1 out. 2017.

há como assegurar que o pronunciamento do tribunal, em grau de recurso, é mais certo ou mais errado, configurando-se apenas como um outro modo de ver a questão.

De forma contrária, porém, os recursos realmente servem, em tese, para a promoção de uniformidade em casos futuros, já que os seus julgamentos de maneira congruente devem alterar as orientações diversas dos juízos recorridos. Embora isso seja típico de um sistema de precedentes, inicialmente inerente apenas aos países do *common law*, agora vem se misturando paulatinamente ao *civil law*, por meio de um fenômeno que já foi iniciado no Brasil e que tomou força principalmente a partir dos arts. 926 e segs., do Código de Processo Civil de 2015, ainda que na prática tenhamos vivenciado inúmeros problemas.

Por fim, parece-nos que o último fundamento apresentado por Poulin, o de que o recurso é apto a moldar o direito, para que ele reflita a política pública, pode caracterizar um excessivo ativismo judicial, mesmo não discordando que haja espaços de decisão judicial discricionária, quando não houver prévia norma de interpretação fechada a ser aplicada⁸.

Assim, em resumo, na nossa visão os recursos se fundamentam apenas na necessidade de maior comprometimento do juiz, como também na promoção de uniformidade em casos futuros. Em nada mais que isso.

CRÍTICA ÀS IMPUGNAÇÕES CRIMINAIS EM ESPÉCIE

Estamos cientes de que cabe ao legislador eleger as hipóteses que admitem a refutação das decisões judiciais, sendo sua a atribuição de escolher os tipos de recursos e ações autônomas de impugnação. Porém, isso não nos impede, ainda que tendo em vista os fundamentos filosóficos acima apresentados, de considerar abundante a quantidade já prevista no processo penal brasileiro, o que questiona uma justificativa para o mandado de segurança criminal da forma ampla como ela vem sendo aceita.

Com efeito, além do *mandamus*, nossa legislação específica prevê expressamente: 1) a apelação; 2) o recurso em sentido estrito; 3) o reexame necessário (recurso de ofício); 4) os embargos infringentes ou de nulidade; 5) os embargos declaratórios; 6) os embargos de divergência; 7) a carta testemunhável; 8) a correção parcial; 9) o recurso ordinário; 10) o recurso especial; 11) o recurso extraordinário; 12) o *habeas corpus*; 13) a revisão criminal. Sem falar nas impugnações previstas nos regimentos internos dos tribunais.

Na Alemanha, país do *civil law* imensamente copiado pela doutrina penal brasileira, justamente por ser considerado um exemplo de respeito aos direitos e às garantias individuais, as possibilidades “recursais” não são tantas. A doutrina daquele país tem apontado apenas seis meios de impugnação das decisões judiciais: 1) a queixa; 2) a apelação; 3) a cassação; 4) a revisão; 5) a reposição ao estado anterior; e 6) o recurso constitucional (ROXIN, 2003, p. 446). E mais: os três últimos são recursos considerados realmente extraordinários, no sentido de sequer suspender a coisa julgada⁹. A limitação às impugnações das decisões judiciais na Alemanha é tanta, quando comparada ao Brasil, que Schünemann (2005, p. 97-99), a nosso ver com razão, critica a impossibilidade de reexame de fatos, em 2ª instância, nas causas que apuram os crimes mais graves, admitindo-se apenas que eles sejam revalorados. E não existe, entre os tedescos, nada parecido com o nosso mandado de segurança contra ato jurisdicional no âmbito criminal.

8 Este assunto, porém, além de complexo, é bastante controverso, não podendo ser abordado aqui, em função da delimitação do nosso tema.

9 A eles, há quem acrescente a “objeção”, embora sem destacar um capítulo ou item próprio para abordá-la (VOLK, 2016).

É verdade que nos EUA há algo semelhante ao nosso mandado de segurança criminal, o *writ of mandamus*, embora não se trate exatamente da mesma coisa. Lá, os dois meios básicos para que o Estado impugne as decisões criminais são ele e a apelação, ambos fornecendo amplo caminho de acesso às cortes recursais (POULIN, 2008, p. 11-12).

Mas é importante percebermos, em primeiro lugar, que a admissão desse remédio decorre da vedação, nos EUA, ao recurso contra os vereditos absolutórios finais, o que não acontece no Brasil. Na verdade, até a primeira metade do século XX a possibilidade de impugnação de uma decisão criminal pelo Estado era muito restrita naquele país. Em razão de uma alteração legal, principalmente em 1970, permitiu-se que ele, o Estado, recorresse contra algumas decisões anteriores ao veredito final, como também em casos de absolvição ou determinação de novo julgamento, por deficiência probatória, após uma decisão condenatória, para pedir o seu restabelecimento. Quando o caso não for passível de apelação, aí sim, o Estado pode obter apreciação de certas questões por meio do *writ of mandamus* (POULIN, 2008, p. 12-18, 20).

Em segundo lugar, a impetração é aceita de forma moderada, e desde que atendendo os seguintes requisitos: inexistência de outro meio para buscar o objetivo desejado; futuro dano ou prejuízo não corrigível pela apelação; decisão impugnada claramente equivocada sob o ponto de vista jurídico; decisão impugnada repetitivamente equivocada ou persistente na desconsideração das regras federais. O acesso ao *mandamus* é limitado e apenas satisfaz os objetivos da revisão recursal, preenchendo lacunas que limitam o acesso do Estado à apelação (POULIN, 2008, p. 22-23).

Não fosse o bastante, apesar de alguma crítica doutrinária, há situações que permanecem inimpugnáveis, como acontece com muitas questões processuais, certas decisões interlocutórias sobre matéria probatória, e aspectos relativos às instruções dos jurados sobre o direito material (POULIN, 2008, p. 4, 50-54).

Daí se vê que, a despeito da possibilidade de impetração do *writ of mandamus* criminal nos EUA, da mesma forma que acontece no Brasil, mas ao contrário do que ocorre na Alemanha, para aqueles as razões são bem diferentes das nossas. O remédio, lá, não alcança todas as decisões judiciais irrecorríveis, servindo mais para que a acusação garanta um julgamento final dentro de certas regras, considerando a impossibilidade de recorrer, grosso modo, em caso de absolvição.

Ora, comparando o Brasil aos Estados Unidos e à Alemanha, verificamos que as espécies de recursos criminais previstas legalmente por aqui já são bastante excessivas, afastando qualquer sentido na admissibilidade do mandado de segurança como mais um tipo genérico de impugnação das decisões judiciais não recorríveis. Além de o *writ* ter o potencial de caminhar contra a efetividade, em desfavor de uma carga de trabalho administrável pelas instâncias superiores ao 1º grau, ele não tem resolvido o problema da falta de proteção aos direitos e às garantias individuais, autorizando nosso questionamento.

Com efeito, uma leitura do quadro da população prisional no Brasil demonstra que ela quase triplicou entre os anos 2000 e 2014, sendo importante notar que os encarcerados, em geral, cometem crimes mais visíveis e/ou mais violentos, tendo passado pelos filtros do sistema de justiça criminal, sobrando os criminosos não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso a defesa e reincidentes¹⁰. O mandado de segurança criminal não resolveu e decerto não resolverá esse problema mais grave.

10 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

O MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL SOB O PONTO DE VISTA DOGMÁTICO

Dogmaticamente também tínhamos a hipótese, ao iniciar esta pesquisa, de que o mandado de segurança criminal não se sustentaria, o que certamente decorria, inconscientemente, da análise dos fundamentos filosóficos, bem como da comparação, efetuada acima. Apesar da sua previsão constitucional, a própria Constituição também já teria previsto que as impugnações contra decisões judiciais se dariam mediante a interposição dos recursos legais. Se a lei não prevê efeito suspensivo, ou mesmo se não prevê recurso, a opção legislativa não poderia ser suprida pela impetração da segurança, que anularia a opção legislativa por via transversa¹¹.

Porém, esta nossa hipótese não se confirmou diante de uma interpretação histórica e teleológica do sistema jurídico brasileiro.

Após longa discussão sobre o cabimento do *habeas corpus* para proteção de direitos civis afrontados pela Administração, foi apresentado projeto de texto constitucional instituindo medida com a finalidade explícita de amparar justamente os direitos não tutelados por via daquele outro remédio. A redação original foi a seguinte:

Todo direito pessoal, líquido e certo, fundado na Constituição ou em lei federal, e que não tenha como condição de exercício a liberdade de locomoção, será protegido contra quaisquer atos lesivos de autoridades administrativas da União, mediante o processo dos artigos seguintes. (TUCCI, 1978, p. 17).

Importante notar, para a finalidade do nosso trabalho, que a ideia original era voltada para a impugnação de atos de autoridades administrativas, o que excluiria o mandado de segurança contra decisão jurisdicional criminal.

Depois de outros projetos, a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto constitucional em 1934 fez a proposição da seguinte maneira:

Toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança. (TUCCI, 1978, p. 19).

Assim como a redação do primeiro projeto, mais uma vez ficava excluída a possibilidade de impetração do *writ* contra decisão judicial. Nada obstante este tenha sido aprovado, o foi com uma emenda apresentada, resultando na redação final do art. 113, n° 33, da Constituição de 1934, nos seguintes termos:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. (TUCCI, 1978, p. 20).

Notemos que, diferentemente dos projetos citados, não houve limitação do sujeito passivo, não mais restrito a um órgão administrativo ou ao Poder Executivo. Pelo contrário, foi admitida a impetração contra

¹¹ *Haveria ressalva apenas se existisse alguma sentença criminal final que não pudesse ser objeto de recurso previsto em lei, caso em que haveria ofensa ao duplo grau de jurisdição.*

“qualquer autoridade”, o que demonstra a intenção ampla do legislador constituinte de então, amplitude que também foi adotada na atual redação (art. 5º, LXIX):

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Parece-nos claro, então, que uma interpretação histórica e teleológica da Constituição demonstra facilmente que o mandado de segurança é admitido contra ilegalidade ou abuso de poder de qualquer autoridade, o que permite a impetração contra decisão judicial de magistrado criminal no exercício da sua jurisdição.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Lei 1.533/51, no seu art. 5º, II, estabelecia que não caberia mandado de segurança contra decisão judicial quando ela pudesse ser impugnada por recurso ou correição previstos em lei. *A contrario sensu*, não havendo a previsão legal de recurso, a impetração seria admissível, embora essa orientação não fosse tranquila. Agora, a Lei 12.016/09 foi além, prevendo, nos incisos II e III do seu art. 5º, que somente não caberá mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso com efeito suspensivo, ou se ela tiver transitado em julgado.

Azevedo Neto (2012, p. 123-124) defende ser preciso ter cautela ao ler o artigo 5º, II, da Lei atual do mandado de segurança, que teria uma má-redação. Segundo ele, a interpretação conjunta com o inciso III estabelece três requisitos para a admissibilidade do remédio constitucional: ausência de recurso idôneo, ausência de coisa julgada e existência de uma decisão teratológica.

Na nossa visão, uma decisão teratológica não é apenas ilegal, mas somente aquela “manifestamente” ilegal, assim entendida como absurda, evidente sem nenhum esforço maior de raciocínio. Uma simples interpretação diversa, de lei ou de precedente, não é suficiente para a impetração, porque aí a questão não é de teratologia. Decisão teratológica num processo criminal seria, por exemplo, aquela que diz que o réu não poderá se manifestar em fase de alegações finais, por não ter se comportado “bem” no curso da lide. Mesmo nos casos em que o tribunal concordar com a posição jurídica do impetrante, o *mandamus* não caberia se houvesse qualquer controvérsia sobre o assunto abordado.

Por isso, gostaríamos muito de concordar com a exigência do terceiro requisito indicado por Azevedo Neto (2012), o que restringiria o cabimento do mandado de segurança criminal, indo ao encontro da nossa posição ideológica apontada anteriormente. Porém, não é isso o que diz a Constituição, tampouco a Lei 12.016/19. Ambos os diplomas falam apenas em “ilegalidade” ou (alternativamente) “abuso de poder”. Não exigem “manifesta” ilegalidade, o que poderia corresponder à teratologia. Talvez por isso, Camargo Aranha (2010), depois de citar doutrina que também reclama esse requisito mais rigoroso, apresenta seu pensamento dizendo ser cabível o *writ* quando “não houver recurso específico para se atacar o ato; ou havendo recurso este não chegar a tempo de tornar reparável o dano” (p. 375-376).

Essa admissibilidade dogmática ampla, por sua vez, é capaz de ensejar inúmeras impetrações no âmbito do processo penal brasileiro, muitas vezes apenas para o fim de dar efeito suspensivo a recurso que não o tenha legalmente. No âmbito civil tal questão há tempo teve sua importância reduzida, diante da possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao recurso interposto. Todavia, o mesmo não acontece no âmbito criminal (ARANHA, 2010, p. 377).

Portanto, embora a previsão legal termine anulando a intenção da lei processual penal de não admitir recurso em algumas hipóteses, ou de não permitir recurso com efeito suspensivo em outras, está muito clara a intenção do legislador: é cabível o remédio constitucional quando não houver previsão legal de recurso, ou para dar efeito suspensivo a recurso que não o tenha¹².

AS HIPÓTESES CASUÍSTICAS INDICADAS PELA DOCTRINA NACIONAL

Obviamente não é possível descrever todas as hipóteses que desafiam mandado de segurança criminal, já que a dinâmica social e a incerteza do futuro, com reflexo nos processos judiciais, nos impedem de prever todas as situações que podem surgir no bojo de uma lide penal. De qualquer forma, mesmo sem capacidade de exaurir tais hipóteses, passemos ao estudo daquelas mais citadas na doutrina nacional.

Rogério Lauria Tucci (1978, p. 176-191) estabeleceu algumas hipóteses casuísticas passíveis de mandado de segurança criminal. Para fins didáticos, visando facilitar a apresentação da matéria, permitimo-nos enumerá-las: 1) contra decisão de tribunal que mantenha “ilegalmente” a apreensão de coisa realizada por autoridade policial, após pedido de restituição negado pelo juiz de 1ª instância; 2) para impugnar extensão de busca e apreensão a peças e produtos que não os suficientes à elaboração de laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial; 3) contra a apreensão de carteira de motorista por força de sentença condenatória não transitada em julgado, nos casos de lesão corporal culposa no trânsito, diante da ausência de efeito suspensivo ao recurso; 4) contra decisão concessiva de sequestro, ante a ausência de recurso com efeito suspensivo; 5) nos casos de pretensão de inamovibilidade de preso processual; 6) para vista dos autos por advogado não defensor do réu; 7) para questionar a forma de inquirição de testemunhas; 8) para excluir o nome do acusado do rol dos culpados; 9) para permitir a autodefesa pelo acusado; e 10) para anular julgamento proferido em sede de apelação ante a ausência de recurso cabível, ou à mútua de recurso com efeito suspensivo.

Heráclito Antônio Mossin (1996, p. 186-190, 193, 201, 205-209), por sua vez, acrescenta outras situações que, para ele, ensejam a impetração do *mandamus* contra ato jurisdicional de natureza processual penal: 11) contra busca e apreensão efetivada sobre bens do indiciado, acusado ou de terceiros; 12) contra decisão que negue habilitação de assistente de acusação; 13) contra decisão indevida de recebimento de apelação; 14) para cancelamento da distribuição de ação penal trancada, visando a expedição de certidões negativas de antecedentes e o sigilo de registro criminal em favor do reabilitado; 15) contra ausência de intimação das partes para qualquer ato processual e do acusado para audiência de instrução; 16) para conferir efeito suspensivo a recurso cuja lei prevê efeito meramente devolutivo; 17) contra decisão que não admite o processamento de correição parcial; 18) contra decisão que indefere a juntada de documento em qualquer fase do processo; 19) para visita de advogado a presídio; 20) para permitir que o advogado tenha vista e retire do cartório judicial os autos dos processos judiciais para os prazos legais.

Os manuais de processo penal brasileiro trazem ainda outras hipóteses de impetração, além de algumas daquelas já mencionadas acima: 21) contra identificação criminal daquele já civilmente identificado; 22) para impedir a produção de prova contra si mesmo; 23) para ser garantido ao preso provisório o direito de

¹² Exceção só se faz nos Juizados Especiais, diante da previsão constitucional específica de um procedimento sumariíssimo (art. 98, I, da Constituição Federal), o que, a nosso ver, autoriza a opção legal de não admitir recurso contra decisões interlocutórias em geral, sob pena de o rito se tornar mais lento que o ordinário.

voto (RANGEL, 2006, p. 824, 827, 830); 24) para impedir injustificada quebra de sigilo fiscal, bancário ou de outros dados; 25) para permitir o acesso do advogado aos autos do inquérito ou processo, bem como sua presença durante a produção de alguma prova¹³; 26) contra decisão que determina soltura de um réu, na sentença condenatória que lhe aplicou pena elevada, embora haja motivo para a prisão cautelar (NUCCI, 2014, p. 908-909); 27) para o advogado comunicar-se pessoal e reservadamente com seu cliente; 28) para evitar o desentranhamento de documentos; 29) para oferecer quesitos e acompanhar perícia; 30) contra fechamento de estabelecimento de diversões públicas; 31) e em sindicância administrativa contra policiais (MIRABETE, 2007, p. 766-767); 32) para a restituição de coisas apreendidas em geral; 33) para trancamento do inquérito ou processo pela vítima, notadamente nas infrações privadas ou públicas condicionadas à representação, quando esta não tenha autorizado o início da persecução penal, como também pela indiciada ou ré quando ela for uma pessoa jurídica (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 1650), ou em todos os casos em que à infração penal não for cominada pena privativa de liberdade (LIMA, 2019, p. 1881).

Em função do nosso limite espacial, não temos como abordar individualmente cada uma das situações exemplificativamente enunciadas acima. Mas podemos dividi-las em sete grupos, o que permite que sejam analisadas em blocos. São eles: 1) mandado de segurança contra decisão que denega recuso interposto; 2) contra apreensão de bens; 3) para dar efeito suspensivo a recurso cuja previsão legal é de efeito meramente devolutivo; 4) contra decisões interlocutórias não passíveis de um dos recursos previstos em lei; 5) contra recebimento de recurso; 6) para trancamento de ação penal ou inquérito policial; 7) contra atos judiciais de natureza administrativa.

Não vemos como aceitar a impetração na primeira situação, seja filosoficamente, seja dogmaticamente. Se a lei prevê os recursos, que foram devidamente utilizados pela parte, sem obtenção do êxito pretendido, não se pode admitir o *writ* como mais uma forma de impugnação, sob pena de manutenção das causas *ad aeternum*.

Para a apreensão indevida de bens a via adequada de impugnação é aquela prevista nos arts. 118 e segs., do Código de Processo Penal (CPP), ou seja, o pedido de restituição de coisas apreendidas, cuja decisão final desafia apelação, na forma do art. 593, II, do CPP. Por isso, igualmente não vemos sentido no mandado de segurança meramente substitutivo da medida prevista em lei, que seria desnecessário – acarretando a falta de interesse de agir.

É verdade que existem recursos criminais que não possuem efeito suspensivo. Contudo, se assim optou o legislador processual penal (ainda que por silêncio eloquente), não deveria haver uma forma de modificação da opção legislativa por via transversa. Talvez em algumas dessas hipóteses fosse melhor ter sido prevista a possibilidade de concessão do efeito desejado a critério do relator, não fazendo sentido a admissão de uma nova ação, de impugnação, apenas com essa finalidade. Apesar disso, uma interpretação *a contrario sensu* do art. 5º, II, da Lei 12.016/09, nos leva a uma conclusão dogmática oposta em tal situação, conforme já explicamos antes¹⁴.

No quarto bloco elencamos as decisões interlocutórias não passíveis de recurso previsto em lei. Para elas, todavia, quase sempre há outra solução diversa da admissão do mandado de segurança criminal: a arguição futura de nulidade em preliminar de apelação. Somente nos casos de decisões teratológicas que causassem

¹³ Insta acentuar, como feito por Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 1881), que o direito de acesso aos autos é ressalvado no tocante às diligências em andamento, não documentadas.

¹⁴ Vale ressaltar que segundo a Súmula 604, do STJ, de 28/02/2018, o mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2019.

dano irreparável se poderia cogitar da impetração em tal situação, como na esdrúxula hipótese de inclusão do nome do acusado no rol dos culpados ainda no curso do processo. Todavia, dogmaticamente temos que aceitar a impetração mais uma vez, diante da previsão do art. 5º, II, da Lei 12.016/09.

Mas em nenhuma hipótese podemos aceitar o mandado de segurança contra decisão que recebe recurso. Basta que a parte inconformada tenha alegado a preliminar de não conhecimento em suas contrarrazões, caso em que ela já será obrigatoriamente objeto de análise pelo tribunal, desafiando embargos de declaração em caso de omissão. Neste caso, pensamos faltar interesse de agir na impetração da segurança.

Da mesma forma, não concordamos com a abertura do uso do *mandamus* para trancamento de inquérito ou processo penal, porque a respectiva irresignação pode ser manifestada visando uma sentença absolutória, ou mesmo na via recursal cabível contra eventual sentença condenatória.

No entanto, concordamos com a aceitação generalizada do mandado de segurança “criminal” contra atos de juízes que estejam no exercício de funções administrativas. Nestas situações, suas decisões não são objeto dos recursos previstos em lei, atuando o magistrado impetrado como qualquer outra autoridade pública.

Mossin (1996, p. 70, 73-79) defende ainda o uso do mandado de segurança criminal na fase de inquérito, elencando as seguintes situações: 34) contra indeferimento de requerimento de abertura de inquérito policial; 35) para permitir a comunicação entre o preso e seu advogado; 36) para arguição de suspeição da autoridade policial; 37) contra indeferimento, pela autoridade policial, de confecção de exame de corpo de delito ou outra perícia voltada ao esclarecimento da verdade; 38) contra decisão que concorda com pedido de arquivamento de inquérito formulado pelo Ministério Público (MP); 39) quando o magistrado deixar de atender o pronunciamento do procurador geral que manteve o arquivamento do inquérito.

No entanto, na maioria das situações o problema pode ser facilmente solucionado por meio de pedido ao juiz, ou até ao membro do MP, como também por meio da fiscalização externa feita pelo último (art. 129, VII, da CF). A comunicação entre preso e advogado, por sua vez, já é atendida atualmente pela necessária audiência de custódia, que vedaria citado abuso. A apreensão indevida de bens, como já dito antes, é objeto de pedido de restituição. Por fim, quanto às hipóteses trinta e oito e trinta e nove, a opção legal foi a da sistemática do art. 28 do CPP, o qual, se não atendido ao final pelo juiz, resolve-se simplesmente pelo não oferecimento de denúncia, já que legalmente o inquérito estaria arquivado.

Portanto, embora no plano dogmático tenhamos uma posição teórica até menos restritiva que boa parte da doutrina brasileira, já que não limitamos a impetração do mandado de segurança criminal às decisões teratológicas, as hipóteses casuísticas por ela apresentadas são bem mais amplas, sob um ponto de vista prático, concreto, do que aquilo que pensamos que deveria ser admitido.

CONCLUSÕES

Ao verificarmos as razões que fundamentam as impugnações das decisões judiciais, a partir do que entendemos como a base filosófica das impugnações aos atos jurisdicionais, não vemos sentido em admitir a impetração de mandado de segurança criminal, diante da já excessiva previsão de recursos no processo penal brasileiro, ressaltando apenas a difícil situação de decisão teratológica, que cause prejuízo imediato e irreparável, sem que seja passível de recurso previsto em lei.

Dogmaticamente, porém, não temos como inadmitir a impetração nos ritos ordinário, sumário e especial, salvo nos casos de haver previsão legal de recurso com efeito suspensivo ou de decisão transitada em julgado (art. 5º, II e III, da Lei 12.016/09).

Apesar de normativamente o mandado de segurança criminal ser até mais amplo do que ensina boa parte da doutrina nacional, as hipóteses casuísticas por ela apresentadas são excessivas, seja por não ser admissível o *writ* contra recurso interposto e negado, seja por não ser cabível para a liberação de bens apreendidos, ou por não servir para combater a decisão que recebe recurso interposto.

Ao que nos parece, a melhor solução para o problema seria, *de lege ferenda*, passarmos a prever uma única espécie de recurso para a impugnação de qualquer decisão criminal interlocutória, mas limitada aos casos de danos de difícil reparação que não pudessem aguardar a arguição em preliminar de futura apelação, com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo pelo órgão superior, de forma semelhante ao que estava vigendo no Código de Processo Civil revogado em 2015. Isso reduziria as hipóteses casuísticas de cabimento do mandado de segurança criminal, mas não as eliminaria totalmente, haja vista que, sob o ponto de vista do direito positivo brasileiro, não haveria como evitar a impetração em outras situações, diante da previsão constitucional ampla em cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de segurança em matéria penal: algumas variáveis. In: **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 100, p. 51-57, 2011.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. Mandado de Segurança contra ato judicial: evolução, polêmica e cabimento. In: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino (Org.). **Comentários à nova lei do Mandado de Segurança**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 105-137.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BOSSIO, Ricardo Chirinos. El problema de la explicación en la ciencia. Las explicaciones causales em Bas Van Fraesen. In: **Opción**, Maracaíbo, año 23, n. 53, p. 140-155, 2007.

CAVALCANTE, Mônica Magalhães; SANTOS, Leonor Werneck. Referenciação e marcas de conhecimento compartilhado. **Linguagem em (Dis)curso**, v. 12, n. 3, p. 657-681, dez. 2012. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/12>. Acesso em: 24 set. 2017.

DOMINGUES, Ivan. **O Grau Zero do Conhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 63, p. 188-230, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MATURANA, Humberto. **A Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

- MINÁ, Frederico Ivens. **Do mandado de segurança em matéria criminal**. 16 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1925/Do-mandado-de-seguranca-em-materia-criminal>>. Acesso em: 27 set. 2017.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Mandado de Segurança em Matéria Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- POULIN, Anne Bowen. **Government Appeals in Criminal Cases: The Myth of Asymmetry**. 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1118402>>; <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1118402>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROMANO, Rogério Tadeu. **Mandado de Segurança Contra Ato Judicial no Processo Penal**. jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40796/mandado-de-seguranca-contrato-judicial-no-processo-penal>>. Acesso em: 27 set. 2017.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Editorial DYKINSON, 2005.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- TOURINHO, Fernanda Cardoso Castro. **Mandado de Segurança Criminal**. 1. ed. São Paulo: IOB, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. **Processo Penal**. v. 4. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- VOLK, Klaus. **Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal**. Traducción de la 7. ed. alemana por Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

REVISTA
BRASILEIRA
DE **SEGURANÇA PÚBLICA**