

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mandado de Segurança em matéria criminal

Andrey Borges de Mendonça
Professor Doutor



ROTEIRO DA AULA

ROTEIRO

- 1. Breve Estudo Histórico
- 2. Natureza Jurídica
- 3. Tutela jurisdicional
- 4. Condições da Ação
- 5. Pressupostos processuais
- 6. Competência
- 7. Procedimento



1. Estudo histórico

- ▶ Redação ampla do art. 72, §22, da Constituição de 1891 [“Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”].



1. Estudo histórico

- EC de 1926: reação dos legisladores e restrição do HC para liberdade de locomoção (art. 72, §22: “prisão” e “liberdade de locomoção”): “imminente perigo de sofrer violencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.
- Surge vácuo de proteção



1. Estudo histórico

- Constituição de 1934: surge o Mandado de segurança em reação à redução do escopo do habeas corpus
 - Art. 113, 33) “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do **direito, certo e incontestável**, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petítórias competentes”.



1. Estudo histórico

Constituição
de 1891

Reforma de
1926

Constituição
de 1934



• Constituição de 1988

- 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



2. NATUREZA JURÍDICA

- **Ação constitucional**, de **natureza mandamental**, cujo objeto de proteção é **liberdade jurídica do indivíduo**, diversa da liberdade de locomoção e do livre acesso a registro de dados pessoais e sua retificação
- ✓ Pode atuar como ação de impugnação



3. TUTELA JURISDICCIONAL

- Art. 1º da Lei 12.016/2009 (que regula MS)

- (i) **Preventiva**: “houver **justo receio** de sofrê-la” (crítica: receio é o reflexo subjetivo da ameaça) - ameaça objetiva e atual, extraível de fatos
- (ii) **Reparatória**: “sofrer violação”



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

(i) Interesse de agir

- Para cabimento do Mandado de Segurança. **Critérios positivos e negativos. Sem os quais, extinção sem resolução de mérito**



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Critérios positivos

1. Direito líquido e certo

2. Praticado por autoridade

3. Ilegalidade ou abuso de poder



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

1. Direito líquido e certo

- ✓ Exige comprovação documental do direito líquido e certo com a impetração (“processo documental”)
- ✓ **tutela rápida e eficaz** de direitos individuais, com rito sumário.



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- ✓ Se fato certo e incontestável: juiz resolverá a questão de direito (por mais complexa, intrincada e difícil que se apresente).
- ✓ Súmula 625 do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- ✓ Veja que é questão relativa à condição da ação:
 - ✓ (i) Se não houver direito líquido e certo: **carência da ação**, por ausência de interesse-adequação (e não julgamento de improcedência): outras vias
 - ✓ (ii) Se houver direito líquido e certo: isto não significa que a ordem será concedida



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

2. Praticado por autoridade

- ✓ Autoridade é o agente do poder público ou funcionário público, legitimamente investido no exercício de suas funções. Pode ser autoridade privada (reitor de universidade por exemplo).
- ✓ Mas no processo penal só **autoridades estatais** exercem persecução
- ✓ Se ato de particular: inadequação do MS (diferença HC)



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

3. Ilegalidade ou abuso de poder

- ✓ “*Ilegalidade*”: inclui violação à lei ordinária e à Constituição
- ✓ “*Abuso de poder*”. Divergência (excesso de poder ou desvio de poder). Pouca relevância prática
- ✓ Condição da ação (*in status assertionis*) vs. mérito



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Requisitos negativos:

1. Não cabível HC e HD

2. Não ser decisão com recurso de efeito suspensivo

3. Não haver trânsito em julgado

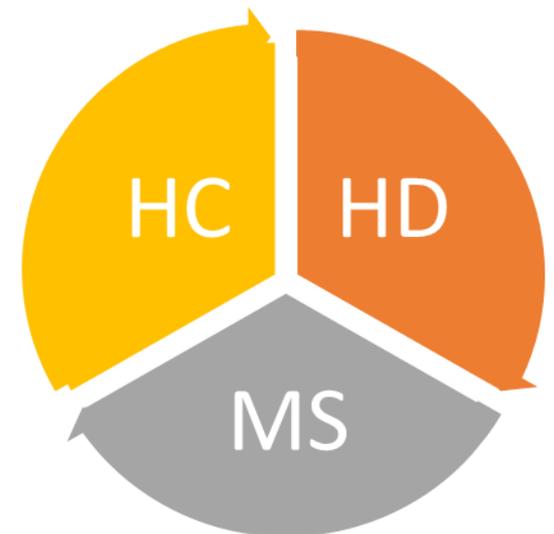


4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

4. Não cabível HC e HD

✓ Campo **residual** de cabimento, dado por exclusão: em razão da origem histórica

✓ Três tutelam liberdade jurídica do indivíduo:



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- Se cabível HD, não cabe MS: Exclui em caso de direito ao **conhecimento e retificação** de registros de dados pessoais e sua retificação
- Mas MS cabe para **excluir registros de antecedentes** (RMS 16.235).



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- Recorde-se do cabimento amplo do HC, bastando ameaça (ainda que distante).
- Somente caberá MS, **se não houver nenhuma ameaça à liberdade de locomoção, ainda que indireta:**
 - (i) contra pena exclusiva de multa – Enunciado 693 do STF;
 - (ii) pena privativa de liberdade já cumprida – Súmula 695 do STF;
 - (iii) processo e pena em caso de pessoa jurídica (Lei 9605)
 - (iv) Para exclusão de antecedentes penais (AgRg no HC 174.410/DF, Rel. JORGE MUSSI, 5ª t, julgado em 09/08/2011)
 - (v) Envolvendo porte de drogas para consumo pessoal



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **5. Não ser decisão judicial contra a qual caiba recurso de efeito suspensivo**
- Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.
- Lei 12016/2009: Art. 5º, inc. II Não cabe MS “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **NÃO CABE MS = [RECURSO] + [EFEITO SUSPENSIVO]**
- **Cabimento de MS contra atos judiciais é sempre excepcional: para correção de falhas do sistema recursal**



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- MP usava o MS para dar efeito suspensivo/ativo a recurso em sentido estrito (contra decisão de liberdade teratológica ou liberação de bens), pex.
- Súmula 604 do STJ: “O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público”.
- Defesa pode se valer



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **6. Não haver trânsito em julgado**
- Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
 - (...) III - de decisão judicial transitada em julgado.
- Súmula 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **(ii) Legitimidade de agir – legitimidade ativa**

- ✓ MS não é ação popular, como o HC.
- ✓ Segue a regra geral de legitimação ordinária: titular do direito que se considera violado é o legitimado ativo
- ✓ Autor da ação de MS: impetrante. Não há impetrante e paciente (confundem-se)



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

• No processo penal MS pode ser impetrado:

Pelo imputado (mesmo que estrangeiro)

Pelo advogado

Pelo MP

Ofendidos

Por terceiros



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

• MS impetrado pelo imputado

- ❖ Apreensões manifestamente ilegais (procedimento restituição)
- ❖ Para assegurar direito de presença do réu no júri (STJ. RMS 11059)
- ❖ direito à prova – impor ao réu o pagamento da perícia (STJ, RMS 8029)
- ❖ Para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução
- ❖ CPI: Atos que exige reserva de jurisdição constitucional (busca e apreensão domiciliar e interceptação telefônica) – art. 58, §3, CF (com exceção da prisão)
- ❖ CPI: Ausência de motivação no afastamento de sigilo bancário e fiscal



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

• MS impetrado pelo advogado

• sobretudo em caso de **violação de prerrogativas**:

- Negativa de acesso ao inquérito ao advogado. MS ou Reclamação por afronta à SV 14.
- Violação do sigilo cliente-advogado (depoimento)
- Direito de comunicar-se livremente, mesmo incomunicável
- Negativa de Intervenção em CPI (MS 25617 STF)
- Aplicação de multa por abandono da causa (art. 265 do CPP)



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **MS impetrado pelo MP**

- Exemplos:

- (i) assegurar prerrogativas funcionais

- (ii) não observância do devido processo legal e do direito à prova da acusação (ex. indeferimento de oitiva de testemunha sem fundamento)



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **MS impetrado pelo ofendido**
- Indeferimento do pedido de habilitação como assistente na fase processual (art. 268). Só dois requisitos: ser ofendido e iniciado o processo. **Bastante comum!**
- Também para assegurar direito à prova no caso de querelante
- Arquivamento de inquérito policial em situações teratológicas (com base em prescrição em perspectiva, pex). Nova regulamentação pelo Pacote Anticrime



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **MS impetrado por terceiros**
- Tratamento abusivo de testemunha por CPI;
- Empresas que alegam ilegalidade da ordem judicial (afastamento de sigilo bancário, telefônico e de dados). **Muito atual**
- Ex: RMS 62.143, pela 3ª Seção do STJ, 26 de agosto de 2020



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **(ii.b.) Legitimidade de agir – legitimidade passiva**

- Estado (pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertença a autoridade coatora) e autoridade coatora (órgão que praticou o ato)
- Petição inicial: “indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições” (art. 6) que será cientificada para que, *querendo*, ingresse no feito (art. 7º, II).



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **Autoridade coatora:** “art. 6º, § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.



4. CONDIÇÕES DA AÇÃO

- **Litisconsórcio passivo necessário:** citação de terceiro sempre que a concessão da ordem puder implicar atingir ou modificar sua posição jurídica.
- **Visa assegurar o contraditório, sob pena de ineficácia da decisão**
 - ✓ **Súmula 701 do STF:** “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

- **(i) Aptidão da petição inicial:** art. 6º, caput, Lei 12016: requisitos do CPC, art. 319 e 320, com adaptações (não há possibilidade de especificação de provas e nem a opção pela possibilidade de audiência de conciliação)
- Forma rígida, ao contrário do HC



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

- (a) Juízo a que é dirigida. Veremos adiante a competência
- (b) Qualificação do Impetrante e da autoridade coatora (Vara ou juízo que expediu a ordem).



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

- (c) Pessoa jurídica à qual está vinculada?
Finalidade é permitir ingresso (art. 7º, II)
- (d) Causa de pedir e pedido
- (e) Valor da causa (art. 319, V): inestimável no processo penal, mas nem sempre (cautelar patrimonial).
- Não há pedido de provas



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

(ii) Capacidade postulatória

- advogado inscrito na OAB.
- Não se trata de ação popular, ao contrário do *Habeas corpus*



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

- **(iii) Ausência de preclusão (fato impeditivo)**
- Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos **120 (cento e vinte) dias**, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.
- Prazo decadencial (não se suspende ou interrompe).



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Impetrado o mandado de segurança após o transcurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/2009, é imperioso reconhecer a decadência do direito da parte de se valer do *mandamus*. *In casu*, a decisão apontada como coatora foi proferida em audiência ocorrida em 26/7/2018 e para a qual o impetrante havia sido prévia e legalmente intimado. O resultado de tal audiência foi publicado no Diário da Justiça do dia 17/8/2018 (sexta-feira). **Iniciada a contagem do prazo decadencial no primeiro dia útil seguinte, seja dizer, no dia 20/8/2018 (segunda-feira), o prazo se esgotou no dia 17/12/2018 (segunda-feira).** No entanto, a inicial do mandado de segurança somente foi protocolada em 25/01/2019 (AgRg no RMS 61.363/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019)



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

(iii) Recolhimento de custas (fato impeditivo)

É ação civil ou penal?



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECOLHIMENTO DE CUSTAS. AUSÊNCIA. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE NATUREZA CIVIL. 1. O mandado de segurança é ação constitucional que objetiva proteger direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data. **Tem natureza processual civil, ainda que manejado no âmbito de processo criminal, daí porque não há falar em inexigibilidade do recolhimento das custas processuais.** 2. Ao que se tem, não houve pedido de justiça gratuita na primeira oportunidade concedida aos impetrantes. Nos termos do art. 321 do Código de Processo Civil, concedido prazo para que o autor emende ou complete a exordial, o não cumprimento da diligência importa em indeferimento da petição (AgRg no RMS 55.950/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)



6. COMPETÊNCIA

Competência se determina *ratione personae, materiae e loci*.

Autoridade Coatora	Competência
Juiz Estadual	TJ
Juiz Federal	TRF
TJ ou TRF	Próprio Tribunal (art. 21, VI, LOMAN)
Juiz do JEF	Turma Recursal
Turma Recursal	Turma Recursal (Súmulas 41 e 376 do STJ: Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial)
Controle da competência Turma Recursal	TJ ou TRF (STJ, Jurisprudência em teses, ed. 89, tese 9)
Membro do MP	TJ ou TRF
Ato Delegado de Polícia	Juiz responsável pelo caso ou juiz de garantias



7. PROCEDIMENTO

- (i) Petição inicial;
- (ii) Necessidade de Emenda da inicial
- (iii) Recebimento da petição ou indeferimento liminar
- (iv) Possibilidade de concessão de liminar (fundamento relevante e risco de ineficácia da decisão).
- (v) Notificação da autoridade coatora, para prestar informações em 10 dias.
- (vi) Informações.
- (vii) Parecer do MP em 10 dias.
- (viii) Decisão em 30 dias.



DICAS



1. Identificar a autoridade Coatora (não precisa nominar).
2. Individualizar que não há recurso cabível para a decisão ou que o recurso não possui efeito suspensivo



DICAS



3. Identificar em que consiste a ilegalidade e o abuso de poder

4. Indicar a necessidade de liminar (*fumus boni iuris e periculum in mora*)



DÚVIDAS



OBRIGADO

• andreyborges@yahoo.com.br

