



Decisão do STJ desequilibra a balança da Justiça

20/11/2017

Os veículos de imprensa noticiaram e deram destaque a decisão liminar do Superior Tribunal de Justiça dando conta de que “o Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança visando conferir efeito suspensivo a recurso” por ele manejado, sob pena de desrespeito ao devido processo legal e de se conferir à impugnação produção não contemplada em lei.

A questão, com o devido respeito, se mostra tormentosa, tanto que os signatários ousam discordar da compreensão da ministra Laurita Vaz, cuja decisão não pode persistir pautando a atual orientação jurisprudencial, mormente porque, consoante se demonstrará, olvida o relevante papel ministerial na defesa da sociedade organizada, despreza o novo regramento atinente ao mandado de segurança, afasta o novo Código de Processo Civil e desconsidera os termos da própria Carta Constitucional, culminando, inclusive, por fragilizar a posição dos homens e mulheres de bem, dando-lhes a certeza de que a balança da Justiça pende sempre em prol de um dos lados (criminosos) e a falsa impressão de impunidade.

Como se sabe, a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), ao projetar a execução da sanção penal como atividade tipicamente jurisdicional, nos moldes do seu artigo 2º, oferece aos atores processuais remédio próprio para sanar eventuais ilegalidades decorrentes das decisões do juízo com competência executória: o agravo em execução.

Previsto expressamente no artigo 197 da Lei de Execução Penal, referido recurso terá processamento semelhante ao recurso em sentido estrito do Código de Processo Penal, não possuindo efeito suspensivo *ope legis*.

Ocorre que a praxe ministerial, com a chancela de antigos escritos doutrinários — à exemplo dos saudosos Hely Lopes Meireles e Júlio Frabbrini Mirabete —, utiliza do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo do artigo 197.

Instado a se posicionar sobre o manejo do remédio heroico como meio idôneo para a suspensão dos efeitos da decisão de primeira instância, paralelamente ao agravo em execução, o Superior Tribunal de Justiça fixou:

“O Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança almejando atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos, pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197, da Lei de Execuções Penais, o agravo em execução não possui efeito suspensivo” (STJ, HC 47.516 – SP, ministra Laurita Vaz, julgado em 13 de setembro de 2005).

Referido posicionamento, com a devida vênia e conforme inicialmente aduzido, não merece mais, com a atual Constituição Federal e com a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), prosperar.

A Constituição Federal de 1988, manifestação legítima do povo, detentor do Poder Constituinte Originário, elevou o Ministério Público a instituição permanente, essencial, protetora da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis (artigo 127, *caput* da Constituição Federal de 1988).

Nesse sentido, não seria leviano se afirmar que fora, talvez, o Ministério Público a instituição do Estado brasileiro mais alterada pela Carta Cidadã de 1988, fenômeno retratado pelo Supremo Tribunal Federal como o “fortalecimento institucional do Ministério Público” (STF, HC 102.147, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 16/12/2010). Dessa forma, deixando de lado seu aspecto primordialmente penal, o *parquet* brasileiro foi elevado a instituição com atribuição para a defesa dos interesses e direitos da sociedade, vinculado a prestigiar, dentre os vários segmentos sociais, aquele composto dos carentes por justiça.

Ora, diante do exposto e tendo em vista que a segurança é direito individual, previsto no artigo 5º, *caput*, tem o Ministério Público legitimidade para defesa desse direito perante os órgãos do Poder Judiciário. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, ao impossibilitar o manejo do remédio heroico para a atribuição de efeito suspensivo a uma decisão ilegal do juízo das execuções penais, nega ao Ministério Público função pela Constituição a ele outorgada.

Isto é, o tribunal que em inúmeras passagens se autoproclama como cidadão, calçado em uma visão positivista de uma lei pré-constitucional e, portanto, vinculada ao perfil ministerial existente à Constituição de 1969, lança mão de interpretação violadora da Carta de 1988 — esta, sim, cidadã —, violando, desse modo, o novo perfil político-constitucional do *parquet* brasileiro.

Além disso, não se pode desconsiderar que o vetusto posicionamento fixado pela corte de Justiça encontra-se superado legislativamente pela nova Lei do Mandado de Segurança.

Como se sabe, à época em que o precedente jurisprudencial fora fixado, o mandado de segurança era regulado pela arcaica Lei 1.533/51. Embora as alterações promovidas pelo novo diploma legal tenham sido mínimas, destaca-se a restrição do conceito negativo do *mandamus*. Enquanto na Lei 1.533/51 era impossível o manejo do remédio heroico quando se tratava de decisão judicial cuja correção pudesse ser efetivada por meio de recurso, a nova Lei 12.016/09 dispõe que não cabe referido remédio na hipótese de decisão judicial cuja correção importe na possibilidade do manejo de recurso com efeito suspensivo.

Como retratado, a nova Lei do Mandado de Segurança aumentou as hipóteses que admitem o manejo do remédio heroico, circunstância que não desqualifica o seu caráter excepcional. Agora, a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do inciso II, do artigo 5º, cabe mandado de segurança quando a decisão judicial, a despeito de passível de correção por meio de recurso, não comporta efeito suspensivo *ope legis*. É exatamente o caso enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes que analisam o efeito suspensivo do agravo em execução do artigo 197 da Lei de Execução Penal.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos atores processuais a possibilidade de manejo de recurso sem efeito suspensivo — agravo em execução do artigo 197 da Lei de Execução Penal —, é possível vislumbrar hipótese de impetração de mandado de segurança com referida finalidade. Não há no caso, *data máxima venia* ao pontuado pelo Superior Tribunal de Justiça, afronta ao devido processo legal, visto que referida hipótese é expressamente sufragada pelo ordenamento jurídico pátrio — artigo 5º, II, da Lei 12.016/09.

Não é diferente o entendimento de Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

“Temos que, da interpretação do art. 5º, inc. II, da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), conclui-se pelo cabimento do remédio heroico para conferir efeito suspensivo ao recurso. De sorte que o inc. II da norma, dispõe que não será concedido mandado de segurança quando se tratar “de decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo”. Ora, partindo-se dessa premissa, pode-se concluir, a contrario sensu, cabível o writ quando não houver previsão de efeito suspensivo para determinada hipótese de recurso”.

O Supremo Tribunal Federal também compartilha do mesmo posicionamento, conforme retrata decisão nos autos do RMS 26.265, de lavra do ministro Celso de Mello, posterior, inclusive, ao posicionamento da Superior Tribunal de Justiça:

"O exame do remédio constitucional do mandado de segurança tem levado a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais em geral, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, a admitirem a possibilidade de impetração mandamental contra atos de conteúdo jurisdicional, sempre que, presente situação de dano efetivo ou potencial, tais atos comportarem recurso destituído de eficácia suspensiva, como sucede, p. ex., com o recurso extraordinário, que possui efeito meramente devolutivo. É por isso que esta Suprema Corte, ao destacar a cognoscibilidade da ação de mandado de segurança ajuizada contra decisões judiciais, tem reconhecido, de longa data, que o 'writ' constitucional terá inteira admissibilidade, ainda que excepcionalmente, desde que, caracterizada situação de dano irreparável (ou de difícil reparação), o recurso delas cabível não tenha efeito suspensivo: (...) Esse entendimento, no sentido da excepcional admissibilidade de mandado de segurança contra decisão judicial impugnável mediante recurso desprovido de efeito suspensivo, sempre teve, como ora referido, o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...) mesmo nos casos em que cabível, tão somente, o recurso extraordinário (...) Tal orientação jurisprudencial, por sua vez, veio a ser formalmente positivada em texto normativo hoje inscrito no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009" (RMS 26.265 AgR, relator ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgamento em 16/9/2014, DJe de 13/10/2014).

Também não se pode deixar de ressaltar que o direito de não sofrer no curso do processo dano irreparável ou de difícil reparação é corolário do direito de ação, previsto expressamente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É nesse sentido o magistério do saudoso e eterno ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki:

“Se, por força da Constituição, têm os litigantes o dever de submissão às vias processuais estabelecidas, também por força constitucional têm eles o direito de não sofrer danos

irreparáveis no curso do processo, enquanto não esgotados os meios e recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa”.

Conforme ressaltado pelo saudoso mestre, a submissão dos atores processuais ao devido processo legal não se encerra no respeito ao rito expressamente estabelecido em lei, mas, também, ao dever geral de cautela que possui o juiz em garantir ao processo o seu resultado útil. Dessa forma, o objeto da ação mandamental é a “proteção do direito à utilidade do processo, do direito de não sofrer prejuízos irreparáveis enquanto não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada pela Constituição”. Por isso, “o Mandado de Segurança, nestes casos, outro objeto não tem senão o de assegurar a efetivação da garantia outorgada pelo art. 5º, LV, da Constituição, a que ambas as partes, aliás, têm direito, de modo a que se chegue a uma sentença potencialmente efetiva”.

Além disso, de longa data a doutrina já pontua que as cautelares estritamente processuais, em âmbito penal, não violam a Constituição. É nesse sentido o magistério de Dinamarco, Cintra e Grinover. Além disso, Ada, Magalhães e Sacrance, com base no artigo 558, *caput*, do revogado Código de Processo Civil, entendem possível que o relator de recurso confira efeito suspensivo, com vistas a suspender os efeitos da decisão até o pronunciamento do colegiado competente do tribunal, quando verificar possibilidade de lesão grave e de difícil reparação. O mesmo entendimento é verificado com o advento do novo Código de Processo Civil, no ano de 2015, como se infere do seu artigo 995, parágrafo único.

Ademais, com a devida vênia, não há indevida restrição do direito do apenado em razão da atribuição de efeito suspensivo ao agravo manejado pelo órgão ministerial.

O garantismo penal, atualmente muito utilizado para a defesa dos interesses de réus e condenados, tal como proposto e arquitetado por Luigi Ferrajoli, possui dupla função: afastar os excessos (*Übermassverbot*) e combater a proteção deficiente (*Untermassverbot*). Trata-se, respectivamente, da função negativa e positiva da teoria. Buscam-se garantias e imunidades, e não impunidade. É nesse sentido que se constrói, atualmente, o garantismo binocular.

Dessa forma, embora caiba ao Poder Judiciário afastar os excessos decorrentes da limitação da liberdade do indivíduo, cabe a ele, igualmente, o dever de proteção da sociedade. Conforme já pontuado pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, o dever de proteção pauta-se, essencialmente, no dever de segurança, sendo sua violação, igualmente, uma violação à direitos fundamentais:

“Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiui-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...]” (MENDES, Gilmar Ferreira. “Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem

constitucional". *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999).

Ante o exposto, fácil é a percepção da atual toada traçada pelo Superior Tribunal de Justiça ao negar efeito suspensivo ao agravo no âmbito da execução penal: adoção, única e exclusiva, do garantismo hiperbólico monocular. Ora, procura a corte de Justiça defender, com unhas e dentes, tão somente os direitos e interesses dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Enquanto isso, os demais cidadãos e a sociedade clamam, sem sucesso, por proteção. Desconsidera-se, com apenas algumas folhas de voto, o direito subjetivo à segurança titularizado pela sociedade.

Dessa fora, mesmo nos casos de flagrantes ilegalidades praticadas pelo juízo de primeira instância em favor do réu ou condenado — e, conseqüentemente, em desfavor da sociedade —, não poderá o órgão ministerial, seu legítimo defensor, buscar suspender os maléficos efeitos dessa decisão, suportando esta o indevido ingresso no seu meio de pessoa que ainda não possui os pressupostos previstos em lei para obtenção de benefícios penais. Por outro lado, demonstrando o desequilíbrio atualmente existente, dispõe o réu ou o condenado, em face de ilegalidade praticada pelo juízo das execuções, de remédio efetivo, possuidor de efeito suspensivo: o Habeas Corpus.

Ora, parece que é chegada a hora de se alterar tal compreensão, cuidando-se de se equilibrar a balança da Justiça.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-nov-20/mp-debate-decisao-stj-desequilibra-balanca-justica/>