



Mandado de Segurança pode ser usado contra coisa julgada, decide STF

O que o advogado criminalista pode fazer quando uma decisão é manifestamente contrária ao princípio da legalidade? Em decisão inovadora, o Supremo Tribunal Federal respondeu: apresentar um Mandado de Segurança favorável ao prejudicado pela sentença. Pela primeira vez, em decisão de março deste ano, a corte entendeu que o remédio constitucional é cabível para atacar coisa julgada em matéria penal.

A posição é da 2ª Turma do STF. O caso começou quando um executivo do alto escalão de uma empresa de São Paulo, acusado de ter se apropriado de R\$ 489,3 mil, demorou para ser encontrado pela polícia. De acordo com o advogado **Maurício Zanoide**, que representa a empresa, o empregado ficou escondido, de modo a dificultar o andamento do inquérito policial. Essa fase, sozinha, durou três anos.

Passado esse período, o promotor que atuava no caso entendeu ser cabível a aplicação da prescrição em perspectiva — modalidade sem previsão legal na qual é reconhecida a prescrição da pena antes mesmo do início da Ação Penal, com base no cálculo da possível punição a ser aplicada. O ordenamento jurídico admite, hoje, somente a prescrição regulada pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção abstratamente previsto. O argumento foi acatado pelo juiz de primeira instância.

Foi aí que a defesa da empresa entrou com o Mandado de Segurança. A partir daí, todas as instâncias que analisaram o pedido entenderam como razoável o uso do MS para combater a decisão.

O primeiro foi o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, extinto pela Reforma do Judiciário, em 2004. Depois, foi a vez do Superior Tribunal de Justiça. Agora, a decisão veio do STF.

Neste último Habeas Corpus, o advogado **Alberto Zacharias Toron** representou o paciente. Nesse meio tempo, o acusado foi condenado a seis anos pelo crime de apropriação indébita, devendo cumprir a pena em regime semiaberto.

De acordo com o acórdão do TJ paulista, “não se trata de pedido de arquivamento com base na insuficiência de elementos indiciários para a propositura da ação penal, pelo contrário, nele o Ministério Público reconhece a ocorrência do delito e em vez de oferecer a denúncia, pede o arquivamento do inquérito policial no pressuposto de que a pena a ser aplicada, no mínimo, ou pouco mais, estaria atingida pela prescrição”. O acórdão cassou decisão de primeira instância favorável ao arquivamento.

Ainda segundo os desembargadores, “a prescrição antecipada foi invocada com base em meras conjecturas a respeito do montante da pena que se situaria no mínimo ou pouco mais do mínimo legal e não no máximo da pena abstratamente cominada, suposições que não levaram em consideração o vulto do suposto prejuízo material causado à vítima que, certamente, influiria na fixação da pena para exasperá-la, em caso de condenação”.

O ministro **Hamilton Carvalhido** relatou o Habeas Corpus levado ao STJ, em 2006. De acordo com ele, “a antecipação prospectiva de eventual juízo condenatório, em substituição àquele que ainda não foi proferido pelo magistrado, não serve ao propósito de declarar a extinção da punibilidade pela prescrição



da pretensão punitiva, por absoluto desamparo legal”.

Ainda de acordo com o voto, “a afirmação de que o prazo prescricional será de 4 anos, se a pena que o regula ainda não foi estabelecida, não passa de mera especulação. O Estado somente perde o poder de punir com o decurso do lapso temporal que dá ensejo à prescrição com base, antes de prolatada sentença condenatória, na pena máxima cominada, em abstrato, para cada tipo penal”.

O relator do caso no Supremo, o ministro **Carlos Ayres Britto**, lembrou que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade. “Com efeito, impossível falar na existência de coisa julgada em favor do paciente, uma vez que o ato judicial atacado afronta a legislação penal vigente, bem como vários princípios constitucionais”, disse.

Britto lembrou que o STF rejeita a “construção doutrinária da chamada prescrição em perspectiva ou prescrição antecipada” justamente por não estar ela prevista em lei. Por isso, disse, “a flagrante ilegalidade é passível de correção por meio de Mandado de Segurança, por ser medida cabível para a defesa de interesse de terceiro que não figurou na ação penal, dado que sequer foi instaurada, e que, portanto, não possui legitimidade recursal”.

O advogado **Guilherme Ziliani Carnelós**, do Carnelós & Vargas Associados, acredita que “o reconhecimento da prescrição em perspectiva nem de longe ‘afronta a legislação penal vigente’” à época. Ao contrário, a construção jurisprudencial que motivou a postura atacada no Mandado de Segurança baseava-se na efetividade do processo, segundo ele. “E este não pode servir apenas para constranger o indivíduo. Ao contrário, deve ser instrumento apto a desembocar em condenação válida e exequível, sem o que serve apenas a ferir a dignidade da pessoa humana, também protegida pela Carta da República.”

Ele lembra ainda que, “sendo o processo penal um instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral não se pode admitir relativização de suas regras para prejudicar justamente quem deve ser protegido, muito menos para assegurar ‘interesse de terceiro que não figurou na Ação Penal’, tal como assentou o ministro Ayres Britto”.

HC 105.167 SP
HC 66.171 SP

Date Created
09/07/2012