

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.425 - RS (2013/0395188-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : FELIPE MENEGHELLO MACHADO
ADVOGADO : FELIPE MENEGHELLO MACHADO (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RÉU : HÉLIO DA CONCEIÇÃO FERNANDES COSTA

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por FELIPE MENEGHELLO MACHADO de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do Mandado de Segurança 70056693286, assim ementado (e-STJ fl. 210):

MANDADO DE SEGURANÇA. ESTELIONATO. DECISÃO QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL, A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, DO LESADO PELO DELITO, A PERSECUÇÃO PENAL.

Ainda que sedimentada na jurisprudência a impossibilidade da aplicação da denominada prescrição pela pena projetada, tendo o Ministério Público, titular da ação penal, requerido o arquivamento do inquérito policial, por tal fundamento, e aquiescido o juízo da origem, inexistente direito líquido e certo do lesado pelo delito em postular a remessa dos autos ao Procurador-Geral da Justiça. Prejuízos que devem ser postulados no juízo cível.

DENEGADA A SEGURANÇA.

Em suas razões (fls. 91/123), sustenta o recorrente, em síntese, "que a controvérsia reside na circunstância de tal decisão ter sido proferida em desacordo com o princípio da legalidade, visto que o Magistrado de primeiro grau não respeitou os ditames dos arts. 109 e 110 do Código Penal, que regem a matéria a respeito da prescrição, atuando fora da esfera estabelecida pelo legislador.

Portanto, é possível o conhecimento do Mandado de Segurança no âmbito penal, notadamente quando impetrado contra decisão teratológica, que, no caso, determinou o arquivamento de inquérito policial por O motivo diverso do que a ausência de elementos hábeis para desencadear eventual persecução penal em desfavor do indiciado HÉLIO" (e-STJ fl. 225).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso ordinário para que seja determinada a remessa à Procuradoria Geral de Justiça (e-STJ fls. 248/251).

É o relatório.

Acerca do cabimento de mandado de segurança como sucedâneo recursal, a jurisprudência firme desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso é no sentido de que a ação mandamental visa a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, não podendo ser utilizada de forma substitutiva, sob pena de se desnaturar a sua essência constitucional.

Daí, somente é cabível o excepcional instrumento do *writ of mandamus*

Superior Tribunal de Justiça

contra ato judicial eivado de **ilegalidade, teratologia** ou **abuso de poder**, que decorram ao paciente irreparável lesão ao seu direito líquido e certo.

Com efeito, "*Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança contra ato judicial* (AgRg no MS 18.995/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 23/09/2013).

Por outro lado, "*Da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial, não cabe recurso. (Precedentes)*" (RMS 24.328/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 10/03/2008).

Assim, a prescrição da pretensão punitiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

Nesta Corte Superior de Justiça, aliás, a matéria já se encontra inclusive sumulada, valendo transcrever, por oportuno, o teor do enunciado 438, verbis:

"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 438/STJ.

I. É inadmissível o reconhecimento de prescrição antecipada da pena em perspectiva, por absoluta ausência de previsão legal. Incidência da Súmula 438/STJ.

II. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 23.516/PI, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)

Logo, na hipótese vertente, arquivado o inquérito policial (e-STJ fl. 59) a pedido do representante do Ministério Público (e-STJ fls. 55/58), com base na perspectiva virtual e, inexistindo recurso contra referida decisão, à vítima restava somente o *mandamus* para proteção de seu direito líquido e certo ao devido processo legal.

Nesse sentido "*Sendo irrecorrível a decisão que, segundo a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, é manifestamente ilegal, por não albergar o nosso ordenamento jurídico a prescrição em perspectiva, restaria à vítima apenas a possibilidade da impetração de mandado de segurança*" (AgRg no RMS 33270/SP, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013)

Ante o exposto, com fundamento no caput do art. 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento** ao recurso ordinário para, afastando o fundamento da prescrição em perspectiva, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeira instância para, nos termos do art. 28 do CPP, remeter à Procuradoria Geral de Justiça.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 21 de maio de 2014.

Ministro JORGE MUSSI
Relator

