

Mandado de segurança impetrado por Promotor de Justiça

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR
Promotor de Justiça - SP

1 Recentemente algumas decisões judiciais têm sufragado o entendimento de que o Promotor de Justiça, por ser órgão de execução do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição, não possui "legitimidade" para impetrar mandado de segurança contra ato judicial no Tribunal, detentor de competência originária a respeito Louva-se, para tanto, que somente o Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça é que podem atuar em nome do Ministério Público na segunda instância judiciária.

Este entendimento não tem o mínimo respaldo legal, como se tentará demonstrar adiante.

2 O instituto do mandado de segurança é uma garantia constitucional de longa tradição, assegurado no art. 5º inc. LXX, intimamente ligado a garantia da acessibilidade à justiça (art. 5º, inc. XXXV), que não comporta restrições ou limitações de modo a frustrá-la.

O mandado de segurança contra ato judicial é fruto da criação pretoriana que abraçou o rigor do art. 5º inc. II da Lei Federal nº 1.533/51 e da própria Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, tendo serventia como verdadeira medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso que não o tem, ou autêntica providência útil quando o ato judicial atacado for teratológico ou eivado de ilegalidade ou abuso de poder, na presença de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação (Roberto Rosas, Direito Sumular, págs. 111/113, ed. RT, 3ª ed.; Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, págs. 35/37, Malheiros Editores, 16ª ed.; Celso Agrícola Barbi, Do Mandado de Segurança, págs. 107/120, ed. Forense, 7ª ed.).

É lógico que o Ministério Público, como parte no processo civil ou penal, tendo a prerrogativa de ingressar com ação, é detentor de todos os meios e recursos a ela referentes (dentre os quais, o mandado de segurança contra ato judicial). Mesmo intervindo como fiscal da lei, a ele asseguram-se esses direitos também (RJT/ESP 107/335, 112/574).

3 O art. 32 inc. I da Lei Federal nº 8.625/93 é bastante claro ao atribuir ao

Promotor de Justiça a impetração de **habeas corpus** e mandado de segurança, e requerimento de correção parcial, inclusive junto aos Tribunais locais competentes. No âmbito legislativo estadual, o art. 39 inc. V da Lei Complementar Estadual 304/82 já admitia ao Promotor de Justiça a impetração de segurança contra atos de autoridades judiciárias e administrativas praticados em sua área de atribuições funcionais. Na Lei Complementar Estadual nº 734/93, foi mantida a mesma prerrogativa (art. 121, inc. I), possibilitando ao Promotor de Justiça impetrar mandado de segurança, **habeas corpus** e correção parcial inclusive perante os Tribunais Estaduais competentes.

Outra dúvida não existe sobre a possibilidade do Promotor de Justiça no exercício de suas atribuições em primeira instância impetrar mandado de segurança contra ato judicial no Tribunal competente.

4. No caso, a lei não está conferindo "legitimidade" ao Promotor de Justiça, nem usurpando a atribuição dos Procuradores de Justiça e do Procurador Geral de Justiça de atuarem nos Tribunais.

A legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança contra ato judicial não é do Promotor de Justiça, nem do Procurador de Justiça, mas do Ministério Público representado pelo órgão de execução que possui atribuição legal para tanto. Logo, impedido o **writ of mandamus** pelo Promotor de Justiça contra ato judicial praticado em ação civil pública ou ação penal pública (ou ação civil com intervenção do Ministério Público) é inidôneo o indeferimento da inicial, e a consequente extinção do processo sem abordagem do mérito, sob o pálio de "ilegitimidade ativa do Promotor de Justiça", porque não se trata de condição da ação, já que o Ministério Público tem legitimidade para impetrar a segurança.

A questão é de capacidade postulatória do órgão de execução do Ministério Público, requerendo para sua solução o exame da respectiva atribuição na legislação de regência do próprio Ministério Público. Ora, já se mostrou acima que o Promotor de Justiça *ex vi legis* tem essa atribuição, tendo a capacidade postulatória, de modo que não se pode indeferir a inicial e extinguir o processo, sob pena de negar vigência a legislação federal e estadual, e principalmente, a garantia constitucional da acessibilidade à justiça.

Infirmar esta conclusão cria um embaraço maior insuperável, porque limitando a capacidade postulatória na hipótese aos órgãos de execução do Ministério Público de segunda instância, cercada restaria a independência funcional do membro do Ministério Público de primeira instância. Ora, não é verdade absoluta que o Promotor de Justiça não atue perante os Tribunais: o direito de recorrer e de responder ao recurso interposto contra decisão de primeira instância são atribuídos ao Promotor de Justiça, e não ao Procurador de Justiça. E não se pode falar em usurpação da atribuição deste, pois foi a própria lei que cometeu a atribuição (a capacidade postulatória) ao Promotor de Justiça.

Interessante, preciso e lapidário acórdão do Superior Tribunal de Justiça sublinha a admissibilidade de impetração de mandado de segurança pelo Promotor de Justiça, e fornece ao tema o corolário adequado, assentando que "o Ministério Público é uno e indivisível. A pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da instituição. Ao membro do Ministério Público, como ao juiz, é vedado atuar fora dos limites de sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª instância e outros em 2ª instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª instância pode solicitar prestação jurisdicional em 2º grau Exemplificativamente, a interposição de apelação, no juízo que atua. O Recurso Especial, porém, no mesmo processo será manifestado pelo órgão que oficia junto ao Tribunal. Distingue-se, pois, postular ao Tribunal do postular no Tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, descrevendo, na causa de pedir, ilegalidade ou abuso de poder do Juiz de Direito" (Recurso em Mandado de Segurança 5.753-4-SP, 6ª Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., 25/9/1995, DJU 6.5/1996, pág. 14.477).

Este entendimento se coaduna com a opinião de Nery & Nery, ao salientar que postular ao Tribunal é diferente de postular no Tribunal, vedado por lei ao órgão do Ministério Público de primeiro grau (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, pág. 327, nota 18 ao art. 81, ed. RT, 1ª ed.)

5. Assim, decisão que indefere a inicial e extingue o processo de mandado de segurança contra ato judicial infringe a lei e manifesta dissídio com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, estando sujeita ao agravo regimental se for da lavra de órgão monocrático do Tribunal (Presidente ou Vice-Presidente), ou ao recurso ordinário em mandado de segurança se emanar de acórdão de Câmara do Tribunal (art. 105, inc. II, alínea "b" da Constituição Federal e art. 539, inc. II, alínea "a" do Código de Processo Civil), na conformidade do decidido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ao julgar que "da decisão de relator que declara extinto o processo sem exame de mérito cabe agravo para o próprio tribunal. O recurso ordinário em mandado de segurança supõe que a decisão denegatória foi proferida por tribunal" (Recurso em Mandado de Segurança 5.297-4-SP, 5ª Turma, Relator Ministro Assis Toledo, 3/4/1995, v.u., DJU 8.5/1995, pág. 12.402).

6. É verdade que, no processo civil, com a nova disciplina do agravo introduzida pela Lei Federal nº 9.139/95, a perspectiva de impetração de mandado de segurança contra ato judicial de primeiro grau atrefecerá na hipótese do *writ* proporcionar efeito suspensivo ao agravo, na medida em que o recurso passou a ser da competência originária do Tribunal, com a possibilidade de o Relator atribuir-lhe efeito suspensivo (art. 527, inc. II, do Código de Processo Civil).

Nelson Nery Jr., comentando o art. 557 do Código de Processo Civil, admite mandado de segurança contra a decisão do Relator que indefere o efeito suspensivo ao agravo, para obtenção da suspensão da eficácia da decisão de primeiro grau agravada (Atualidades sobre o processo civil, pág. 190, 2ª ed., ed. RT).

E, tendo o Promotor de Justiça atribuição para interpor o agravo e requerer seu efeito suspensivo, a decisão denegatória desta pretensão, ou o indeferimento liminar do recurso, terá também atribuição para interposição do agravo regimental, e de mandado de segurança para dar efeito suspensivo, pois continua, no caso, postulando ao Tribunal, e não no Tribunal.

Todavia, o impacto dos novos contornos dados ao agravo limita-se à hipótese de o *writ of mandamus* emprestar efeito suspensivo a recurso naturalmente dele destituído, não se projetando às hipóteses de impetração contra ato judicial teratológico, ou de manifestação ilegalidade, sem recurso cabível ou sem a necessidade de interpô-lo, como também na hipótese do art. 520 (principalmente na alínea IV) do Código de Processo Civil, será útil o mandado de segurança para dar efeito suspensivo à apelação, que por expressa disposição legal não o tem.