
O CABIMENTO DE MANDATO DE SEGURANÇA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: garantismo positivo e política integral de proteção de direitos

Aline Hadad Ladeira¹Rony Amaral²

RESUMO

O presente artigo suscita a possibilidade de cabimento do mandado de segurança em matéria criminal, interposto pelo Ministério Público, quando o ato em questão for danoso a toda coletividade. Em atendimento aos supostos do Estado Democrático de Direito e analisado sob a ótica do garantismo positivo, conclui-se pela absoluta legitimidade e dever institucional do Ministério Público de fazer uso do mandado de segurança para restabelecimento da legalidade em situações comissivas ou omissivas do Estado frente a direitos fundamentais supraindividuais.

1. Breve introdução.

A proposta do presente artigo cinge-se a análise do conteúdo penal e processual penal no paradigma constitucional do Estado Democrático e (Social) de Direito o qual incorpora princípios e valores com verdadeiro conteúdo normativo. Pontualmente, a análise se restringe a atual matriz normativa infraconstitucional onde se verifica o embate de princípios e valores calcados no modelo Liberal de matriz individualista, com princípios e valores centrados na tutela de bens supraindividuais. Nesta senda, surge, especificamente, a questão da possibilidade de cabimento de mandado de segurança por parte do Ministério Público em matéria criminal quando o ato em questão for danoso a toda coletividade.

Partindo da transposição de sistemas políticos como forma de evolução de determinada sociedade, temos hoje um paradigma instalado e formalmente legítimo, mas em franco processo de evolução como meio de afirmação do ideal cenário jurídico-político. Trata-se do Estado Democrático de Direito, evolução do Estado Social, responsável pela atual e bem vinda turbulência principiológica-transformadora causada pela dirigente e compromissada Constituição de 1988.

Todavia, notadamente no campo do direito penal e processual penal, ainda verifica-se perspectivas exacerbadamente liberais, de cunho individualista, sem implemento da atual retórica constitucional do Estado Democrático de Direito.

O pano de fundo de temáticas legislativas infraconstitucionais analisa o indivíduo, rotulado como *débil*³, frente ao Estado opressor, criando garantias direcionadas à pessoa, olvidando-se da coletividade ou de direitos supraindividuais.

¹Graduada em Direito pela FEAD-MG. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação da FDSM-MG. Bolsista FAPEMIG. Advogada.

² Graduado em Direito pela PUC MINAS. Especialista em Ciências Criminais pela UCAM-RJ. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação da FDSM-MG. Professor de Processo Penal na FDSL-MG. Coordenador do Curso de Direito da FDSL-MG Advogado.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 94.

Nesse contexto, cumpre analisar a possibilidade de cabimento de mandado de segurança por parte do Ministério Público quando estudado sob a ótica do garantismo positivo e a política integral de direitos.

Conforme pontua Lenio Luiz Streck, da celeuma instalada a partir de uma hermenêutica contemporaneamente idealizada, baseada no fenômeno neoconstitucionalismo, impõe-se uma nova abordagem da legislação infraconstitucional frente aos revitalizados princípios constitucionais postos. Trata-se de implementar, na esfera político-jurídica, garantias concebidas tanto em prol do indivíduo, quanto da coletividade assim considerada⁴.

Observe-se que “a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”. E “é desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode chamar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito”⁵.

2. Do Liberalismo-Individualismo-Clássico à Democracia Social-Constitucional. Do cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal.

Inicialmente, importante se faz um breve mapeamento dos paradigmas constitucionais naquilo que respeita aos direitos fundamentais.

Analisando diferentes períodos da história e modelos distintos de sociedade, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho expõe que os regimes totalitários sempre se mostraram hostis à vida privada, o anarquismo pregava a eliminação do público e o socialismo se pregava a fazer preponderar o social. Conclui ressaltando que foi o liberalismo que equilibrou o público e o privado e que “melhor preservou as configurações de cada um destes lados”⁶.

Destarte, no liberalismo analisado por Daniel Sarmento “os direitos fundamentais representavam apenas a tutela da liberdade individual, sem revelar nenhuma importância na dimensão coletiva”. Segundo o autor, “na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual”⁷.

Já no Socialismo, ainda com amparo na doutrina de Daniel Sarmento, o Estado que, “na lógica do liberalismo, era o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor desses direitos”⁸ coletivos e sociais. O Estado, portanto, se volta para o bem-estar dos cidadãos de modo a assegurar condições mínimas para efetivação das liberdades humanas e se expressa pelo aumento da intervenção estatal na sociedade e na afirmação da superioridade do coletivo sobre o individual.

Nesse contexto, considerando a configuração liberal como sendo a que “melhor protegeu a unidade do ser humano e a que melhor respeitou o mais recôndito de sua natureza”, cumpre o alerta de que não há espaço para os

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 93-96.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 39.

⁶ CARVALHO, L. G. Grandinetti C. *A Constituição e as intervenções Corporais no Processo Penal: existirá algo além do corpo*, p. 517.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Os Direitos Fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social*, p. 383.

⁸ SARMENTO, Daniel. *Os Direitos Fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social*, p. 390.

“absolutismos do individualismo e da liberdade em uma concepção civilizatória da humanidade, que exige o preço de contenções em prol da harmonia do grupo social”⁹.

No Estado Democrático de Direito, por sua vez, as múltiplas expectativas colocadas sobre os ombros do Estado se tornam um fardo insuportável por sua incapacidade de fazê-los frente, o que acaba por transportar a sociedade de uma postura passiva para uma atitude francamente ativa. O cliente do Estado Providência desiste de esperar. Levanta-se e se organiza. Os limites da vontade institucional/estatal e da vontade informal/privada desaparecem. Já não há mais uma clara separação entre Estado e Sociedade. Há nítida uma ocupação da sociedade a espaços antes tidos como estatais¹⁰.

A recapitulação acima, ainda que breve e limitada, tem como propósito ilustrar e contextualizar a evolução histórica dos paradigmas constitucionais da sociedade moderna. Bem a propósito, dentro deste cenário, cumpre ressaltar que, embora a noção de direitos humanos seja tão antiga como é a própria civilização, sua doutrina é marca indelével do século XX, particularmente após o final da segunda grande guerra.

Fato é que os direitos fundamentais são frutos de uma construção/evolução histórica e não chegaram de uma vez por todas. É, pois, uma obra inacabada da sociedade, condenada a zelar por ela sob pena de ser esmagada sob o peso da tirania, de modo que preceitos forjados no interior de outros paradigmas constitucionais (liberal e social) sejam, definitivamente, superados¹¹.

Bem a esse respeito, ancorado na doutrina de Christian Thomasius, Marcos Leite Garcia pontua que “a luta pela humanização do Direito Penal e Processual, iniciada por Thomasius, será um dos pilares essenciais na construção do ideal dos direitos fundamentais”¹².

Estabelecidos esses marcos, cumpre entender o processo pelo qual o direito penal deixa de tutelar somente direitos individuais como a vida, a liberdade e a integridade física, para contemplar em sua estrutura também a proteção de direitos supraindividuais ou coletivos, como o sistema financeiro, o meio-ambiente, para ficar só nesses dois exemplos.

Na perspectiva liberal (individualista e absentéista) a proposta é por um direito penal mínimo tutelando direitos individuais imprescindíveis à pacífica convivência entre os homens, um mecanismo punitivo estatal apenas quando fosse indispensável (princípio da intervenção mínima).

Por sua vez, quando entra em cena o Estado Social, a perspectiva de abstenção é substituída pela intervenção impondo-se a tutela de bens jurídicos supraindividuais (ou coletivos), necessário para instrumentalizar os programas e serviços sociais¹³. O controle penal, portanto, amplia sua incidência na tentativa de atingir parcela da população anteriormente imunizada.

⁹ CARVALHO, L. G. Grandinetti C. *A Constituição e as intervenções Corporais no Processo Penal: existirá algo além do corpo*, p. 517.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Processo Constitucional e efetividade dos direitos fundamentais*, p. 222-223.

¹¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Processo Constitucional e efetividade dos direitos fundamentais*, p. 243-244.

¹² GARCIA, Marcos Leite. *A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais*, p. 436.

¹³ CARVALHO, Salo. *A ferida narcísica do Direito Pena: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*, p. 183.

Valendo-se de uma expressão originalmente utilizada por Jesús-Maria Silva Sanchez, o direito penal passa a criminalizar não somente os *powerless* por pressões da burguesia liberal, mas também os *powerful* em virtude de pressões de movimentos sociais¹⁴.

Com efeito, Sánchez destaca que o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes e que se deve levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, exatamente por isso, a aparição de novos bens jurídicos¹⁵.

No mesmo sentido e considerando o atual cenário brasileiro, em contraponto a corrente de matriz exacerbadamente liberal e aquela de orientação social-constitucional, é Lenio Luiz Streck que defende um direito penal fulcrado no papel dirigente que a Constituição fornece para a proteção dos bens jurídicos.

“Nesse contexto, também o direito penal pode servir de contributo para o resgate das promessas da modernidade, por exemplo, para, como *ultima ratio*, o combate às condutas lesivas à cidadania, que corroem a estrutura da sociedade, como a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação de tributos, o tráfico de entorpecentes”¹⁶.

Noutro giro, cumpre tecer algumas breves considerações sobre os reflexos desse debate no campo processual penal e suas garantias constitucionais.

Segundo Lenio Luiz Streck, tanto a posição repressiva (social-constitucional) quanto a que aposta na minimização do direito penal (liberal) “*trabalham tão somente na perspectiva de um garantismo negativo*, isto é, o direito penal serviria apenas para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado”¹⁷.

A respeito do garantismo, Alessandro Baratta traz importante contribuição no que respeita àquilo que denominou “*política integral de proteção dos direitos*”: o garantismo não pode ser definido somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, senão também como garantismo positivo segundo o qual cabe ao Estado dar respostas para as necessidades de proteção de todos os direitos¹⁸.

Ancorado na doutrina de João Baptista Machado, Lenio explicita o entendimento segundo o qual o “Princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato”¹⁹.

Portanto, para além de uma leitura unilateral das garantias processuais, deve-se ter em conta que o “agressor não é somente o Estado”²⁰.

Entretanto, contrário a tal desiderato, a maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, encabeçada pelo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, reforçando o contorno iluminista-individualista à ciência processual penal, não conhece de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público com o objetivo de obter

¹⁴ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 66-67.

¹⁵ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 27.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 85.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 85.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales*, p. 110.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: as garantias processuais penais*, p. 37.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: as garantias processuais penais*, p. 37.

efeito suspensivo em Agravo na execução penal quando verificadas concessões ilegais e inconstitucionais de livramento condicional ou progressão de regime.

Curioso observar que o fundamento utilizado pelo colendo STJ para não conhecer de ações impugnativas por parte do *Parquet*, face sua suposta ilegitimidade ativa (ausência de previsão legal expressa), seria, em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade analisado sob o prisma do acusado que, em caso de eventual acolhimento do *writ* pleiteado, ficaria em franca desvantagem na relação processual.

Contudo, ao raciocinar assim, teremos como imutável a decisão de magistrado que, em flagrante inconstitucionalidade, concede indevidamente os benefícios do livramento condicional ou progressões de regime.

Retomando a discussão sobre o garantismo, tem-se que a tese capitaneada pelo STJ, com fulcro no princípio da proporcionalidade, na qual o Ministério Público não é parte legítima para interpor mandado de segurança em matéria criminal que acarrete prejuízo ao acusado, foi denominada por Lenio Luiz Streck de *garantismo negativo*²¹.

O garantismo negativo se apega a ideia de proteção individual do acusado, ainda que ilegalmente posto em liberdade ou progredido de regime, em perspectiva francamente liberalista-individualista-clássica.

A ponderação feita pelo Tribunal considera a atuação ministerial – que representa, via reversa, o próprio Estado na relação processual – desproporcional e sem amparo legal. Considera o cidadão como um débil, desprovido de proteção contra a maldade intrínseca ao Estado Leviatã, assim descrito por Thomas Hobbes. Analisa a proporção apenas em relação a uma faceta: a individual.

No entanto, necessário se faz uma revitalizada leitura do princípio da proporcionalidade partindo da ideia de que existem duas facetas do mencionado princípio: proteger o cidadão contra os abusos e excessos cometidos pelo Estado além de tutelar direitos de toda a coletividade (direitos supraindividuais).

Nesse sentido, e com amparo na doutrina de Lenio Luiz Streck, tem-se que é necessário admitir a legitimidade do Ministério Público com vistas a retificar determinado provimento jurisdicional indevido, em nome do direito fundamental à segurança de toda a coletividade.

Bem a esse respeito, Alessandro Baratta²² destaca que o novo modelo proposto pela atual Constituição dirigente e transformadora, deve efetivas respostas às necessidades de todos tutelando direitos individuais e supraindividuais. Assim, vislumbra-se a aplicação de um *garantismo positivo* que busca em todas as questões uma proteção eficiente.

Concebe-se, então, a dupla face do princípio da proporcionalidade, onde o Estado pode ser tanto o violador do referido princípio – quando atuar de forma excessiva e arbitrária – como poderá violar o mesmo princípio se atuar omissivamente, com deficiência na proteção estatal.

A esse respeito, paralelo a dupla face do princípio da proporcionalidade, está o que a doutrina alemã passou a denominar de proibição de proteção deficiente.

Em diálogo estabelecido com Carlos Bernal Pulido²³, Lenio Luiz Streck discorre sobre a proibição de proteção deficiente, elevada a princípio, definindo-a como orientadora estrutural dos direitos fundamentais com o fito de vedar a omissão ou indevida aplicação de direitos fundamentais por parte do Estado.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 94.

²² BARATTA, Alessandro. *La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales*, p. 110.

Assim, tem-se tanto uma proteção positiva, intervencionista, quanto uma proteção contra omissões estatais, tal qual nos remete a discussão do cabimento ou não de mandado de segurança em matéria criminal.

3. Considerações finais.

A filtragem e o constitucionalismo dirigente do Estado Democrático de Direito são inevitáveis. A releitura principiológica se faz necessária. Princípios que possuem a mesma definição há cinquenta anos, hoje possuem interpretações e aplicabilidades totalmente distintas, atenta à realidade social. Isso é o que se espera do direito penal e processual penal, ou seja, uma concepção organizativa, interventiva e transformadora.

Nesse contexto e com amparo nas lições de Lenio Luiz Streck²⁴, conclui-se pela absoluta legitimidade e dever institucional do Ministério Público de fazer uso do *writ* constitucional (mandado de segurança) para restabelecimento da legalidade em situações comissivas ou omissivas do Estado frente a direitos fundamentais. Verdade é que, pós Constituição de 1988, o Ministério Público deve exercer seu *munus* de forma positiva e garantista, buscando, através de preceitos dirigentes e compromissórios o ideal de justiça e cidadania.

²³ Por Lenio Luiz Streck. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico*. Fonte: www.leniostreck.com.br. Citando: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2002, em especial, p. 798 e segs.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, p. 104.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el Derecho penal de la constitucion: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la facultade de derecho de la universidad de Granada*, 1999.

CARVALHO, L. G. Grandinetti C. A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal. In: Org. BONATO, Gilson. *Processo Penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

CARVALHO, Salo. A ferida narcísica do Direito Penal: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

GARCIA, Marcos Leite. A Contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. *Novos estudos jurídicos*. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul. - dez. 2005.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – (Pós-Modernidade Constitucional?). In: Coord. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 375-414.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: *Direito Penal em tempos de crise*. Org. STRECK, Lenio Luiz [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico*. Fonte: www.leniostreck.com.br.