

Cabimento do mandado de segurança contra ato judicial na hipótese de decisão ilegal capaz de causar dano irreparável

FLÁVIO MÁRCIO LOPES PINHEIRO

ALMIR ALVES MOREIRA

DENILSON FEITOZA PACHECO

GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA

I – FUNDAMENTAÇÃO

Constata-se, primeiramente, que os Tribunais Estaduais e Superiores vêm, em diversos julgamentos de habeas corpus em que se trata da prática de crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, adotando posicionamento de ser **imperativa a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando as circunstâncias do delito, a quantidade e a natureza da droga apreendida demonstrarem claramente a periculosidade do agente**. Portanto, existindo elementos concretos e individualizados a comprovarem que a soltura do agente ou a sua manutenção em liberdade implicará risco à ordem pública (CPP, art. 312¹), caberá a segregação cautelar.

Constata-se, também, que, **contra a decisão de nega pedido de prisão preventiva ou concede a liberdade, em casos em que há demonstração clara de periculosidade do agente, cabe ao órgão do Parquet a interposição de recurso em sentido estrito**. Entretanto, tendo-se em vista que o aludido recurso **não possui efeito suspensivo**, a iniciativa ministerial, mesmo que venha a ser considerada, ao final, procedente pelo Tribunal, não representa instrumento processual eficiente de proteção ao interesse público, já que o tempo que normalmente transcorre entre a interposição do recurso e o seu julgamento é suficiente para que o infrator possa praticar atos prejudiciais à ordem pública, frustrando, assim, a finalidade do recurso.

Constata-se, ainda, que há entendimento jurisprudencial de que o efeito suspensivo não pode, em regra, ser obtido por meio de mandado de segurança, o que vem gerando a **inadmissibilidade do mandado de segurança em decisão preliminar do relator, sem o devido exame de situação absolutamente grave que ensejaria a suspensão da decisão enquanto não julgado o recurso em sentido estrito**.

¹ Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Entretanto, tem-se que a Constituição da República de 1988 especificou, em seu art. 5º², alguns crimes como sendo mais graves, dentre eles o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Portanto, **estabeleceu a característica jurídica da hediondez³, para um conjunto de crimes que devem ter um tratamento mais rigoroso e restritivo de direitos fundamentais do que a generalidade dos crimes, não apenas os denominados crimes hediondos, mas também os equiparados a estes, como ocorre com os crimes das leis de drogas. Trata-se de um tipo de crime “que provoca reação de grande indignação moral”, que é considerado como “ignóbil, pavoroso, repulsivo”** (veja verbete *hediondo* no *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*).

Portanto, há uma clara **opção constitucional pelo agravamento do rigor quanto a tal espécie de crime**, possibilitando, de *lege ferenda*, e também estabelecendo, diretamente, **intervenções mais profundas e amplas nos direitos fundamentais dos autores e partícipes desses crimes**. Por essas razões, o legislador infraconstitucional expressamente dispôs, na Lei de Drogas, Artigo 44, ser **vedada a concessão de liberdade provisória** nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º⁴, e 34⁵ a 37⁶.

Constata-se, por derradeiro, que os **Tribunais Superiores têm abrandado o entendimento da Súmula STF 2677 ao admitirem por cabível Mandado de Segurança contra ato judicial, ainda que passível de recurso próprio em caso de decisões teratológicas, de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder, capaz de acarretar dano irreparável**. (STF – RMS n.º 33.814 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 24.11.2015; RMS n.º 31.781 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.10.2014; STJ – AgRg no AREsp n.º 89.048/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 08.03.2016; MS n.º 21.318/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.12.2015).

II – CONCLUSÃO

É cabível Mandado de Segurança, de iniciativa ministerial, com objetivo de dar efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito, contra decisão judicial que nega pedido de prisão preventiva ou concede a liberdade em processo que visa apurar prática de crime de tráfico de drogas ou associação para o tráfico, por manifesta ilegalidade capaz de causar dano irreparável consistente em ausência da garantia da ordem pública, demonstrada claramente a periculosidade do agente e afronta a Constituição Federal (art. 5º inciso XLIII), bem como ao Código de Processo Penal (artigo 312) e Lei de Drogas (artigo 44).

² XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

³ Como todos eles possuem, constitucionalmente, essa qualidade de hediondez, foram tratados conjuntamente na Lei 8.072/1990, como deixa claro seu art. 2º, que abrange tanto os especificamente denominados de crimes hediondos quanto os demais que lhe são equiparados (a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo).

⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

⁵ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

⁶ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.