

**PROJETO DE LEI Nº , DE 2015.**

**(Do Sr. Rubens Pereira Junior)**

Altera o art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, que dispõe sobre o Código de Processo Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º – O art. 581 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 581.....

Parágrafo único – Caberá Mandado de Segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso do inciso V.” (NR)

Art. 2º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

**JUSTIFICAÇÃO**

Passados mais de 70 (setenta) anos da edição do Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941, o qual dispõe sobre o Código de Processo Penal, reputa-se necessário o seu aperfeiçoamento contínuo.

Nesse espectro, constata-se que o seu art. 581 merece reforma, para prever o Mandado de Segurança atribuindo efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto com base no inciso V daquele regramento.

Este último dispositivo dispõe que é cabível Recurso em Sentido Estrito contra a decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir o requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

Assim, verifica-se que todas as suas hipóteses dizem respeito à liberdade ambulatorial do réu. Todavia, para o fim da prisão, quando determinar a cassação, negar ou julgar inidônea a fiança, o réu poderá se valer de remédio jurídico mais ágil, que é o Habeas Corpus. Já nos demais casos, que possuem clara correlação com a soltura do réu, a acusação não possui à sua disposição nenhum meio pronto e eficaz para obter um provimento jurisdicional em sentido contrário, notadamente quando o Recurso em Sentido Estrito não possui efeito suspensivo, o que é justamente o pretendido no presente Projeto de Lei.

Dessa forma, vislumbra-se que o referido estado de coisas viola os princípios da paridade de armas e da proibição da proteção deficiente.

Acerca da citada temática, brilhante a lição de Marco Antonio de Barros [Mandado de Segurança Criminal e “*Habeas Corpus*” sob a perspectiva do Ministério Público. In: Funções institucionais do Ministério Público. ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 120]:

É certo que nessa área o mandado de segurança ocupa um espaço residual não acobertado pelo habeas corpus. De sorte que a sua impetração é de ser confirmada sempre que, diante de uma questão emergencial, não couber outro remédio. Sob o prisma da relevância, respeitadas as devidas proporções em que são impetrados, pode-se dizer que o mandado de segurança criminal é tão importante para o representante do Ministério Público quanto é o habeas corpus para a defesa do acusado.

Não se duvida que o Estado Democrático de direito pressupõe uma política integral de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, isto não é e não pode ser visto tão somente como o dever de proteção estatal aos limites do sistema punitivo, que é mais conhecido como garantismo penal, ou seja, de natureza negativa; atuando, também, de maneira positiva. Assim, o princípio da proibição da proteção deficiente justamente cuida da outra vertente dos direitos fundamentais, do garantismo positivo.

O Supremo Tribunal Federal assim entendeu no Habeas Corpus nº 104.410/RS, julgado em 06/03/2012, conforme transcrito abaixo.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas

adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a constitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

**2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

**3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.** Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

**4. ORDEM DENEGADA.**

Outro não foi o entendimento do Pretório Excelso no julgamento do Habeas Corpus nº 102.087/MG, no dia 28/02/2012.

E assim ainda restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 241.545/DF, julgado em 12/06/2012:

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.
3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstancial a infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que vedava a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Entretanto, o referido princípio foi melhor analisado pelo Tribunal da Cidadania no Habeas Corpus nº 161.393/MG, julgado no dia 19/04/2012:

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inherente à ação. 2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado. 3. A simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar. 4. Eventual excesso na previsão de condutas incriminadas pela técnica legislativa dos delitos de perigo abstrato deve ser impugnado na via própria, não se admitindo uma exclusão apriorística deste tipo de crime do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de violação ao princípio que proíbe a proteção deficiente. 5. Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.

Ocorre que, especificamente quanto ao Mandado de Segurança, na vigente legislação, conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto com arrimo no art. 581, V, do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado o seu não cabimento, porque o citado efeito suspensivo não estaria previsto no art. 584, *caput*, daquele diploma, que prevê os casos em que os recursos terão aquele efeito, não havendo que se falar em direito líquido e certo, conforme demonstrado nos autos dos Habeas Corpus nº 194.732/SP, 120.692/SP e 34.861/SP, exemplificativamente.

No Supremo Tribunal Federal, encontrou-se somente 02 (duas) decisões a respeito, uma anterior à Constituição Federal de 1988, esposada no Habeas Corpus nº 66.240/SP, quando sequer existia o Tribunal da Cidadania, e outra no Habeas Corpus nº 70.392/DF, onde reconhecida a possibilidade de o *Parquet* se utilizar de Mandado de Segurança para conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto com arrimo no art. 581, V, do Código de Processo Penal, em que pese se tratar, depois da Carta Magna, de matéria afeta ao Superior Tribunal de Justiça, por ser de índole infraconstitucional (uma ofensa à Constituição seria meramente reflexa; máxime o acesso àquela Corte pela via do Habeas Corpus).

Contudo, entende-se que a inclusão da hipótese recursal do art. 581, V, do Código de Processo Penal, no art. 584, *caput*, da mesma legislação, é saída inconstitucional ou, no mínimo, assistématica, porque os réus já teriam a declaração judicial de primeira instância favorável à soltura, mas esta só teria

a pretendida efetividade, em caso de recurso, após ser confirmada em superior instância, o que vai de encontro à lógica de todo o sistema.

Nesse jaez, observe-se que o art. 574, I, do Código de Processo Penal, estabelece a existência de recurso *ex officio* no caso de o juiz conceder habeas corpus, oportunidade em que o indiciado será colocado imediatamente em liberdade, e não aguardará o julgamento do aludido recurso ainda preso.

Desse modo, a melhor saída, para tanto, é a previsão legal de o Mandado de Segurança poder conferir efeito suspensivo ao recurso interposto com base no art. 581, V, do Código de Processo Penal, permitindo à acusação o manejo de uma medida judicial rápida e eficaz, assim como disposto ao réu a possibilidade de utilização do Habeas Corpus, pois ambas as situações cuidam da liberdade ambulatorial deste último, tornando efetiva a paridade de armas e atendendo claramente à proibição da proteção deficiente, ou seja, às 02 (duas) vertentes do garantismo penal, como descrito anteriormente.

Interessante pontuar que se entende que a legislação brasileira, na sua atual composição, já autoriza a impetração de Mandado de Segurança para conferir o efeito suspensivo ao supracitado recurso, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 (que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências), o qual reza que não se concederá mandado de segurança quando se cuidar “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, *mutatis mutandis* ou *a contrario sensu*; na linha do que está sendo decidido por inúmeros tribunais de justiça e regionais federais do país.

Hely Lopes Meirelles (in: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”. 15. ed. São Paulo: 1994, p. 32-34) assim também entende, como se vê adiante:

Se o recurso ou a correição admissível não tiver efeito suspensivo do ato judicial impugnado, é cabível a impetração para o resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio Judiciário. Só assim se há de entender a ressalva do inc. II do art. 5º da lei reguladora do mandamus, pois o legislador não teve a intenção de deixar ao desamparo do remédio heróico as ofensas a direito líquido e certo perpetradas, paradoxalmente, pela Justiça. Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém sustação de seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. Por isso mesmo, a impetração pode – e deve – ser concomitante com o recurso próprio (apelação, agravo, correição parcial), visando unicamente a obstar a lesão efetiva ou potencial do ato judicial impugnado [...] os tribunais têm decidido reiteradamente que é cabível mandado de segurança contra ato judicial de qualquer natureza e instância, desde que violador do direito líquido e certo do impetrante, e não haja possibilidade de coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns [...]. Generalizou-se, hoje, o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos que não o tenham, desde que interposto o recurso normal cabível. Neste caso, também é cabível a concessão da liminar dando efeito suspensivo ao recurso normal até o julgamento do mandado de segurança.

Porém, como grande parte dessas decisões favoráveis ao efeito suspensivo conferido pelo Mandado de Segurança está sendo reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando questionadas, geralmente por intermédio de Habeas Corpus, a melhor solução para a paridade de armas entre as partes da ação penal e para o respeito à proibição da proteção deficiente, é a previsão aqui proposta, de inclusão da hipótese expressamente no Código de Processo Penal.

Necessário frisar que se tem conhecimento da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Todavia, sua interpretação mais adequada é a de que o *mandamus* é cabível ainda que exista previsão de recurso contra a decisão, mas desde que este não possua efeito suspensivo, o que se adequa perfeitamente à nova hipótese ora apresentada, conforme se vê no Recurso em Mandado de Segurança de nº 23.713/BA, julgado pelo próprio Pretório Excelso.

O Tribunal da Cidadania já afastou aquele verbete sumular sob o fundamento não só de previsão recursal sem efeito suspensivo, mas, também, de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais, como revelado no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 45.841/RS e no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 43.327/MS, por exemplo.

Por fim, não é menos interessante registrar que a Súmula nº 701 do Pretório Excelso estabelece que, “no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”. Assim, aquele que foi solto ou assim permanece e constata resistência acusatória contra tal fato, pode exercer a sua ampla defesa e contraditório nos autos da ação mandamental.

Portanto, nada há que impeça a previsão legislativa de Mandado de Segurança para conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito do art. 581, V, do Código de Processo Penal, respeitando-se o direito fundamental à proteção social, na face do garantismo positivo.

Ante o exposto, peço apoio na aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

Deputado Rubens Pereira Junior