

PROJETO DE LEI Nº , DE 2016.

(Do Sr. Rubens Pereira Junior)

Altera o art. 197 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º – O art. 197 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 197.....

Parágrafo único – Caberá Mandado de Segurança para o fim de conferir efeito suspensivo ao recurso do Ministério Público ou ao da defesa quanto à pena de multa.” (NR)

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

JUSTIFICAÇÃO

Passados mais de 30 (trinta) anos da entrada em vigor da Lei de Execução Penal, constata-se a necessidade de seu aperfeiçoamento.

Nesse espectro, constata-se que o seu art. 197 merece reforma, para prever o uso do Mandado de Segurança a fim de atribuir efeito suspensivo ao Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público ou, ainda, ao da defesa quanto à pena de multa.

O supramencionado regramento, na atual redação, assinala que, das decisões proferidas pelo Juiz da Execução, caberá recurso de agravo, mas sem efeito suspensivo.

Acontece que, se o condenado estiver em situação que denote a violação a sua liberdade ambulatorial, poderá se valer de remédio jurídico mais ágil, que é o Habeas Corpus (o qual só não é viável no caso da pena de multa). Isto nunca ocorrerá, contudo, com relação ao Ministério Público no exercício da sua atividade persecutória.

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 pressuponha 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, 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 inconstitucionalidade 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 jurídico-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.

E assim ainda restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 241.545/DF:

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 consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda 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:

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 inerente 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 atual legislação, conferir efeito suspensivo ao Agravo em Execução Penal, o Superior Tribunal de Justiça tem consignado seu não cabimento, em virtude da ausência de previsão legal para tanto, conforme afirmado no Habeas Corpus nº 268.427/SP e no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 148.623/SP.

Destarte, vislumbra-se que extremamente necessária e salutar a criação da hipótese de Mandado de Segurança conferindo efeito suspensivo ao Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, permitindo que o citado órgão persecutório se utilize de uma medida judicial veloz e prontamente eficaz, assim como disposta ao condenado a possibilidade do uso do Habeas Corpus no que diz respeito a sua liberdade ambulatorial.

Assim, ter-se-ia efetiva a paridade de armas e a não infringência à proibição da proteção deficiente.

A previsão supracitada beneficiará ao Ministério Público, porque, como dispõe o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, o Mandado de Segurança somente protege direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus, que, conforme registrado anteriormente, está à disposição do condenado quanto ao seu direito de locomoção; e, ainda, a este último, com relação à pena de multa, porque eventual decisão do Juízo da Execução que lhe diga respeito não terá a proteção daquela garantia libertária, já que não pode ser convertida em prisão, após o advento da Lei nº 9.268/1996.

Importante pontuar que se conhece o recente entendimento dos tribunais superiores sobre a utilização do Habeas Corpus como substitutivo dos

recursos ordinariamente cabíveis. Porém, além de a análise sobre a legalidade do ato questionado estar sendo realizada de ofício (muito embora assim não se entenda necessário, porque cabível o referido *writ*), a medida disponibilizada ao condenado (o agravo) não se apresenta suficiente, não de forma imediata.

Vale destacar, ainda, 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 raciocina, 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 e, ainda, para o respeito à proibição da proteção deficiente, é a previsão aqui proposta, de se incluir a hipótese expressamente na Lei de Execução 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, conforme revelado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de nº 43.327/MS e no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 45.841/RS.

Portanto, nada há que impeça a previsão legislativa de Mandado de Segurança para se atribuir efeito suspensivo ao Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, respeitando o direito fundamental à proteção social na face do garantismo positivo, e/ou pela defesa quanto à pena de multa, assegurando a paridade de armas.

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

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2016.

Deputado Rubens Pereira Junior