

198201503995



Junte-se ao processado do

PLS nº 402, de 2015

Em 10/12/15

Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 - RJ - Brasil

Tel.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Senado Federal

Comissão de Constituição,

Justiça e Cidadania.

Ofício nº PR-1530/2015

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2015.

00100.142437/2015-65

Senhor Presidente,

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, em sessão plenária do dia 23 de setembro do corrente ano, aprovou parecer da lavra da Consócia Doutora Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, proferido na indicação nº 041/2015, sobre Projeto de Lei nº 402/2015, que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos aos recursos”.

Para conhecimento de Vossa Excelência encaminho cópia do Parecer na expectativa de que possa merecer a sua judiciosa apreciação, bem como contribuir para o aperfeiçoamento da ordem jurídica democrática.

Aproveito o ensejo para reiterar protestos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Técio Lins e Silva

Presidente

Excelentíssimo Senhor

Senador **Renan Calheiros**

DD. Presidente do Senado Federal

Senado Federal

Praça dos Três Poderes

Palácio do Congresso – Ed. Principal - Anexo I, 6ª andar

Cep:70165-900 Brasília DF

Recebido em 15/12/15

Hora: 16:55

Ana Cristina Brasil - Matr. 265160

PARECER - Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

Ref. Indicação nº 041/2015

Autor: Dr. Tício Lins e Silva- Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros

Matéria: Alteração de dispositivos do Decreto-Lei 3.689/41 – Código de Processo Penal, no tocante à matéria Recursal

Relatora: Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

EMENTA: PLS 402/2015 que propõe alterar o Código de Processo Penal para: decretação de prisão para crimes graves a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso; revogar o §4º no art. 600 do Código de Processo Penal, que permite ao Apelante apresentar suas razões de apelação diretamente na instância recursal; reduzir o cabimento dos embargos infringentes e possibilitar a imposição de multa pela interposição de embargos de declaração protelatórios. Inconstitucionalidade do PLS 402/2015 por violação a Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência, Ampla Defesa. Impossibilidade de interpretar Direitos e Garantias que se configuram como cláusulas pétreas contra as liberdades Individuais. Pela Rejeição total do Projeto de Lei 402/2015.

Trata-se de indicação feita pelo Exmo Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Tício Lins e Silva, para relatoria de parecer sobre o PLS 402 de 2015, apresentado pelos Senadores Roberto Requião (PMDB/PR), Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), Alvaro Dias (PSDB/PR) e Ricardo Ferraço (PMDB/ES), tendo como base texto oriundo da Associação dos Juizes Federais – AJUFE, conforme a justificativa apresentada com o Projeto:



“Após reuniões destinadas a discutir com a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE uma alteração na legislação processual penal brasileira, ofertou-nos aquela associação o texto da presente proposição, destinada que é a promover alteração normativa que atribua maior eficácia às sentenças condenatórias e aos acórdãos condenatórios no processo penal, evitando a eternização da relação jurídica processual, com graves impactos na aplicação da lei penal.

Nos dizeres da própria AJUFE, não é razoável transformar a sentença condenatória ou o acórdão condenatório, ainda que sujeitos a recursos, em um "nada" jurídico, como se não representassem qualquer alteração na situação jurídica do acusado. (...).” (Justificativa ao PLS 402/2015)

A proposta legislativa traz considerável alteração no sistema recursal processual penal, permitindo a decretação de prisão para crimes hediondos, de tráfico de entorpecentes, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro, ou ainda os de organização criminosa (lei 12.850/13), a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso, dando o mesmo tratamento dos acórdãos condenatórios às decisões condenatórias do Tribunal do Júri; revogando o §4º no art. 600 do Código de Processo Penal, que permite ao Apelante apresentar suas razões de apelação diretamente na instância recursal; reduzindo o cabimento dos embargos infringentes apenas para quando o voto vencido for de absolvição e possibilitando a imposição de multa pela interposição de embargos de declaração protelatórios.

A justificativa, para além do discurso de efficientismo penal calcado em palavras de ordem como “clamor da sociedade”, “impunidade”, “celeridade processual”, também pretende importar “com as devidas adaptações” segundo o texto da Justificativa, regramento norte-americano retirado do Código Penal Federal dos Estados Unidos, trazendo ainda como modelo o Direito francês; olvidando-se talvez nossos legisladores que nos EUA vige a *Common Law*, com

princípios e regramentos muito distantes de nossas tradições jurídicas. E, no caso da França, o modelo também não nos cai bem, uma vez que naquele País o Judiciário não é um Poder de Estado, mas sim uma função judicial, ficando inserido na estrutura do Poder Executivo.

Justificam ainda os proponentes que os fundamentos da prisão preventiva do projeto de lei são diferentes dos já existentes no artigo 312 do Código de Processo Penal “pois, com o acórdão condenatório, já há certeza, ainda que provisória, quanto à responsabilidade criminal do acusado. Remeter aos fundamentos do art. 312 tornaria a proposição legislativa inócua.” (Justificativa ao PLS 402/2015)

A Justificativa apresentada ainda se funda na ideia de celeridade processual, para suprimir a possibilidade do Apelante arrazoar diretamente na Segunda Instância, pois que tal medida geraria “atrasos na tramitação das apelações”, e para restringir as hipóteses dos Embargos Infringentes somente aos casos em que o voto vencido seja pela absolvição, uma vez que a amplitude destes tem “causado embaraços à duração razoável do processo”.

Por fim, tratam os Senadores proponentes de explicar a razão de introduzirem no campo da jurisdição penal, a multa por Embargos declaratórios considerados protelatórios, regra copiada literalmente do Processo Civil, desconsiderando que no campo penal é a Liberdade do Cidadão que está em jogo, Direito Fundamental sobre o qual não se pode entender o desejo de obtê-lo, ou de mantê-lo, como protelatório.

Assim, as alterações propostas no Código de Processo Penal pelo PLS/2015 são:

“O CONGRESSO NACIONAL decreta:



Art. 1o O Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 617-A:

"Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório por crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro ou do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, o tribunal decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1.º O condenado deverá ser conservado na prisão, se não tiverem cessado as causas que motivaram a decretação ou a manutenção de sua prisão cautelar.

§ 2.º Quando imposta pena privativa de liberdade superior a quatro anos, a prisão preventiva poderá ser decretada, mesmo tendo o condenado respondido ao processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto.

§ 3.º Na avaliação da necessidade da decretação da prisão, o Tribunal deverá considerar entre outros elementos:

- I - a culpabilidade e os antecedentes do condenado;**
- II - as conseqüências e a gravidade do crime; e**
- III - se o produto ou proventos do crime foram ou não recuperados ou se houve ou não a reparação do dano decorrente do crime."**

Art. 2o Os arts. 637 e 638 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório terão efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nele impostas.

§1º. Poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

- I - não tem propósito meramente protelatório;**
- II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que**

pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§2º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal Superior, contendo cópia do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

.....

Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Federal na forma estabelecida por leis especiais e respectivos regimento interno."

Art. 3º O art. 492 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 492.

I - :

e) recomendará o condenado à prisão em que se encontra caso preso preventivamente ou poderá decretar a prisão preventiva, mesmo tendo ele respondido ao processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto;

.....

§ 3.º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri terá efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nela impostas.

§4º. Poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II - levanta uma questão de direito ou de fato substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§5º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal, contendo cópia da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Art. 4º O art. 609 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 609.

§1º Quando houver voto vencido pela absolvição do réu em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. §2º Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos."

Art. 5º O art. 620 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte §3º:

"Art. 620.

§ 3.º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada em até dez vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo."

Art. 6º Fica revogado o § 4º do art. 600 do do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código Processo Penal.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.”

O relator do PLS 402/2015 na Comissão de Constituição e Justiça, Senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES), também um dos proponentes do projeto *sub examen*, em seu parecer, repisa as razões já apresentadas na Justificativa do Projeto Lei, entendendo presentes os requisitos formais e materiais de constitucionalidade, além de considerar a técnica legislativa como própria.

Acrescenta ainda o Senador Relator:

“(…) A sugestão formulada pela AJUFE visa promover alteração normativa que atribua maior eficácia às sentenças condenatórias e aos acórdãos condenatórios no processo penal, evitando a eternização da relação jurídica processual, com graves impactos na aplicação da lei penal. A preocupação do central do projeto é, portanto, conferir maior eficácia à decisão condenatória dos tribunais, ainda que sujeita a recursos, não considerando razoável que a regra seja o apelo em liberdade se ausentes os requisitos tradicionais da prisão preventiva.

Os fundamentos da prisão preventiva elencados no Projeto são diferentes daqueles previstos para o instituto no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), pois, com o acórdão condenatório, já haveria certeza, ainda que provisória, quanto à responsabilidade criminal do acusado, não se podendo falar mais, portanto, em “presunção” de inocência.

Propõe-se uma inversão do ônus de demonstração de que a liberdade do condenado não oferece riscos na fase de apelação, diferenciando-se da situação existente antes do julgamento, o que, para os autores da proposta, é justificável, pois nesse momento já haveria uma decisão condenatória em segundo grau, com prévia deliberação de um colegiado sobre as provas e os argumentos das partes, e, portanto, maior segurança para a imposição da prisão.
(…).”



(Parecer do Relator na CCJ do Senado Federal, Senador Ricardo Ferraço, também um dos proponentes do PLS 402/2015, subscritor da Justificativa do Projeto)

Este é o relatório.

Ousamos divergir radicalmente do Projeto de Lei 402 de 2015, e de suas justificativas, e antes de passar ao exame de cada alteração legislativa proposta, alguns fundamentos são necessários.

O Projeto de Lei, e isso fica claro na Justificativa e no Parecer da Comissão de Constituição e Justiça, parte de uma premissa equivocada: a de que o Processo Penal é instrumento de defesa social, a de que as alterações processuais penais, mesmo as que enfraquecem Direitos Fundamentais e suas Garantias Individuais Constitucionais, são necessárias para “proteger” o Poder Judiciário do “descrédito”, trazer “efetividade” às decisões condenatórias, mesmo das que não transitaram em julgado, portanto não estabeleceram culpabilidade em sentido estrito, invertendo a lógica da Liberdade como regra democrática, para se tornar a exceção.

Talvez assim o fosse nas diferentes fases das Inquisições, no nosso caso Inquisição Ibérica, ou ainda, fazendo um enorme salto histórico, e mais próximo de nossa realidade, quando veio a lume, em 1941, em pleno Estado Novo, o Código de Processo Penal Brasileiro, cópia do Código Rocco, portanto de inspiração fascista, a desafiar-nos, hoje, a descoberta do quanto das matrizes autoritárias ainda permanecem em nosso ordenamento processual penal, e em nosso imaginário jurídico. Para não falar da maior tragédia do século passado, século que Eric Hobsbawn denominou a era dos Extremos¹, o nazifacismo que

¹ HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos – O Breve Século XX – 1914-1991*. Rio de Janeiro, Cia da Letras, 2000.

culminou com o extermínio em massa de milhões de seres humanos, judeus, ciganos e outros “estranhos a comunidades”, mas que já ao final dos anos 20 do século passado e durante o decênio seguinte, até o início de II Guerra Mundial, mostrava no campo jurídico-penal e processual penal, sua face autoritária quando no terceiro Reich, por exemplo, admitia a prisão sob o fundamento do “clamor popular”.²

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, uma escolha clara e inquebrantável emergiu, a de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo, dentre seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana, artigo 1.o., inciso III da CF88, iluminando os Direitos Fundamentais e suas garantias elencados no texto constitucional.

No campo processual penal, a Constituição da República demarcou, de forma precisa e minuciosa, os limites da intervenção estatal, mandamentos dirigidos aos três Poderes da República, na esfera das liberdades do Cidadão. Mais do que demarcar, a Constituição Federal de 1988 configurou a estrutura do Processo Penal Brasileiro através das garantias processuais, de cariz democrática, como Contraditório, Ampla Defesa, Inadmissibilidade de Prova Ilícita, Inviolabilidades, Presunção de Inocência, dentre outras, rompendo, ao menos formalmente, com a antiga estrutura jurídico-política autoritária.

“Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.”³

² Neste sentido ver FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11.a. Ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p.42.

A questão que se impõe nos dias atuais é se efetivamente nosso Processo Penal, em sentido lato, incluindo-se a atividade legislativa neste campo, vem se constituindo a partir de nossa Constituição Democrática de Direito, portanto ganhando a dimensão política exigida pela Democracia Substancial, ou seja, um Processo Penal dotado de garantias efetivas das Liberdades Individuais, ou se estas vêm sendo sistematicamente relativizadas em prol de uma expansão desmesurada do Poder Punitivo, sob a falsa ponderação entre liberdade individual x segurança da sociedade, - falsa diante da impossibilidade de se ponderar dois direitos qualitativamente diferentes -, sempre com desvantagem para a Pessoa, introduzindo elementos, regras ou práticas, incompatíveis com um Processo Penal Democrático⁴.

“Enquanto limites em defesa da pessoa, contra abusos de autoridade, as garantias representam, de fato, a expressão mais significativa do longo e tormentoso processo evolutivo que delineou o desenvolvimento da civilidade jurídica contemporânea. Não é possível, portanto, que em estruturas inspiradas na democracia, mesmo se para fim de combater fenômenos criminais, ainda que gravíssimos, adote-se remédios normativos e práticas jurisprudenciais que restam por fazer desmoronar os sistemas penais rumo a preocupantes modalidades de arbítrio: as quais têm constantemente caracterizado os mais difíceis momentos para as razões do sujeito.”⁵

É neste contexto que se insere o debate acerca do PLS 402/2015, sendo que as alterações propostas vêm no sentido de introduzir regras inconstitucionais por avançar sobre garantias individuais, consideradas cláusulas pétreas, em especial a da Presunção de Inocência, atingindo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana.

⁴ Neste sentido ver MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados – Corrupção, Expectativa e Processo Penal*. São Paulo, Ed. Atlas, 2013, p.3.

⁵ MOCCIA, Sergio. *A Difícil Relação entre Norma e Ciência Penal na Pós-Modernidade*. In “Direito Penal como Crítica da Pena – Estudos em Homenagem a Juarez Tavares, org. GRECO, Luís e MARTINS, Antonio, São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp.405, 406.

A Presunção de Inocência está expressa no inciso LVII do artigo 5.o. da Constituição da República⁶, além de prevista em diversas Declarações de Direitos do Homem e Convenções Internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos). Não cabe no presente parecer realizar um esboço histórico desta garantia, assim como também não abordaremos se existe, ou não, diferenças entre os termos “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”.

Para efeito do exame do PLS 402/2015, reafirmamos o sentido de que “a presunção de inocência constitui direito fundamental de dimensão constitucional”. “Não se trata de uma presunção no sentido técnico, mas de uma valoração constitucional, que condiciona a atuação de todos os agentes estatais em diversos momentos.”⁷ No mesmo sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, valendo-se do lição de Giralamo Bellavista, escreve que “para o autor, trata-se de uma presunção legal de natureza política, mais próxima das funções judiciais do que das presunções judiciais. E é um princípio político que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais que o hospedam e governam.”⁸

Desta forma, a Presunção de Inocência é princípio fundante do Processo Penal Democrático, configurando-se regra de tratamento processual no qual o sujeito acusado preserva seu Estado de Inocência até que uma sentença condenatória não mais passível de recurso firme a certeza jurídica de sua culpabilidade. Aqui vale uma advertência: a “certeza” é jurídica, posto que “certeza certa”, assim como “verdade real” são figuras mitológicas irrealizáveis.

⁶ Art. 5.o., inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

⁷ CASARA, Rubens R.R. e MELCHIOR, Antonio P.. *Teoria do Processo Penal Brasileiro – Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 510.

⁸ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5.a. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p.162.

Assim, todo acusado só poderia, enquanto não houvesse a decisão definitiva estabelecendo sua culpabilidade e consequente condenação/pena, ser considerado inocente, não podendo uma acusação, em um primeiro momento, ou até mesmo uma condenação em 2.o. grau, “suspender sua inocência e nem as garantias que a acompanham”.⁹

Tecidas essas considerações, passemos à análise do Projeto de Lei 402/2015, primeiramente quanto à proposta de prisão a ser decretada no acórdão condenatório recorrível, sendo que o mesmo tratamento concedido aos acórdãos condenatórios é proposto para decisão do Tribunal do Júri em relação ao recurso de Apelação.

Assim, acrescenta-se no Código de Processo Penal¹⁰ o artigo 617-A e altera-se os artigos 637, 638 e 492:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório por crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro ou do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, o tribunal decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1.º O condenado deverá ser conservado na prisão, se não tiverem cessado as causas que motivaram a decretação ou a manutenção de sua prisão cautelar.

§ 2.º Quando imposta pena privativa de liberdade superior a quatro anos, a prisão preventiva poderá ser decretada, mesmo tendo o condenado respondido ao processo em

⁹ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil – O Conflito entre Punir e Libertar*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.53.

¹⁰ Atual redação dos artigos 637 e 638 do CPP: “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

“Art. 638. O recurso extraordinário será processado e julgado no Supremo Tribunal Federal na forma estabelecida pelo respectivo regimento interno.”

Atual redação do item e) do inciso I do artigo 492 do CPP: “Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação:

.....

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva.”

liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto.

§ 3.º Na avaliação da necessidade da decretação da prisão, o Tribunal deverá considerar entre outros elementos:

- I - a culpabilidade e os antecedentes do condenado;
- II - as consequências e a gravidade do crime; e
- III - se o produto ou proventos do crime foram ou não recuperados ou se houve ou não a reparação do dano decorrente do crime."

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório terão efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nele impostas.

§1º. Poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

- I - não tem propósito meramente protelatório;
- II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§2º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal Superior, contendo cópia do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

.....

Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Federal na forma estabelecida por leis especiais e respectivos regimento interno."

"Art. 492.

I - :

e) recomendará o condenado à prisão em que se encontra caso preso preventivamente ou poderá decretar a prisão preventiva, mesmo tendo ele respondido ao processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto;

.....

§ 3.º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri terá efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nela impostas.

§4º. Poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II - levanta uma questão de direito ou de fato substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§5º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal, contendo cópia da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Considerando o acima exposto em relação à garantia da Presunção de Inocência, as alterações propostas não se coadunam com a Constituição Federal de 1988, portanto são materialmente inconstitucionais.

A questão não é só de regra materialmente inconstitucional, do ponto de vista do texto expresso da garantia ou princípio violados, no caso a Presunção de Inocência e a Dignidade da Pessoa Humana, mas é inconstitucional do ponto de vista também da interpretação, por ser esta restritiva quanto à plena aplicação das Garantias e efetivação de Direitos e Princípios fundamentais. "A abertura do *corpus* constitucional a regras constitucionais não escritas – quer as derivadas de uma formação/institucionalização consuetudinária quer as derivadas da

interpretação do texto constitucional – aponta para uma outra ideia importante. É esta: o direito constitucional é um direito vivo, é um direito em ação (...)”¹¹, gerando o conceito de “constituição material”, enquanto aquela que efetivamente dá vida aos princípios ali insculpidos.

Tornar a prisão preventiva, ou outra medida cautelar, quase que automática, quando de decisão condenatória em 2.a. instância, mesmo quando o réu respondeu ao processo em liberdade, transferindo para o acusado o ônus de provar que “não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto”, é violar frontalmente a presunção de inocência vez que trata, não de certeza jurídica de culpa, ou mesmo da condenação pelo fato passado, mas joga uma suspeição, inconstitucional repita-se, sobre os ombros do acusado de suposta e eventual futura conduta, fugir ou cometer novos delitos, que violam o seu Estado de Inocência.

De outro lado, se essa prisão, que se quer “preventiva” a teor do projeto, for fundada em “culpabilidade e antecedentes”, aqui também falar de antecedentes já violaria a presunção de inocência, ou “consequências e gravidade do delito”, ou ainda de “não recuperação dos proventos ou reparação dos danos”, conforme se lê no texto da proposta, não estaremos mais na seara da cautelaridade, mas sim de pena antecipada, de novo violação ao Estado de Inocência, ou seja a malfadada execução provisória de pena.

Justificam os I. Senadores que os requisitos para esta modalidade de prisão, com o acórdão condenatório de 2.o. grau, seriam diferentes dos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal¹². No entanto, é facilmente perceptível que, no tocante a requisitos de cautelaridade, as garantias de não fuga e não prática de novos delitos expressas do projeto, já estariam previstas na

¹¹ CANOTILHO, J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa, Almedina, 2010, p.1139.

¹² Artigo 312 do CPP: “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.”

garantia da ordem pública e/ou ordem econômica e asseguração da aplicação da lei penal do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Agora se os “novos” requisitos forem culpabilidade, antecedentes do condenado, consequências e gravidade do delito, recuperação dos produtos e proventos do crime e reparação do dano decorrente deste, como dispõe o texto do PLS 402/2015, não estamos mais falando de medida cautelar processual penal, mas sim de pena, condenação, direito penal material. Violação frontal ao princípio da Presunção de Inocência.

E mais, o PLS 402/2015 também desconsidera os dispositivos relativos as medidas cautelares trazidos pela lei 12.403 de 2011 que alterou profundamente as regras processuais, sobretudo ao trazer, no artigo 282, incisos I e II, a obrigatoriedade do magistrado, de qualquer instância jurisdicional, examinar a necessidade e adequação da medida cautelar, devendo motivar suas razões. Isso para não falar que o Juiz de 1.a. instância já poderia, se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, fundamentando a necessidade e adequação, manter a prisão cautelar, ou impô-la ao acusado quando de sua sentença condenatória, a teor do artigo 387, § 1.o. do Código de Processo Penal.

Na tramitação do projeto ora em análise, o Senador José Pimentel requereu¹³ realização de audiência pública fundamentando seu pleito nas manifestações públicas dos Ministros decanos do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo e Marco Aurélio de Mello que, em março de 2015, se manifestaram da seguinte forma acerca da presente proposta legislativa: “inaceitável, insuportável, um retrocesso inimaginável”, declarou o Ministro Celso de Melo enquanto o Ministro Marco Aurélio de Mello asseverou que não via “como ter-se no campo penal uma execução que não seja definitiva, já que ninguém devolve ao absolvido a liberdade que se tenha perdido. Ele entrará com

¹³ Requerimento CCJ n.o. 17/2015 de 27 de agosto de 2015.

ação indenizatória contra o Estado? Termos que cuidar desse problema da máquina judiciária.”

A vedação ao retrocesso ainda é tema pouco debatido no cenário brasileiro. Mal resumindo em uma frase: a vedação de retrocesso em matéria de Direitos deriva da noção de eficácia dos Direitos Fundamentais que, adquiridos via sua constitucionalização, não existiria permissivo legal, ou legitimidade legislativa, que pudesse vulnerar tais Direitos e Garantias. A título de exemplo, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos traz a vedação de retrocesso quando prevê em seu artigo 4.o., 3, que a pena de morte não pode ser restabelecida nos países que a aboliram.

Neste caso, o retrocesso é evidente, configurando-se em um misto de prisão administrativa, com cunho meramente simbólico midiático, com pena antecipada, pois que a ser cumprida antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Às mudanças acima comentadas, se somam mais algumas, desta vez com a justificativa de necessidade de celeridade processual. O texto da proposta legislativa em relação às alterações nos artigos 600, § 4.o, 609 e 620 segue abaixo:

"Art. 609.

§1º Quando houver voto vencido pela absolvição do réu em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.
§2º Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

"Art. 620.

§ 3.º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada em até dez vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo."

Art. 6º Fica revogado o § 4º do art. 600 do do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código Processo Penal."

A justificativa de tais alterações se baseia em supostos atrasos na tramitação do processo e dos recursos, trazendo para dentro do processo penal a idéia de "recurso protelatório", sendo que também nos artigos anteriormente examinados, o legislador pretendeu não dar o efeito suspensivo em matéria de medida cautelar aos Recursos Especial e Extraordinário com a expressão do "propósito meramente protelatório". Nos perguntamos: quando desejar sua liberdade pode ser protelatório? Quando ter a esperança de ser absolvido pode ser protelatório?

Tratando do tempo no processo penal, Rubens Casara critica a "tirania da urgência" e o perigo da hiperaceleração do processo penal:

"A *hiperaceleração* conduz a um risco extremo para o estado democrático de direito, principalmente quando não há compreensão de que existe um *tempo do direito* que é desvinculado do *tempo da sociedade*. Nesse contexto, o que se identifica? Uma *compulsão por eficiência* que transforma o cidadão em consumidor de um genuíno "*fast food jurisdicional*".

(...) a eficiência na condenação sempre apresenta a "*cultura dos direitos e garantias fundamentais como causa de*

entreve ao funcionamento eficiente do sistema”, para usar das palavras de Fauzi H|assan Choukr.”¹⁴

A idéia de eficiência e rapidez traduz-se na pena em ritmo de *fast food*, pois é exatamente disto de que se trata, punição para consumo rápido, às custas dos direitos fundamentais. O argumento economicista de maior eficiência na aplicação da lei penal que, aliada à celeridade dos trâmites – agora burocráticos, não mais judiciais –, desafogaria o Judiciário, é fundamento mais afeito ao direito administrativo, nunca processual penal.

A indevida transposição de regra do processo civil para o processo penal, fundada em vedação de recursos protelatórios, - e neste parecer não temos espaço para debater a existência de uma Teoria Geral do Processo que permitisse esse intercâmbio acrítico entre institutos processuais, apenas o aviso de que no Processo Penal tratamos da Liberdade de um Cidadão, e a Liberdade não espera, não se a requer aguardando preso -, gerou no projeto de Lei outra inconstitucionalidade, uma vez que o tempo razoável¹⁵ no Processo Penal, não é tempo das condenações rápidas e incertas, mas sim o tempo que assegure a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência, a possibilidade de reconhecimento das nulidades e/ou reformas de decisões processuais.

Apenas a título de curiosidade nos perguntamos qual seria a consequência para o Ministério Público, órgão acusador, portanto parte no Processo Penal, caso interpusse Recurso Especial ou Extraordinário considerado “protelatório”? Ou ainda no caso dos Embargos de Declaração, já que o Embargante deverá ser multado com o pagamento de 10 a 100 SMs, elevado a dez vezes se reiterados? Paga a órgão ministerial ou o Promotor, Procurador, que opor Embargos?

¹⁴ CASARA, Rubens R.R. e MELCHIOR, A., 2013, pp. 152, 153

¹⁵ Artigo 5.o., inciso LXXVIII da CF88: “a todos, no âmbito judicial, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Definitivamente, não há como sobreviver no campo penal a ideia de recurso protelatório como quer o PLS 402/2015.

Na hipótese dos Embargos Infringentes, o projeto pretende limitá-los tão somente aos casos em que o voto vencido for pela absolvição. Desta forma, os inúmeros entendimentos acerca de erros na aplicação de pena contra o réu, podendo inclusive gerar uma substituição de pena prisional por restritiva de direitos, estariam fora de controle jurisdicional via Embargos de Infringentes e de Nulidade, violando, de novo, Direitos Fundamentais do condenado, sob o argumento da necessidade de celeridade processual e que com os erros de “contagem” na pena, muito comuns conforme assume o parecer da CCJ, os atrasos são grandes.

Os Embargos Infringentes têm, na realidade, pouca incidência, - e para esta verificação basta acessar os portais do Poder Judiciário -, no entanto, quando de sua incidência, se revelam uma garantia do Cidadão perante o poder do Estado, o mais violento deles, - o de lhe subtrair a liberdade -, a garantia de que a decisão, quando não unânime, portanto com razoável dúvida na matéria julgada, possa ser revista via Embargos Infringentes.

Ainda na seara do Processo Civil, o Instituto dos Advogados Brasileiros, quando do debate do Novo Código de Processo Civil, se posicionou pela manutenção dos Embargos Infringentes.¹⁶ Tal entendimento se faz mais premente no campo processual penal.

¹⁶ “O recurso de embargos infringentes foi abolido, retirando das partes mais um caminho para reforma da decisão que lhes foi prejudicial. Os embargos infringentes têm a função de resgatar a sentença de mérito, por meio do voto vencido. A renovação da jurisprudência se faz com votos vencidos, em sua grande maioria. Do contrário, incorreremos no perigo de ossificar as orientações dadas pelos tribunais. Os embargos infringentes já têm um papel restrito em nosso Direito, mas não menos importante. É um percentual mínimo da miríade de recursos utilizados no sistema processual. Mas, se por quantidade são pouco expressivos - o que os torna úteis - são necessários para evitar que somente com o pronunciamento do STJ o retorno à decisão inicial seja reconhecido como a melhor solução para o caso.

O Projeto, neste ponto, é contraditório, pois dá importância à inserção dos votos vencidos no decisório, embora o recurso para fazer valê-los venha a ser extinto.

A Comissão do Instituto dos Advogados Brasileiros, IAB encarregada de analisar e propor emendas ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, assim sendo, opina no sentido da manutenção deste recurso

A Professora Ada Pellegrini Grinover afirma que, tratando-se de impugnação privativa da Defesa, “cuja previsão parece estar fundada no receio de que se possa cristalizar-se, contra o réu, um julgamento injusto”¹⁷, os Embargos Infringentes no processo penal são incontestáveis pois não caberiam as “mesmas hesitações da doutrina processual civil quanto à conveniência da manutenção de tal recurso – aqui, os inconvenientes resultantes da procrastinação de uma decisão final são largamente compensados pela maior tutela que se dá ao direito de liberdade.”¹⁸

Por fim, mas também não menos importante a supressão da possibilidade de interpor razões recursais diretamente na 2.a instância em nada acelera a tramitação processual, uma vez que os prazos são mantidos, 05 dias para interposição, vai à 2.a instância, e 08 dias para interpor as razões recursais. Se demora há, talvez, não o afirmamos, poderíamos imputá-lo à burocracia estatal, mas não às partes, vez que estas, se perderem seu prazo, perderão seu direito ao recurso.

O Direito ao processo justo, com todos os meios inerentes à defesa é um direito inalienável do indivíduo, e assim como outros Direitos Fundamentais, não suscetíveis de vulneração, seja através de propostas legislativas, de decisões judiciais ou de barganhas, não pode ser sacrificado no altar do utilitarismo processual em nome de um eficientismo penal antigarantista que, ao longo do tempo, corroerá o Processo Penal Democrático, constituído pela Constituição Federal de 1988, e essencial para o fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito.

no novo Código de Processo Civil.” (Conclusão do Relatório apresentado pelo IAB sobre o Projeto de Código de Processo Civil)

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrino, e outros. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2008, p. 216.

¹⁸ *Ibidem*.

Isto posto, pelas razões acima expostas, este parecer é no sentido de sugerir ao Plenário do IAB que se posicione contrariamente ao Projeto de Lei do Senado nº 402/2015, por ser incompatível com os Direitos e Garantias Fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2015.



Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal.

SENADO FEDERAL
SECRETARIA-GERAL DA MESA

Brasília, 09 de dezembro de 2015

Senhor Técio Lins e Silva, Presidente do Instituto de Advogados Brasileiros - IAB

Em atenção ao Ofício nº PR-1530/2015, de Vossa Senhoria, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do Senado, informo que a referida manifestação foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para ser juntada ao processado do PLS nº 402, de 2015, que "*Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos aos recursos*", que se encontra atualmente naquele órgão.

Atenciosamente,


Luiz Fernando Bandeira de Mello
Secretário-Geral da Mesa