

10 RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PLS 402/2015

- 1 - Violação do Princípio da Presunção de Inocência (Art. 5º, LVII CF/88);
- 2 - Fere o Estado Democrático de Direito por violar o Devido Processo Legal
- 3 - A previsão de antecipação da pena é inconstitucional;
- 4 - Ressuscita a prisão decorrente de sentença condenatória abolida em 2008;
- 5 - Prisão automática em todos os crimes julgados pelo Tribunal do Júri em 1º grau
- 6 - Aumento expressivo do número de presos provisório que já são 40% no Brasil;
- 7 - Maior encarceramento de pessoas pobres antes da condenação definitiva;
- 8 - A antecipação da pena não alcançará réus mais abastados;
- 9 - Aumento da desigualdade de tratamento conferido pelo Estado aos seus réus;
- 10 - Impedimento de acesso aos direitos previstos pela Lei de Execuções Penais;

-

EGRÉGA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA DO SENADO FEDERAL,**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES SENADORES DA REPÚBLICA,****NOTA TÉCNICA AO PLS 402/2015**

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, AJD - Associação Juizes para a Democracia e a Pastoral Carcerária Nacional – CNBB vêm apresentar **NOTA TÉCNICA pela inconstitucionalidade do PLS 402/2015**, que altera dispositivos do Código de Processo Penal referentes aos recursos, pelas razões abaixo expostas.

1. - DA VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em suma, o PLS em comento coloca sobre os ombros da pessoa acusada o encargo de provar que "não irá fugir ou praticar novas infrações se permanecer solto" após a condenação ainda pendente de recurso, sob pena de imposição automática de prisão, a qual claramente se estabelece como uma antecipação de pena, antes da condenação definitiva.

Encargo draconiano, pois se deve provar que não se irá fazer algo, o que é impossível logicamente de ser feito.

Como consequência jurídico-processual da proposta, o Juiz estaria autorizado a aplicar automaticamente uma prisão preventiva após o acórdão condenatório por crimes hediondos e equiparados, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro ou previstos no art. 2º da Lei nº 12.850/2013, mesmo que pendente recurso regularmente interposto e recebido. De igual modo, a prisão seria automática em relação a todos os crimes julgados pelo tribunal do júri, já após a sentença condenatória de primeiro grau.

Nestas proposições, o PLS é inconstitucional por violar a garantia da presunção de inocência.

Desde a ruptura com o sistema inquisitório de absoluto desrespeito aos direitos individuais que prevaleceu

no chamado "período das trevas" da Europa medieval, o princípio da presunção de inocência ganhou corpo inabalável nas Constituições e Tratados internacionais de direitos humanos ao redor do globo.

Trata-se de tradição mais do que secular, elemento inafastável do conceito de devido processo legal. Povoou todas as declarações de direitos desde a superação do *Ancien Régime* francês a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Com a democratização do país, a Constituição da República brasileira de 1988 se colocou em perfeita sintonia com o tratamento jurídico que a garantia do "estado de inocência" recebe em outros ordenamentos.

O constituinte brasileiro adotou uma clara opção: elegeu o *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória como o único marco no trâmite processual capaz de vencer a presunção de inocência a favor do indivíduo. Impossível interpretar de outra forma a indubitável prescrição do artigo 5º, LVII, do texto constitucional: *Ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado de sentença penal condenatória***.

Nesta opção o Brasil é acompanhado, apenas a título de exemplo, pela Constituição portuguesa de 1976 – que em seu artigo 32.2 prescreve: "*Todo imputado será considerado inocente até o **trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva***" – e pela Constituição italiana de 1948 – cujo artigo 27.2 consagra: "*O acusado não é considerado culpado até a condenação **definitiva***"[1].

Não apenas os penalistas, mas também a doutrina constitucionalista brasileira sempre esclareceu que, da perspectiva da CF/88, a presunção de inocência permanece íntegra até o trânsito em julgado da condenação. Nesse sentido, Alexandre de Moraes[2]:

*"O princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no **direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado**, ao término do devido processo legal (due process of law), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)".*

Assim, não há espaço para a inversão de presunções ou ônus probatórios antes da sentença definitiva, sobre a qual não recaia a possibilidade de recursos. É ínsito ao Estado Democrático de Direito que a presunção de inocência apenas ceda após o encerramento de processo no qual se cumpriu todas as garantias do devido processo legal, nas quais se inclui o direito de recorrer.

Observadas essas questões constitucionais impeditivas do seguimento da proposição, cumprir ressaltar que este PLS vai na contramão das reformas processuais recentemente havidas no país, que tiveram como escopo justamente a adequação da legislação infraconstitucional à Constituição Federal. Recentemente, foram extirpadas do Código de Processo Penal, pelo Congresso Nacional, as vetustas e duramente criticadas prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória. Tratava-se de prisões que lidavam com o mesmo grau de automatismo e também com a inversão do ônus da prova a respeito da necessidade da custódia antecipada.

O que o PLS 402/2015 faz é ressuscitar a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a qual foi muito recentemente sepultada pelo Congresso Nacional. Não pode o legislador, em tão pouco tempo, alterar de modo assim drástico as diretrizes do sistema, num movimento irracional e não planejado que segue os ventos do momento. E mais: **como é possível que o Congresso aprove alterações legislativas sob a justificativa de que busca cumprir a Constituição e, poucos anos depois, diga que uma proposição diametralmente oposta àquela aprovada não ofende o mesmo texto constitucional, que permanece inalterado nesse aspecto da presunção de inocência?**

A recente história da lei processual penal brasileira, que sofreu profundas e coerentes alterações desde 2008, não pode ser ignorada. Assim como a Constituição não pode ser "reinterpretada" de forma a

lhe subtrair clara expressão contida no conceito de uma garantia individual para subverter-lhe a essência. A norma do artigo 5º, LVII é de clareza solar em todo o seu conteúdo.

2. DA INCONVENIÊNCIA POLÍTICA E ORÇAMENTÁRIA DO PLS

O PLS 402 traz normas que, repetidas vezes, reafirmam o efeito suspensivo dos recursos – inclusive perante as Cortes Superiores –, não se aplicando esse efeito, contudo, em relação à imposição de medidas "cautelares" pessoais e patrimoniais.

Trata-se de verdadeira contradição que trará dificuldades de aplicação das normas pelo Poder Judiciário e pela Administração Penitenciária.

Por um lado, se os recursos têm efeito suspensivo, a execução provisória da pena é vedada, o que pode impedir inclusive que as pessoas presas no trâmite dos recursos façam jus a direitos previstos na Lei de Execução Penal – LEP, abarrotando ainda mais os presídios e desvirtuando o sistema progressivo de cumprimento de pena.

Por outro lado, o PLS certamente produzirá um abarrotamento das já superlotadas instalações para presos provisórios: os Centros de Detenção Provisória, onde não há trabalho, estudo ou qualquer outra ocupação para o preso. São apenas celas com cerca de 50 presos, em média (chegando a 400% de sua capacidade), completamente ociosos, aguardando o julgamento dos recursos para que se defina sua situação processual, alcançando-se a soltura após injusta privação de liberdade ou iniciando-se um duro calvário de espera pela transferência para uma penitenciária.

A que sociedade pode interessar que enviemos mais presos aos CDPs sem estrutura, em detrimento do cumprimento de pena, no momento processual constitucionalmente adequado, em instalações construídas para esse propósito?

Vale sempre lembrar que, de acordo com recentes dados do Infopen-MJ, cerca de 40% dos/as presos/as no Brasil são provisórios, sem condenação definitiva, número já bastante desproporcional. Certamente, esse projeto terá o condão de aumentar ainda mais o número de presos provisórios, podendo levar inclusive à responsabilização internacional do Brasil por violações de direitos fundamentais.

Desta forma, vê-se que não é conveniente ao sistema penal e à segurança pública a aprovação de proposição legislativa que **provocará um agigantamento da crise hoje vivida no sistema carcerário.**

3. DO APROFUNDAMENTO DA FALTA DE ISONOMIA NO PAÍS: O POBRE, COM DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA, É QUEM VAI "PAGAR O PATO"

Essa iniciativa legislativa foi divulgada como uma ferramenta de combate à corrupção, como uma forma de vencer a alardeada "impunidade" que, no Brasil, alcança tão somente aqueles em melhores condições financeiras.

Contudo, em análise mais detida da proposição, percebe-se claramente que o seu efeito será apenas o de abarrotar ainda mais as masmorras brasileiras com a população pobre encarcerada, que já atinge a marca de terceira maior do planeta[3], o que – em relação àqueles desprovidos de recursos econômicos – afasta esta falsa sensação de impunidade.

Por que se chega a essa conclusão? Em primeiro lugar, a proposição determina que o Juiz deve levar em consideração, quando da decretação de prisão preventiva, se a pessoa acusada reparou o dano supostamente havido com o delito.

É evidente que apenas os mais abastados terão condições de promover essa reparação do dano, possuindo, portanto, melhores chances de evitar o automatismo da prisão antes da condenação definitiva.

Mesmo que seja um contrassenso jurídico que haja reparação do dano antes da condenação definitiva, uma

vez que o direito da vítima apenas nasce com a formação do título executivo judicial consistente na sentença condenatória transitada em julgado, a verdade é que, para aqueles que detêm o poder econômico, esse indevido encargo se mostrará menos dificultoso.

Em outro momento, o PLS dispõe que, mediante requerimento da defesa, os Tribunais Superiores e o Tribunal de apelação no júri, poderão conferir efeito suspensivo pleno aos recursos, *in verbis*:

§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 incidentalmente 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.

(mesma redação conferida ao artigo 492, §4º, referente ao recurso de apelação no tribunal do júri, pelo artigo 3º do PLS 402)

É evidente que apenas aqueles com poder financeiro para contratar bons advogados terão acesso efetivo à possibilidade conferida por este dispositivo. Para a imensa maioria da população carente, defendida pela Defensoria debilmente estruturada no país, esse dispositivo jamais entrará em vigor.

Para os pobres, a prisão antes da condenação definitiva será a regra, sempre. Até porque eles têm muito maior dificuldade de arcar com o ônus da demonstração plena de que "não irão fugir". A população sem acesso à moradia digna, a condições de pleno emprego, sujeita à informalidade e à marginalização, justamente a que mais sofre com a corrupção no país, não tem condições de dar "garantias" ao Juiz da forma como estabelece o PLS. Mas essa parcela da população sem dúvida nenhuma também goza da mesma presunção de inocência estabelecida igualmente para todos na democracia brasileira.

Enfim, o PLS em apreço não cumpre com os seus proclamados objetivos e, pior, aprofundaria, caso aprovado, a desigualdade de tratamento conferido pelo Estado brasileiro àqueles que provem de distintas classes sociais.

4. DA INJUSTIFICADA LIMITAÇÃO AOS EMBARGOS INFRINGENTES E DECLARATÓRIOS

Por fim, o PLS 402 limita o cabimento dos embargos infringentes à hipótese de que o voto vencido tenha divergido dos demais para *absolver* a pessoa acusada. Esta iniciativa não encontra justificativa.

Todas as questões jurídicas discutidas em um recurso são relevantes, desde eventuais nulidades – que representam violação à lei e, portanto, devem possuir eficaz sistema de controle num Estado de Direito – até o reconhecimento de causas de majoração ou diminuição da pena. Não faz sentido restringir o debate entre as partes apenas à questão da condenação ou absolvição.

Deve-se frisar que os embargos infringentes são cabíveis apenas em face de acórdãos que julgam apelação ou recurso em sentido estrito, já sendo limitada a sua incidência (não são cabíveis, por exemplo, *em habeas corpus* ou revisões criminais).

Não é esse o recurso que está abarrotando os Tribunais, nem de longe. Até porque se estabeleceu uma

prática nos Tribunais de que o Desembargador apenas faz questão de registrar o seu posicionamento divergente na Câmara quando sabe que o resultado do julgamento pode mudar se chamados os demais Desembargadores a decidir através dos embargos infringentes. **Restringir este recurso é conferir à Justiça maior natureza de loteria.** O acusado pode ter maior ou menor chance a depender dos Desembargadores sorteados porque estará coarctado em sua possibilidade de pedir um julgamento com participação completa do órgão julgador, o qual evidentemente tem melhores chances de produzir a consolidação da jurisprudência que é tão importante à segurança jurídica no país.

Outra grave consequência da limitação dos embargos infringentes será o abarrotamento dos Tribunais Superiores. Atualmente, havendo divergência entre os julgadores de uma Turma ou Câmara, a interposição de embargos infringentes tem sido tomada como condição para o conhecimento de Recurso Especial ou Extraordinário. A supressão ou limitação extrema dos embargos infringentes, nesse caso, terá como consequência o fato de que as partes interporão diretamente recurso aos Tribunais Superiores, antes mesmo que a própria Câmara ou Turma possa ter uniformizado sua jurisprudência pela via dos embargos infringentes. **Assim, no caso, o efeito da lei será diametralmente oposto ao pretendido, provocando uma avalanche de recursos aos Tribunais Superiores, acerca de matérias que poderiam ser resolvidas, com consolidação jurisprudencial, pelo próprio tribunal de origem.**

E, ainda, o PLS 402 estabelece a aplicação de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos em face da interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios. A iniciativa é extremamente perigosa e parece ter como objetivo manietar o exercício da defesa no âmbito penal, o que é gravíssimo.

Os embargos de declaração servem para aclarar o conteúdo de uma decisão judicial mal motivada ou contraditória; eles também são necessários para a preparação de outros recursos. A garantia da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX, CF) é imprescindível à legitimação do exercício do poder jurisdicional no Estado de Direito. Os juízes não são eleitos, não exercem poder representativo da soberania popular. A legitimidade do poder de suas funções decorre do método de decisão estabelecido legal e constitucionalmente. É a motivação clara e abrangente que confere legitimidade republicana aos comandos judiciais; sem essa garantia, o Juiz não seria nada além de um monarca.

Na esfera penal, **não pode a parte – e sobretudo a defesa – ter receio de buscar esclarecer um ponto obscuro da sentença ou acórdão porque pode sofrer retaliação financeira.** Podemos cair num abismo de autoritarismo judicial com este tipo de alteração legislativa, que afeta, ademais, as garantias constitucionais do devido processo legal.

Por todas essas razões, os signatários entendem que a proposição representaria grave retrocesso à República brasileira, merecendo rejeição, seja por inconstitucionalidade, seja pela inadequação dos meios eleitos para atingir os objetivos almejados.

De São Paulo para Brasília, 9 de setembro de 2015.

[1] Nereu José Giacomolli. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91/92.

[2] *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, pág. 390.

[3] Conforme dados do Infopen- MJ, relativos ao período entre 2008 e 2014, dos quatro países que mais encarceraram no mundo (EUA, China, Brasil e Rússia), o Brasil foi o único que, na contramão da tendência mundial, aumentou seu número de encarcerados. EUA e China reduziram suas populações prisionais em 9 e 8%, respectivamente, ao passo que a Rússia efetuou uma redução de 24% de sua população carcerária. O

Brasil, no mesmo período, aumentou seu número de presos em 33%.