

O IAB e as Garantias Constitucionais

Parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016 da Câmara dos Deputados
(conhecido como “Dez Medidas Contra a Corrupção”)



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros
Técio Lins e Silva

Presidente da Comissão de Direito Penal
Victória-Amália de Sulocki

Diretor Cultural (org.)
João Carlos Castellar

Rio de Janeiro
2017

O IAB e as Garantias Constitucionais

Parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016 da Câmara dos Deputados
(conhecido como "Dez Medidas Contra a Corrupção")

Técio Lins e Silva
Presidente

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Diretor Cultural (org.)

Victória Amália de Sulocki
Presidente da Comissão de Direito Penal



Gestão 2016/2018



Rio de Janeiro

2017



O ORGANIZADOR responsabiliza-se inteiramente pela originalidade e integridade do conteúdo da sua OBRA, bem como isenta a EDITORA de qualquer obrigação judicial decorrente da violação de direitos autorais ou direitos de imagem contidos na OBRA, que declara, sob as penas da Lei, ser de sua única e exclusiva autoria.

O IAB e as Garantias Constitucionais

Parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016 da Câmara dos Deputados
(conhecido como "Dez Medidas Contra a Corrupção")

Copyright © 2017,

Instituto dos Advogados Brasileiros

Todos os direitos são reservados no Brasil.

PoD Editora

Rua Imperatriz Leopoldina, 8 sala 1110

Centro – Rio de Janeiro - 20060-030

Tel. 21 2236-0844 • www.podeditora.com.br

atendimento@podeditora.com.br

Diagramação:

Pod Editora

Impressão e Acabamento:

PoD Editora

Revisão:

PoD Editora

Nenhuma parte desta publicação pode ser utilizada ou reproduzida em qualquer meio ou forma, seja mecânico, fotocópia, gravação, nem apropriada ou estocada em banco de dados sem a expressa autorização do organizador.

CIP-Brasil. Catalogação-na-Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

111

O IAB e as Garantias Constitucionais: parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016 da Câmara dos Deputados - (conhecido como "Dez Medidas Contra a Corrupção") / organização João Carlos Castellar - 1ª ed. - Rio de Janeiro: PoD, 2017.

200p. ; 21cm

inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-8225-147-8

1. Direito penal. I. Castellar, João Carlos.

17-44207

18.08.17

CDD: 343.1(81)

23.08.17

Índice

Nota do Presidente.....	15
Prefácio	17
Apresentação	25

Pareceres

Teste de Integridade.....	33
Introdução	33
O Projeto de Lei 4.850/2016 e o “Teste De Integridade”	39
Funções do Ministério Público	46
Princípios da Administração Pública e atuação do Ministério Público	47
Conclusão	52
1. Prescrição.....	53
1.1 Introdução	53
1.2 Quadro comparativo	53
1.3 Os fundamentos jurídicos e políticos da prescrição	57
1.4 Conclusão	75
2. Prova Ilícita.....	77
2.1 Relatório	77
2.2 Análise Jurídica	78
2.3 Conclusão	87
3. Validação de Provas Ilícitas	89
3.1 Introdução	89
3.2 O regime de nulidades e as “desfuncionalidades”	90

O IAB e as Garantias Constitucionais

3.3 Provas ilícitas e sua validade	92
3.4 Ministério Público e princípio da neutralidade funcional	96
3.5 Retórica político-crimal e estatística	97
3.6 Sistema de nulidades e devido processo legal	100
3.7 Conclusão	104
4. Propostas de Aumento de Pena: crimes contra a administração pública e estelionato	105
4.1 Introdução	105
4.2 Critérios da proposta	108
4.3 Análise da proposta	110
4.4 Conclusão	114
5. Afetações Patrimoniais	115
5.1 Introdução	115
5.2 Medidas assecuratórias e presunção de inocência	116
5.3 Isonomia	118
5.4 Conclusão	119
6. Crimes Hediondos	120
6.1 Introdução	120
6.2 O 7º do Projeto de Lei 4.850/2016	122
7. Nulidades	131
7.1 Introdução	131
7.2 Da alteração do artigo 157 do CPP	131
7.3 Da alteração do artigo 312 do CPP	137
7.4 Da Alteração os Artigos Referentes Às Nulidades No Processo Penal:	139
7.5 Considerações finais	153
8. Nulidades - segunda parte	157
8.1 Introdução	157
8.2 Processo e forma	158
8.3 O aproveitamento de atos processuais e as fórmulas legais	160

Instituto dos Advogados Brasileiros

8.4 O princípio do juiz natural.....	162
8.5 Nulidades sanadas.....	167
8.6 Conclusão	170
9. Habeas Corpus.....	173
9.1 Introdução	173
9.2 Natureza jurídica do habeas corpus.....	175
9.3 Vedação à concessão de liminar e outras limitações	176
9.4 Conclusão	177
10. Recursos	179
10.1 Alteração do Sistema Recursal: Retrocessos	179
10.2 Novos Fundamentos para Prisão Preventiva: Mais Retrocessos	186

1. Prescrição

Por Christiano Fragoso¹⁷

1.1 Introdução

O Projeto de Lei n.º 4.850/2016 dedica seus artigos 14 e 15 à reforma do instituto da prescrição, em extensão muito superior à disciplina dos delitos de corrupção. A proposta legislativa, em seu artigo 14, produz relevantes alterações nos artigos 110, 112, I, 116 e 117, do Código Penal. De sua parte, o art. 15 cria um parágrafo 2º do art. 337-B, duplicando o prazo prescricional do delito do art. 337-B (*corrupção ativa em transação comercial internacional*).

1.2 Quadro comparativo

Na página seguinte, indica-se a redação atual e a redação proposta no pacote do Ministério Público Federal, com destaque para as alterações.

¹⁷ Mestre (UCAM) e Doutor (UERJ) em Direito. Prof. Adjunto (UERJ). Membro da CPD do IAB

Redações atuais	Redações propostas
<i>"Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.</i> § 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa."	<i>"Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, acrescidos de 1/3.</i> § 1.º A prescrição, a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, e antes do trânsito em julgado em definitivo do feito, regula-se pela pena aplicada, sendo vedada a retroação de prazo prescricional fixado com base na pena em concreto"
<i>"Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível</i> <i>Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:</i> <i>I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;"</i>	<i>"Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível.</i> <i>Art. 112. Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, a prescrição começa a correr:</i> <i>I – do dia em que transita em julgado, para todas as partes, a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional"</i>
<i>"Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:</i> <i>I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;</i> <i>II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.</i> <i>Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo"</i>	<i>"Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:</i> <i>I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;</i> <i>II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.</i> <i>III – desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento.</i> <i>Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, foragido ou evadido."</i>

<i>"Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:</i> <i>I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (...)</i> <i>IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;"</i>	<i>"Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:</i> <i>I - pelo oferecimento da denúncia ou da queixa; (...)</i> <i>IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis ou por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte; (...)</i> <i>VII - pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de recursos quando o caso chegou à instâncias recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período;"</i>
<i>"Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.</i> <i>Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional".</i>	<i>"Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.</i> <i>Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.</i> <i>§ 2.º. O prazo prescricional do crime previsto neste dispositivo computar-se-á em dobro".</i>

Como facilmente se verifica, várias são as alterações no instituto da prescrição, que podem ser assim sintetizadas:

- i)** o PL propõe suprimir a expressão *"se o condenado é reincidente"*, ao final do caput do art. 110. Isto significa que o aumento de um terço no prazo da prescrição da pretensão executória ocorrerá para qualquer condenado (mesmo aquele que é primário), e não apenas na hipótese de condenado reincidente;

ii) o PL propõe nova redação ao § 1.º do art. 110, CP, para extinguir qualquer hipótese de prescrição retroativa, mesmo aquela a partir do recebimento da denúncia (que a recente lei 12.234/2010 manteve);

iii) o PL tenciona alterar o inciso I do art. 112, do Código Penal, para alterar a data de início do prazo de prescrição da pretensão executória, passando-a do momento em que a sentença condenatória transita “*para a acusação*”, para o momento em que transita “*para todas as partes*”;

iv) o PL cria uma nova causa suspensiva da prescrição da pretensão *punitiva*, ao introduzir um inciso III ao art. 116, do Código Penal, para dizer que a prescrição não corre “*desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento*”;

v) o PL cria uma nova causa suspensiva da prescrição da pretensão *executória*, ao alterar o parágrafo único do art. 116 do Código Penal, para dizer que tal prescrição não corre na hipótese em que o condenado está “*foragido ou evadido*” (que agregar-se-ia à hipótese já existente de condenado “*preso por outro motivo*”);

vi) o PL cria três novas causas de interrupção da prescrição: **(vi.a)** *primeiramente*, altera o inciso I do art. 117, CP, para dizer que a interrupção ocorre no oferecimento, e não no recebimento da denúncia ou da queixa; **(vi.b)** em segundo lugar, amplia o rol de decisões penais que interrompem a prescrição, ao dizer que, ao lado da sentença e do acórdão recoráveis, há interrupção por “*qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte*”; e **(vi.c)** ainda diz que há interrupção “*pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de*

recursos quando o caso chegou à instâncias recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período”.

vii) e, por fim, o PL propõe, especificamente quanto ao delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* (art. 337-B, CP), que o prazo prescricional seja dobrado.

Adiante, abordaremos cada uma dessas proposições do projeto de lei, considerando inclusive as justificativas apresentadas pelo proponente. Antes, porém, é importante uma breve exposição sobre os fundamentos jurídicos e políticos da prescrição.

1.3 Os fundamentos jurídicos e políticos da prescrição

É profundamente sólida a fundamentação jurídica para o instituto da prescrição, principalmente a partir da introdução, pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, do direito à duração razoável do processo como garantia fundamental (cf. art. 5.º, LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”). Aliás, esse direito já estava inserido na Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno pelo Decreto n.º 678, de 06.11.1992 (v. art. 7.5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*).

A prescrição, seja da ação penal (ou da pretensão puni-

tiva, seja da execução da pena (ou da pretensão executória), constitui a sanção necessária, adequada e razoável para a violação, por parte do Estado, do dever de cumprir o mandamento constitucional de que o processo deva ter uma duração razoável (lembre-se de que a execução da pena também se faz através de um *processo* de execução!).

Não houvesse o instituto da prescrição, ou se ela for de difícil concretização, isto constituiria um estímulo indevido a que o Estado eternizasse processos criminais (de conhecimento ou de execução) contra seus cidadãos; sem sanção adequada, a garantia constitucional ficaria inteiramente esvaziada.

Assim, *abolir* (ainda que por via *transversa*, por vezes *sutil* para os não-iniciados), ou *dificultar enormemente* ou *deixar a incontrolável e subjetivo arbítrio do Estado* a ocorrência, ou não, da prescrição é inteiramente injusto e violador da garantia da duração razoável do processo. O Projeto aqui comentado traz sugestões legislativas que incorrem, vez por outra, em todos esses defeitos que as tornam irremediavelmente inconstitucionais.

Brada-se com o discurso de que a prescrição seria a positivação da impunidade, dizendo-se que constituiria um estímulo à prática de delitos. Este tipo de alegação não se sustenta. Para além da claríssima garantia constitucional, ignoram os partidários desse discurso que o processo, por si só, já é uma pena para o cidadão arredado pelo poder punitivo.

Nenhum acusado sai ileso da experiência de responder a um processo criminal, ainda que cabalmente absolvido (e, na prática, pouquíssimas absolvições são lavradas em termos cabais, eis que é mais fácil, para o juiz, simplesmente proferir um *non liquet* do que, ainda que convencido,

enfrentar a tarefa de proferir uma sentença que *fundamentadamente* mostre a cabal inocência do acusado). São, muitas vezes, indelévels para o cidadão acusado (mesmo que não tenha sido preso durante o processo!) as repercussões mentais e físicas que experimenta (a experiência mostra que muitos acusados realmente adoecem, por vezes gravemente, em virtude da sucessão de cerimônias degradantes que um processo criminal lhes impõe).

A perpetuação de um processo criminal representa a perpetuação de uma situação de terrível aflição e de insegurança jurídica para o cidadão acusado. A segurança de direitos de um cidadão acusado deve ser preocupação primordial de qualquer Estado Democrático de Direito; a prescrição deve ser lavrada em termos que, concretizando o direito à duração razoável do processo, adense a segurança jurídica do cidadão acusado.

Não é possível trasladar acriticamente, para a Justiça Criminal, argumentos que se relacionam com a fundamentação da prescrição civil. No âmbito civil, é possível que a existência, ou não, de atividade processual interessada da parte seja co-determinante para a ocorrência, ou não, da prescrição. Na medida em que a demanda, o objeto e o provimento final do processo penal, bem como a posição do cidadão acusado (e basta examinar os direitos *justamente* conferidos pela Constituição Federal aos acusados em processo penal), são, em essência, diferentes do processo civil, não é possível invocar questões de direito civil ou processual civil para a prescrição penal.

Não é inteiramente determinante, para fins de prescrição, que o Estado, seja ele representado pelo Juiz, seja pelo órgão acusador, tenha demonstrado interesse em punir o cidadão. A seletividade do sistema penal indica que esse in-

teresse é, por igual, seletivo; não cabe introduzir, no âmbito da prescrição penal, mais um elemento de subjetividade e de distorção da reta administração da justiça penal. Gonzalo Yussef Sotomayor, eminente professor da Universidade do Chile, diz que ir ao “*terreno de la analogia civilista*” é deslize perigoso (La prescripción penal, 3.^a ed., Santiago, Ed. Jur. de Chile, 2015, p. 51). E, como bem diz Zaffaroni, “*además de las objeciones que merecería el traslado automático de esa institución al proceso penal, lo cierto es que opera de modo completamente diferente, pues la caducidad procesal civil se produce cuando la parte deja de impulsar la acción, en tanto que en las disposiciones procesales penales los términos corren aunque el acusador continúe impulsando la acción y peticionando. La única analogía con la caducidad procesal civil podría señalarse en los casos de acciones privadas, pero no en las acciones públicas*” (Derecho Penal – Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 861).

É inequívoco que o decurso do tempo amaina a necessidade de imposição de uma pena final (esclareça-se, diversa do próprio processo) e que torna menos seguras as provas (o que é especialmente importante no que toca ao direito penal). Esse último argumento supostamente não se aplicaria à prescrição da execução da pena, mas Enrico Pessina lembra muito bem que: “*si bien la sentencia encierra una presunción de verdad, no debe confundirse con la verdad misma. Esta presunción es válida en cuanto esté acompañada por la autoridad moral, esto es, por la conciencia de su justicia, que puede ser más o menos extensa. Pero esta conciencia es débil, y se transforma en duda e incertidumbre cuando, por el lapso de tiempo, se debilitó o desapareció la memoria de los hechos y no pueden recordar ya sobre los que estaba fundada la sentencia*” (Elementos de Derecho Penal, trad. Hilarión

González del Castillo, 4.^a ed., Madri, Ed. Reus, 1936, p. 695).

Feita essa breve introdução, passemos a analisar as sugestões formuladas pelo projeto de lei.

1.3.1 Alterações quanto à prescrição da pretensão punitiva

Em vários pontos, o M.P.F. propõe a reforma da prescrição da pretensão punitiva. São modificadas ou criadas novas causas de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, e é inaugurada uma nova causa de suspensão dessa prescrição.

O M.P.F. entende que a prescrição da pretensão punitiva deveria ser interrompida pelo oferecimento da denúncia ou da queixa, e não pelo seu recebimento (como tradicionalmente ocorre em nosso direito); por isso, pretende alterar a redação do art. 117, I, CP. Vejamos as razões trazidas pelo M.P.F.: *“a alteração do inciso I do art. 117 busca alinhar-se com as demais legislações, demarcando a manifestação do interesse estatal na punição com oferta da denúncia (e não com seu recebimento pelo Poder Judiciário). Quem embandeiria a pretensão punitiva é o titular da ação penal, o Ministério Público (art. 129, I, da CR), bem como – nos casos da lei – o ofendido. Se a prescrição, por definição, é o desinteresse estatal na punição pelo decurso do tempo, o avesso disso – o interesse – arreda a prescrição. Gera o que a dogmática assinala como incompatibilidade entre uma ação penal em movimento e a prescrição. Nesta incompatibilidade radica a ratio das causas interruptivas”*.

Essa proposta de alteração não se sustenta. Do ponto de vista histórico, veja-se que sempre foi a decisão judicial, e não a manifestação da parte, que teve o efeito de interromper a prescrição (v. art. 37, Dec. 4.780/1923, e art. 117, I, CP de 1940). E isto tem fundamento. É inteiramen-

te despropositado deixar ao alvedrio da parte a interrupção da prescrição, devendo haver controle judicial quanto à admissibilidade mínima da demanda proposta, para que, então, se produza a interrupção; a circunstância de que é o MP ou o ofendido que “*embandeira*” a pretensão punitiva, não significa que sejam eles os titulares do poder de punir.

Qual seria a data que levaria à interrupção da prescrição? Aquela aposta na denúncia ou queixa? Aquela da entrega da denúncia ou queixa ao protocolo ou ao cartório? Não se diz, o que geraria, é claro, indesejável insegurança jurídica. Sem nenhum desdouro para o Ministério Público, não custa lembrar que o parquet *não* tem fé pública, bastando recordar que seus prazos não correm da data de aposição de sua ciência. Ademais, segundo a sugestão ministerial, mesmo na hipótese de *rejeição* da denúncia ou da queixa, a interrupção da prescrição ocorreria, o que é positivamente despropositado; a vingar tal entendimento, daqui a pouco, o MP proporá que sentenças absolutórias também interrompam prescrição(!).

Com consequências ainda mais terríveis para a extinção transversa da prescrição, o projeto de lei sugere, em adição às hipóteses de “*publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*”, que a prescrição da pretensão punitiva se interrompa “*ou por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte*”. E a motivação é a seguinte: “*Já o inciso VII do artigo 117, imbuída do mesmo espírito que animou a recente alteração desse inciso, ensejará a interrupção da prescrição quando de qualquer decisão expedida durante a vigência do processo, alinhando-se quase integralmente, aliás, com o texto do Projeto de Lei n.º 236/2012, que propõe um novo Código Penal. Veja-se que, mesmo com a atual redação do dispositivo legal prevendo expressamente que*

a prescrição se interrompe pelo acórdão condenatório, grande parte dos tribunais confere uma interpretação contra legem ao referido dispositivo, exigindo que o acórdão condenatório seja de reforma da decisão de primeiro grau”.

Essa inovação é inteiramente inadmissível. Permitir que qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte interrompa a prescrição representa solapar o direito ao recurso. Significa que a decisão sobre meros embargos de declaração (mesmo em 1.º grau), ou de embargos infringentes e de nulidade, ou de embargos de divergência, ou de agravo regimental, ou até a decisão de inadmissão de recurso especial ou extraordinário representaria interrupção de prazo prescricional. Isto torna virtualmente impossível a ocorrência de prescrição e viola o princípio da ampla defesa, eis que praticamente “impede” o exercício do direito ao recurso.

A circunstância de o projeto de lei se alinhar, *quase integralmente*, ao projeto do novo Código Penal é usado como um argumento de quase-autoridade, inteiramente inaceitável. Em verdade, o projeto de lei atual é ainda pior do que o projeto de CP, eis que incorpora a expressão “*decisão monocrática*”, que este não inclui. Além disso, o fato de mencionar-se “*interposto pela parte*” significa que poderia haver, em tese, interrupção com base em decisões motivadas por recursos de ambas as partes, levando a que a parte acusadora possa forçar uma nova causa interruptiva.

Ademais, não é verdade que “*grande parte dos tribunais confere uma interpretação contra legem ao referido dispositivo, exigindo que o acórdão condenatório seja de reforma da decisão de primeiro grau*”. Não há interpretação *contra legem*. Ora, diferentemente do que ocorre com a pronúncia (v. art. 117, III), *não se fala*, no atual art. 117, IV, em acórdão

confirmatório da sentença condenatória; por isso, com razão os tribunais exigem que, no acórdão condenatório, haja alteração no que a sentença condenatória decidira, seja em termos de delitos, seja em termos de penas. O argumento do projeto de lei é, portanto, tendencioso e equivocado.

Por fim, o projeto de lei pretende criar uma nova causa de interrupção da prescrição que deixaria inteiramente nas mãos da parte acusadora (seja ela privada, seja pública), o poder de obter a interrupção da prescrição. É o que se vê no projetado inciso VII: *“VII – pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de recursos quando o caso chegou à instâncias recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período”*. Diz-se, no projeto de lei, que *“a adição do inciso VI ao art. 117 tem por propósito harmonizar o tratamento da prescrição com a necessidade de inércia da parte para sua incidência. O instituto da prescrição objetiva conferir segurança jurídica ao réu quando o autor não adota as providências que lhe são cabíveis (domientibus non succurrit jus). Sancionar o autor com a extinção de seu direito quando age de modo diligente, como ocorre hoje, é um contrassenso”*.

Aqui, o projeto de lei realiza uma inadmissível confusão entre a prescrição civil e a prescrição penal. Como já dito, não é possível trasladar, para a Justiça Criminal, os critérios da prescrição civil. Na área criminal, é irrelevante se a parte atuou, ou não, de forma diligente, eis que trata-se de matéria de ordem pública, que concretiza o direito à duração razoável do processo, insculpido em tratado internacional e na Constituição Federal, e que não pode ter sua efetividade vinculada à maior ou menor diligência da parte acusadora.

Por fim, cria-se uma nova causa suspensiva da prescri-

ção da pretensão punitiva, consistente no impedimento de que corra a prescrição, “desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento” (projetado art. 116, III). Diz, a título de justificação, que *“o acréscimo da causa impeditiva da prescrição do art. 116, por sua vez, tem por objetivo evitar que os recursos especial e extraordinário, que são interpostos perante as cortes mais atarefadas do país, acabem ensejando a prescrição pelo decurso do tempo, sem que haja inércia da parte. Além disso, a proposta alinha a redação do Código Penal com o que está previsto no Projeto de Lei n.º 8.045/2010, que reforma o Código de Processo Penal. De fato, o § 3.º do art. 505 do CPP em trâmite determina a suspensão do prazo prescricional desde a interposição de tais recursos até o trânsito em julgado”*.

A consequência prática dessa sugestão é a de simplesmente deixa de existir a prescrição da pretensão punitiva, após o acórdão de segundo grau. Isto significa que o STF e o STJ poderão levar o tempo que quiserem para julgar os recursos especial e extraordinário, mas isto não fará a menor diferença. Ou seja, a vigorar esse entendimento, a garantia da duração razoável do processo só vai até a 2.^a instância.

Nada permite que se faça semelhante restrição, que, na prática, abole a prescrição da pretensão punitiva. Causa espécie que, num momento de modernização da justiça brasileira, com a informatização de processos e o emprego de vastas assessorias, se pretenda dizer que a solução estaria em violar abertamente a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Constituição Federal.

Por todos esses motivos, o parecer, neste ponto, é no sentido de que todas sugestões do projeto de lei devem ser rechaçadas.

1.3.2 A abolição da prescrição retroativa

Ainda no que toca à prescrição da pretensão punitiva, o projeto de lei introduz alteração que simplesmente abole a prescrição retroativa. Essa introdução é feita através da alteração da redação do parágrafo 1.º do art. 110 (as alterações constam, adiante, sublinhadas): “§ 1.º A prescrição, a partir da sentença condenatória com transito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, *e antes do trânsito em julgado em definitivo do feito, regula-se pela pena aplicada, sendo vedada a retroação de prazo prescricional fixado com base na pena em concreto*”.

O projeto de lei sustenta que a prescrição retroativa “é um dos mais maléficos institutos peculiares ao direito penal pátrio, sendo uma das principais responsáveis pelo estímulo a táticas protelatórias”. Diz-se, ainda, que a prescrição retroativa não respeitaria “*os princípios da certeza e utilidade dos prazos que, sendo corolários do devido processo legal, ex vi do art. 5.º, LIV, se aplicam aos prazos processuais*”. Diz-se que, seria um “*contrassenso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar a sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva de critério para estabelecer que no caso concreto não poderia haver condenação*”.

Não se pode concordar com essas afirmações. Um dos principais responsáveis por protelações em processos criminais não é a existência da prescrição retroativa, mas, sim, a ampla e grave violação de direitos e garantias individuais do cidadão acusado no processo criminal. É essa violação, causada por decisões judiciais, frequentemente obtidas por requerimentos acusatórios, que é a principal causadora de demoras na consecução de decisões finais. Na medida em que são violados direitos elementares dos cidadãos acusa-

dos, suas defesas (e não se poderia esperar outra coisa, pois, do contrário, estaria a trair seu mister) suplicam a cortes superiores que os garantam. Se não tivessem havido, em primeiro lugar, as violações legais e constitucionais, os processos teriam andamento célere.

Em um processo em que os direitos e garantias do cidadão acusado sejam assegurados não sofrerá anulações, o que fará tranquilamente com que cheguem rapidamente a bom termo, sem possibilidade de prescrição retroativa. Lembre-se que, recentemente, já se aboliu – cf. lei 12.234/2010 – a prescrição retroativa entre o fato e a decisão de recebimento da denúncia (o que, na prática, deu, à Polícia e aos órgãos acusatórios, largo prazo para investigar).

É inteiramente despiciendo que também se a extinga a partir do recebimento da denúncia. Como se sabe, via de regra, ações penais são mais céleres do que os inquéritos policiais (exceção feita àqueles que se iniciam por flagrante), não havendo nenhum sentido em abolir a prescrição retroativa também para prazos iniciados após o recebimento da denúncia.

Diferentemente do que o projeto de lei quer fazer crer, a prescrição retroativa responde a um imperativo de justiça. A rigor, o critério para a prescrição da pretensão de punir um crime ou de executar uma pena deveria ser, sempre, a pena justa para aquele crime, e não a pena máxima. A impossibilidade (ou, no mínimo, a grande dificuldade) de, antes de uma sentença judicial, dizer-se qual a pena justa (ou até se seria justo impor uma pena), é que levou ao critério da pena máxima. É o que ensinava o clássico Aloysio de Carvalho Filho: *“Quando ainda não se conhece, pelas conclusões da sentença criminal, a pena realmente merecida pelo acusado, o único elemento com que se conta, para o cálculo da prescrição da ação,*

é a pena prevista na lei para o crime em causa” (Comentários ao Código Penal, IV, Forense, 4.^a ed., 1958, Rio, p. 349). E ele continua: “*Se a razão para se tomar como base, na prescrição da ação, a pena em abstrato, é que se não conhece, em tal momento, a pena que o delinquente realmente merece pelas circunstâncias, ainda não apuradas, do seu crime, não há contestar inteira procedência ao critério de calcular a prescrição da condenação pela pena já imposta, em grau certo, na sentença*” (ob. cit., p. 353). O uso da pena aplicada resgata, portanto, um critério que, de início, era amplamente desfavorável (o critério da pena máxima) ao réu.

É curioso ver que o projeto de lei não dedica uma única palavra a analisar a Súmula 146, do STF, editada há mais de 50 anos (precisamente em 1963), e que estabelece, com clareza, a prescrição retroativa (“*prescrição da ação penal*”). Vejamo-la: “*A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.*”

Essa Súmula 146 STF foi plasmada a partir de diversos precedentes do Plenário da Corte Suprema, capitaneados por Nelson Hungria, Victor Nunes Leal, Evandro Lins e outros.¹⁸ No primeiro dos precedentes que deu base à denúncia, Nelson Hungria ensina, com clareza de sol mediterrâneo e com sua autoridade de principal autor do Código Penal, que o CP de 1940 – mantida na disciplina da Parte Geral de 1984 – não alterou a anterior regra do art. 33 do Dec. 4.780, de 1923 (editada sob o estado de sítio de Arthur Bernardes) que considerava a pena imposta como critério e que era justo considerar-se retroativamente esse prazo.

¹⁸ Os precedentes são os seguintes: HC 38.186 (DJ 07.08.1961), HC 38.520 (DJ 26.10.1961), RHC 38.686 (DJ 09.11.1961), etc.

É lamentável que se pretenda extinguir uma medida de justiça (i.e., a adoção do critério equânime para a prescrição, que é a pena justa), adotada há mais de 90 anos na lei (e referendada há mais de 50 anos pela jurisprudência), sem sequer analisar-se a Súmula 146 STF (aliás, nunca revogada pelo STF), sob o argumento falacioso de que isto levaria à impunidade, quando, na verdade, são violações às garantias e direitos individuais que levam, pela posterior justa anulação de processos, à não imposição de uma pena final (sem contar a pena que o próprio processo já representa).

1.3.3 As alterações quanto à prescrição da pretensão executória

São diversas as alterações na disciplina da prescrição da pretensão executória, que, virtualmente, representam a sua abolição. Embora o projeto de lei não tenha tido a sinceridade de dizê-lo claramente, o conjunto de alterações propostas para a prescrição da pretensão executória significa transformar em *imprescritível* toda e qualquer pena aplicada por uma sentença criminal trânsita em julgado.

A alteração do parágrafo único do art. 116, CP, para dizer que está suspensa a prescrição na hipótese de condenado “*foragido ou evadido*”, terá precisamente a consequência de fazer com que as penas criminais não possam mais prescrever. Para justificar a alteração, o projeto de lei diz que visa evitar “*que ele [o condenado] se beneficie da própria torpeza.*” Diz-se, ainda, que “*preferiu-se utilizar os termos ‘foragido’ e ‘evadido’ de modo alternativo para evitar possíveis discussões a respeito da abrangência da aplicação do dispositivo às situações de fuga mediante transpasse de obstáculos à liberdade (por exemplo, cavando um túnel na cela) e de simples ausência de retorno quando de saída temporária ou nos regimes aberto e semiaberto*”.

Não se pode concordar com as afirmativas do projeto de lei. A polissemia e a subjetividade das palavras “*foragido*” e “*evadido*” levarão à consequência de imprescritibilidade de todas as penas criminais. Por exemplo, se um cidadão condenado não chega a tomar conhecimento de que foi condenado (por exemplo, por ter se mudado de endereço), nada impede que se diga que ele, ao não informar seu novo endereço ao Juízo, preparava-se para passar à condição de “*foragido*”, fazendo com que, mesmo muitas décadas depois, possa ser preso, sob o argumento de que se aplica uma causa suspensiva da prescrição.

Criar-se-ia, de modo temerário, uma terrível insegurança jurídica na aplicação da causa suspensiva. Ademais, mesmo na hipótese em que o acusado saiba da condenação e fuja (ou que esteja a essa proposta é claramente inconstitucional, eis que amplia, para todos os delitos, as hipóteses constitucionais¹⁹, estritas e inextensíveis, de imprescritibilidade de delitos. Voltar-se-ia, com isto, ao Código Criminal do Império, que, em seu art. 65, dizia que “*as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum*”.

Também não se pode concordar com a afirmativa de que a fluência da prescrição da pretensão executória, por estar o condenado foragido ou evadido, representaria beneficiar o cidadão condenado a partir de sua própria torpeza. O cidadão *não* tem o dever jurídico de submeter-se à pena, cabendo ao Estado o poder de exercer os meios coativos para executar a sentença. Tanto isto é verdade não há, nem deve haver, sanção jurídica para o condenado que não se apresenta para o início da pena. É

¹⁹ Na Constituição Federal, apenas a “*prática de racismo*” e a “*ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*” é que são imprescritíveis (art. 5.º, XLII e XLIV, CF).

que, ao contrário de constituir uma torpeza, constitui instinto natural e compreensível do ser humano o de buscar manter sua liberdade, principalmente se se entende injustiçado. A relação de forças entre Estado e cidadão fica profundamente desequilibrada se, por meramente buscar manter pacificamente sua liberdade, impuser ao cidadão, sob argumentos moralizantes (a imputação de torpeza não é outra coisa!), sanção jurídica tão grave que vulnera a própria Constituição Federal.

Para a hipótese do condenado que foge de estabelecimento prisional, já existe a falta grave do art. 50, II, da Lei das Execuções Penais, que já tem diversas consequências altamente danosas para o condenado, tais como perda de dias remidos, prazo de computo de prazos para outros benefícios, etc. E veja-se, com clareza, que essa sanção não se impõe pelo simples fato de alguém ter fugido, mas sim pelo distúrbio que isto representa para a disciplina carcerária e por poder demonstrar (e não dever demonstrar) ausência de merecimento de passar a regime penal menos rígido.

Ainda tratando da prescrição da pretensão executória, o projeto de lei pretende, alterando o art. 112, I, CP, que a data de início de fluência do prazo seja fixada no momento em que a sentença condenatória transita “*para todas as partes*”, e não apenas “*para a acusação*”. Neste ponto, a proposta é razoável e poderia até ser discutida com seriedade, desde que houvesse um retorno à concepção – aliás a única que se adequa à clareza da Constituição Federal – de que não pode haver execução *provisória* da pena após o julgamento de 2.º grau.

Veja-se que as questões estão claramente ligadas: o próprio PL invoca, como primeiro argumento, a decisão do

STF no HC 84.078, “*que entendeu pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória*”, dizendo que “*não há sentido em fazer correr o prazo da prescrição da pretensão executória enquanto não é possível dar início à execução*”. Em verdade, a fixação do termo inicial no dia em que transita “*para a acusação*”, tal como consta hoje da lei, tem importantes razões de ser. Andrei Zenkner Schmidt as descreve bem: “*Isso ocorre porque a ausência do trânsito em julgado para o condenado não pode prejudicá-lo na contagem do prazo prescricional; se ele não houvesse recorrido, o prazo fluiria antes. Portanto, poderia haver um constrangimento no direito ao recurso, pois a sua interposição seria capaz de prolongar a incidência da extinção da punibilidade pela prescrição; a prescrição da pretensão executória é um direito do condenado*”.²⁰

A proposta do MPF, fundada no HC 84.078, é espantosamente incoerente com suas outras manifestações. O que espanta aqui nessa proposta é a absoluta incoerência de atuação do Ministério Público Federal, principal artífice do projeto, eis que, aqui, adota o HC 84.078 (que respeita a presunção de inocência prevista na Constituição Federal e impede execução provisória da pena) como critério para alterar a data de início da prescrição da pretensão executória, mas, nos recentíssimos procedimentos perante o STF em que se discutiu a manutenção do referido precedente (HC ADC 43/DF e 44/DF), se manifestou no sentido de que deveria haver a execução *provisória* da pena, ainda que a decisão ainda se sujeite a recurso. Para manter sua coerência, o M.P.F. deveria, então, agora abandonar sua proposta de alteração quanto ao início de fluência do prazo de prescrição

²⁰ **Da prescrição penal (doutrina – prática – jurisprudência)**, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 172-173

da pretensão executória.

Ainda se alega no projeto de lei, para sustentar a alteração da lei atual, que o dispositivo atual tem a consequência de impor à acusação “*recorrer mesmo quando concorda com o teor da decisão, para evitar que o trânsito em julgado para a acusação aconteça antes do trânsito em julgado para a defesa*”, o que levaria “*o Judiciário a apreciar recursos desnecessários sobre situações em geral complexas, de modo antieconômico e contrário à celeridade do Judiciário*”.

Também causa espanto que o fiscal da lei M.P.F. — que adora lóbrigar torpezas alheias — admita que costuma interpor recursos contra sentenças que lhe parecem justas (correndo, portanto, o terrível risco de atingir um injusto resultado de pena injusto!), tão somente para “*manipular*” o início do prazo de prescrição da pretensão executória.

Resta saber se, hoje (com a superveniência da lamentável mudança de orientação do STF), o MPF ainda defende essa alteração proposta, e principalmente com essa fundamentação. Na medida em que o STF tem decidido que pode haver execução *provisória* da pena, essa alteração proposta levaria à situação contrária — e muito mais grave! — àquela sustentada pelo M.P.F. (que era o início de prescrição de uma condenação ainda não exequível): teríamos uma condenação já exequível, cuja execução ainda não seria prescritível. Por isso, enquanto se mantiver a *inconstitucional* posição do S.T.F. de que é possível a execução provisória da pena, não é possível alterar o art. 112, I, do Código Penal.

Por fim, o projeto de lei visa alterar o caput do artigo 110, para excluir a expressão “*se o condenado é reincidente*”. Na prática, isto representará que o aumento de um terço no prazo prescricional, será aplicável a todos os condena-

dos, mesmo aqueles que eram primários. A justificativa se orienta no sentido de que os prazos de prescrição da pretensão executória deveriam ser maiores do que os da pretensão punitiva, pois, naquela, o poder de punir já “*ganhou o reforço da tutela jurisdicional*”.

Essa alteração é inteiramente desnecessária. Os prazos prescricionais da pretensão executória já são amplamente suficientes para permitir o exercício do poder punitivo. Os prazos prescricionais brasileiros são mais dilatados do que os de diversos outros ordenamentos jurídicos, não havendo necessidade, nem sentido em prolongá-los ainda mais.

Assim, o parecer, nos pontos abordados no presente apartado, é igualmente no sentido da rejeição integral das sugestões de alteração da disciplina da prescrição da pretensão executória.

1.3.4 **Duplicação da prescrição quanto ao delito do art. 337-B, CP**

Por fim, o projeto de lei sugere, pela inclusão de um § 2.º ao art. 337-B, CP, a duplicação do prazo prescricional do crime do art. 337-B, CP (*corrupção ativa em transação comercial internacional*). Diz-se que inovação visaria a “*atender o disposto no artigo 6 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgadas pelo Decreto n.º 3.678/2000, que reza: ‘Artigo 6 – Regime de Prescrição – Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito’*”.

É curioso que o projeto de lei não diz por que o prazo prescricional atual do delito do art. 337-B, CP seria insuficiente para atender à citada Convenção. Já houve casos

concretos em que tais delitos deixaram de ser punidos por conta do prazo prescricional atual? Ou seja, a sugestão é formulada sem nenhuma base empírica. Veja-se que as penas do art. 337-B, CP já são altas: pena máxima de 8 anos na hipótese do *caput* (prescrevendo em 12 anos), e pena máxima de 10 anos e 8 meses na hipótese do § 1º (prescrevendo em 16 anos).

Ora, a adoção da duplicação levaria a que, mesmo na hipótese básica, o prazo prescricional fosse de 24 anos, que seria o mais alto prazo prescricional existente em nossa lei penal, suplantando qualquer outro delito, por mais grave que seja. E, na hipótese do § 1º, a prescrição seria em 32 anos...

Aliás, o projeto de lei não explica o critério da duplicação. Por que não aumentar em um terço? Ou um quarto? Ou triplicar? Em verdade, o presente parecer entende que não é necessário qualquer aumento do prazo prescricional, sendo essas especulações feitas apenas para corroborar o despautério de critério. Nada mais precisa ser afirmado sobre o ponto.

1.4 Conclusão

Assim, a conclusão é no sentido de que, em todos os pontos, as sugeridas alterações do projeto de lei no instituto da prescrição prestam um desserviço à Democracia e Estado de Direito, não contribuindo para o aperfeiçoamento da justiça criminal de nosso país.

É o parecer.

Christiano Fragoso

Membro Efetivo do IAB
Comissão de Direito Penal