

# STJ não pode mudar contagem de prazo de prescrição da pena

24/01/2011

Há muito sustentamos uma cruzada hermenêutico-filosófica contra o decisionismo judicial. Nela, o que está em jogo não é uma crítica ao Judiciário em si, tampouco um manifesto que nega a importância das Cortes e dos Juízes brasileiros, ao contrário! Se estamos preocupados com os limites do Poder Judiciário é porque, no fundo, entendemos que a sua participação na defesa pela autonomia do direito em face dos sistemas político e econômico é de fundamental importância.

O que está em jogo nessa cruzada é, portanto, a manutenção e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Se o Judiciário não julga conforme o direito, mas conforme a (livre) consciência de seus membros, não há democracia! O julgador não está livre das imposições do sistema jurídico e qualquer alternativa deve ser uma alternativa “do” direito que a sociedade construiu, por mais difícil que seja a sua revelação.

Recentemente, a **ConJur** publicou uma matéria cujo título retrata o senso comum teórico no qual estamos imersos. Dizia ela: “STJ muda o prazo de prescrição da execução da pena”. Provavelmente, essa notícia despertou o interesse dos leitores muito mais pela novidade dogmática, que traria consequências práticas imediatas, do que pela ofensa à democracia.

A jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais brasileiros era (e continua sendo, se entendermos por jurisprudência aquilo que ela de fato é) pacífica ao estabelecer que o prazo de prescrição da pretensão punitiva deve ser contado a partir da data em que o trânsito em julgado ocorre para a acusação. Não há, por assim dizer, textos mais claros que o parágrafo 1º do artigo 110 e o inciso I do artigo 112 do CP ao estabelecer essa previsão (textos claros entendidos como “limites semânticos” minimamente inteligíveis).

Até então, não havia (e não há) razões para que se sustentasse a inconstitucionalidade desse critério, tampouco havia (e não há) dúvidas quanto ao significado pragmático do texto em questão. Assim como, havia (e ainda há) inúmeras razões para compreender o modelo previsto pelo Legislador, uma vez que esse critério permitirá ao Réu recorrer de decisões sem que o fator prescrição seja decisivo estrategicamente, bem como exigirá do Estado um rápido processamento dos recursos interpostos.

Queremos dizer que o Superior Tribunal de Justiça não pode mudar seus posicionamentos? É claro que não! Dizemos com isso que mudanças precisam ser fundamentadas em vetores de racionalidade que, de fato, legitimem o novo posicionamento “no” e “pelo” sistema. Isso significa dizer que, embora o Superior Tribunal de Justiça possa mudar sua linha jurisprudencial, a mudança não depende apenas da Corte e de seus Juízes. Não se trata de uma *Wille zur Macht* (vontade de poder).

Vejamos, então:

a) O Superior Tribunal de Justiça não poderia modificar seu posicionamento sem que a comunidade jurídica brasileira já, de algum modo, apostasse um novo caminho, mormente porque esse dispositivo é anterior à própria Constituição Federal de 1988. Isto é, sem que doutrinadores levantassem razões para que um novo posicionamento surja e sem que advogados e membros do Ministério Público requeiram com base nesses novos fundamentos. Essas razões não podem ser quaisquer razões.

A mudança no modo como compreendemos uma regra, principalmente quando exige a supressão de parte de seu texto, só é possível se fundamentada em um princípio constitucional. E aqui não estamos falando do princípio da felicidade ou de qualquer outro que tenha sido inventado na “onda” panprincipiologista, mas de princípios que conectem a Constituição com o seu fundamento existencial. Somente daí pode vir a mudança. Mesmo quando a mudança é dirigida por implicações de ordem fática, não são os fatos que a provocam, mas o novo sentido — pois eles não são outra coisa senão sentidos — assumido diante dos princípios e da base existencial de legitimação.

b) Diante disso, resta saber: há razões para que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tente modificar o termo *a quo* da prescrição quanto à pretensão punitiva? Razões existem, certamente. Resta-nos saber se elas foram expostas na fundamentação do julgado e se, de fato, se sustentam diante do sistema. No acórdão, parte-se da premissa de que a prescrição da pretensão executória é regulada pelo caput do artigo 110 do Código Penal, cuja rubrica é “Prescrição depois

de transitar em julgado sentença final condenatória".

Como segunda premissa, considera-se o teor do referido *caput* ("*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*") e, silogisticamente, conclui-se que a prescrição "para ambas as partes" seria a "única interpretação possível" para o caso em questão. Em seguida, afasta a aplicação do artigo 110, parágrafo 1º, do Código Penal (sem fazer nenhuma referência ao inciso I do artigo 112), pois, embora faça menção expressa ao trânsito em julgado *para a acusação*, regularia "tão somente a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa", hipótese que não se aplicaria ao caso. Essa, contudo, não pode ser considerada uma fundamentação válida.

Nota-se, explicitamente, um raciocínio típico do positivismo primitivo do século XIX, que mescla a codificação interna do exegetismo francês com o sistema externo do pandectismo alemão, este reduzido ao seu núcleo lógico-conceitual, na medida em que se ignorou inúmeros aspectos presentes no pensamento de autores como Puchta e Windscheid. A ideia central dessa metodologia é a de que o direito se constitui como um sistema abstrato de conceitos, escalonados em uma pirâmide (Puchta). No topo, o conceito de direito, e abaixo, em sucessivas cadeias dedutivas, conceitos menos abstratos.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o Código Penal teria materializado essa relação lógico-conceitual, de modo que no conceito legal geral de prescrição devem caber todos os tipos de prescrição, razão pela qual concluiu que somente uma interpretação era cabível: considerar como termo *a quo* para a prescrição da pretensão punitiva o trânsito em julgado "para as partes". Entretanto, abre mão dessa coerência lógico-conceitual, ao admitir que o parágrafo 1º do artigo 110 foge à regra e ao ignorar o inciso I do artigo 112. Neste caso, se para o *caput* do artigo 110 há, tão somente, uma interpretação possível, por que surge uma segunda interpretação no parágrafo 1º? Por que essa interpretação estaria limitada a um caso específico, se todos os conceitos particulares devem caber nos conceitos mais gerais? Haveria, no mínimo, uma contradição performática.

c) O fato é que nenhuma corrente contemporânea sustenta que o sistema jurídico se estruture dessa forma. De hermeneutas a sistêmicos, depois Viehweg e, até mesmo, de todas as transformações pelas quais passou o próprio positivismo jurídico, não é mais possível falar – muito menos reduzir — o direito a uma estrutura lógica. O sistema jurídico é orgânico e todas as vezes que sustentamos a sua coerência lógico-conceitual estamos, em verdade, camuflando os verdadeiros vetores de racionalidade que determinaram uma decisão. Foi justamente o que ocorreu com a referida decisão do Superior Tribunal de Justiça. A decisão em apreço não foi consequência dos acoplamentos lógico-conceituais, até porque essa coerência foi rapidamente quebrada para "salvar" a presença do parágrafo 1º no mesmo artigo 110.

Toda a engenharia lógico-conceitual tinha um único objetivo: salvar a execução da pena e garantir o funcionamento do aparelho repressor do Estado. A prescrição seria ultrajante para o aparato repressivo do Estado que, ao longo de anos, "correu atrás" do Réu e que, por deficiências estruturais notórias, deixou-o escapar...! Seria ultrajante para o sistema (o orgânico!) que um Réu, agindo capciosamente para se beneficiar do próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao momento em que a execução se inicia, sorrisse e ouvisse do seu advogado: "eu não disse que conseguiríamos"? Penas não devem prescrever. Não foram feitas para prescrever. O Estado não gasta milhões e milhões em uma estrutura repressiva para que condenações transitadas em julgado deixem de ser cumpridas.

d) Mas, atenção: embora sejam essas "as razões", não são suficientes para justificar a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, principalmente quando o paradigma epistemológico usado é do século XIX. A prescrição é uma proteção para que o próprio processo não se transforme em uma pena e, se algo precisar ser mudado no particular, essa mudança não caberia ao Poder Judiciário. Caberia ao Legislador, se fosse o caso, modificar o Código Penal, do mesmo modo que caberá ao Judiciário analisar se a mudança cabe ou não em um sistema orgânico-constitucionalizado. São essas as regras do *check and balance* da democracia.

e) O Superior Tribunal de Justiça ignorou os limites semânticos que a pragmática jurisprudencial e doutrinária construiu em torno do texto do Código Penal. Ou seja, fez soçobrar a "legalidade", sem qualquer recurso à constitucionalidade. Ora, não se constrói um sistema jurídico coerente com mixagens teóricas e "pragmaticismos". Quando interessa, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nega a possibilidade de pena aquém do mínimo, com fundamento na "letra da lei"; em outras oportunidades, essa "letra da lei" (limites semânticos que se consolidaram na tradição) de nada vale, como no caso aqui analisado. Afinal, quando é que um dispositivo "vale"? Quando o Judiciário assim o diz? Mas, isso basta? O sistema jurídico é construído somente a partir de decisões judiciais? No Rio Grande do Sul, recentemente, alguns juízes decidiram que o melhor, para agilizar os processos criminais, seria prolatar a sentença em audiência, conforme permite o artigo 400 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 11.719/08). Eis aí um novo problema que demonstra a fragilidade da doutrina processual-penal de *terrae brasiliis*.

Será esse dispositivo constitucional? Mais: a promulgação da sentença em audiência é escolha do juiz? Se o MP e a defesa requererem o prazo de 5 dias para os memoriais, pode o juiz recusar? Sua decisão depende de sua discricionariedade? Há quem acredite que é possível alguém memorizar os argumentos de cada parte (20 minutos) para, em seguida, proferir a decisão levando em conta esses argumentos orais? Isso é obedecer ao *due process of law* que está na Constituição? Ora, convenhamos. Em entrevista ao Jornal Zero Hora de 17 de janeiro último, afirmou o magistrado cuja maioria das decisões é proferida em audiência: “Ao resolver a ação penal em audiência, o juiz está diante dos fatos que acabaram de ser reproduzidos em depoimentos e tem condições de decidir, inclusive levando em conta impressões pessoais percebidas durante a audiência. O juiz capta uma série de coisas que não vão para o papel. Percebe quando estão mentindo”. O que dizer sobre isso? Uma decisão é furto do solipsismo do juiz? Daí a pergunta: como a parte vai recorrer das “coisas que não estão no papel”? Observemos como é difícil superar o velho inquisitismo e o protagonismo judicial. Qual é a diferença entre o juiz que “dispõe” das provas (veja-se o velho problema da “gestão probatória”) e o Tribunal Superior que “dispõe da lei”?

f) Numa palavra, ainda: na democracia, uma lei (ou um dispositivo legal votado pelo parlamento) somente pode ser ignorada em seis hipóteses: primeira, quando a norma compreendida a partir de seus dispositivos for inconstitucional; segunda, quando alterações no sistema, ainda que infraconstitucionais, modificarem a sua organicidade; terceira, quando se tratar de uma interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); quarta, quando for o caso de se sustentar uma nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), quando o dispositivo permanece o mesmo, mas alguns usos são expressamente excluídos face à inconstitucionalidade de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*); quinta, quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a manutenção da constitucionalidade de uma norma exige a exclusão de fragmentos textuais do dispositivo que a possibilita; e sexta, quando princípios impedirem a aplicação de uma regra (solução *standards*) (Streck, L. L. Verdade e Consenso, 3ª ed. RJ, Lumen Juris, 2009). Não parece que o caso sob julgamento do Superior Tribunal de Justiça se enquadre em qualquer destas hipóteses.

g) Ou seja, não nos pareceu que o Superior Tribunal de Justiça tenha feito alusão, em algum momento, de que o artigo 112, I, seria inconstitucional (na modalidade de não recepção, é claro) ou haveria colisão com outra regra ou com algum princípio...! Nada disso foi feito. O que ocorreu é o que vem ocorrendo em *terrae brasilis*: as decisões dos Tribunais são proferidas de acordo com a visão pessoal de cada componente, soçobrando, com isso, a legislação e, o que é pior, a Constituição. Sob pretexto de o juiz não ser mais o “juiz boca da lei” (positivismo primitivo), agora temos o juiz (tribunal) para quem (para o qual) a lei é apenas – como diriam alguns doutrinadores adeptos de teorias voluntaristas – a ponta do *iceberg*. E, por vezes, nem mesmo isso...!

No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é. Mas, é importante que tenhamos em mente que a decisão tomada pela 5ª Turma não é jurisprudência. É, tão somente, um precedente que tenta romper com a jurisprudência. Esperamos que a doutrina penal intervenha e avoque para si a responsabilidade de doutrinarem, legitimando novas linhas jurisprudenciais e impedindo a formação de outras. Resta saber se a comunidade jurídica concorda com isso.

Se concorda, resta outra pergunta: para que existe a doutrina? E o que fazer com as 1231 Faculdades de Direito do Brasil? E, fundamentalmente, que a novidade desse julgado não ganhe relevância em razão daquilo que cairá nas provas de futuros concursos, mas sim pela importância que tem para a democracia. Nela, não é possível escrever certo por linhas tortas, muito menos errado. Nela, temos que escrever certo e por linhas certas. Mesmo quando acreditamos que o certo já se parece duvidoso, a mudança não depende de um único sujeito que avoca o acesso privilegiado à verdade, mas de uma estrutura de sentido complexa e reflexiva.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-jan-24/stj-nao-mudar-contagem-prazo-prescricao-pena/>