® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

(Artigos) lei 11.596/07: o legislador e seus equívocos sem fim.

Jayme Walmer de Freitas *

1 – Panorama inicial.

O debate em alto nível é, salvo melhor juízo, a atividade mais fascinante e a principal tarefa do operador do direito. Dos pensamentos conflitantes e da luta de idéias se constroem grandes questões, as quais, de regra, deságuam em uma solução respeitada por todos.

É o exercício da dialética.

A doutrina é o centro maior das querelas, onde os escritores lavram as suas opiniões que, mais cedo ou mais tarde, serão objeto de aceitação ou crítica.

É neste cenário que decidimos tecer algumas considerações sobre a mais nova edição do legislador penal, a Lei 11.596/07, e ponderar que a despeito de sua intenção, o objetivo colimado restou frustrado.

Objetivando criar uma nova causa interruptiva do lapso prescricional, o legislador desinformado ou pouco informado da linguagem técnica a adotar, não conseguiu transmitir ao texto legal sua real pretensão.

Convencera-se que os inúmeros recursos interpostos pela defesa, com ênfase ao Especial e Extraordinário contra acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória, no mais das vezes tinham caráter protelatório. Ou seja, quanto mais decurso de tempo melhor,

até porque a prescrição sempre foi um dos primados para o advogado, uma vez que seu cliente não será afetado pelo jus puniendi.

Sabedor que os poderosos jamais são alcançados pelas sanções da lei penal, mercê da competência de seus advogados, que vencem facilmente um Poder Judiciário moroso, anacrônico e desestruturado, vislumbrou que uma das saídas para o combate a esta impunidade crônica seria mudar a lei, inviabilizando ou reduzindo benesses construídas ao longo do tempo.

Provavelmente não vislumbra que um Poder Judiciário autônomo e independente – de fato – teria condições de melhor administrar seu acervo de processos e a sua realidade funcional. A efetividade à Emenda 45 no tópico atinente a custas e emolumentos seria um grande e decisivo passo nesta seara (CF, art. 98, § 2º).

Respeitada a opção do legislador, dentre os inúmeros projetos de lei sobre o tema prescrição, vamos nos deter naquele que pugna pelo fim da prescrição retroativa e na Lei 11.596/07, objeto maior deste trabalho.

2 – Prescrição retroativa.

O instituto da prescrição retroativa somente existe no Brasil. Foi inserto no Código Penal, pela Lei 6.416/77 para pôr fim às divergências que emanavam da Súmula 146 do STF.

Por ser anômalo, isolado no universo, deve ser visto com cautela e restrição. Fosse bem visto pela comunidade internacional e, certamente, estaria reproduzido nas codificações alienígenas.

O instituto pulsa contra um Estado Democrático de Direito, na medida em que retira o poder de punir do Estado levando em conta momentos procedimentais que o próprio Estado já superou nas fases processuais.

Recorde-se que se trata de instituto que se vale do momento presente – pena concreta – para retirar do Estado o jus puniendi por lapsos anteriores eventualmente ultrapassados. Ora, se não houve prescrição durante o inquérito e a ação penal, nos marcos prescricionais entre a data da consumação do fato e o recebimento da denúncia e deste à publicação da sentença, mostra-se incongruente o Estado ser punido porque chegou a uma pena adequada para o fato típico. A demora na instrução para a imposição de pena justa, jamais poderia resultar em perda do jus puniendi. A pena justa é a exata medida da resposta estatal (Von Liszt) .

Quadro atual: Se o réu está sendo processado por roubo simples (pena máxima abstratamente prevista igual a 10 anos, prazo prescricional de 16 anos – art. 109, II) e na sentença, desclassificado o crime para furto, chega-se a uma pena concreta de um ano (prazo prescricional de 4 anos – art. 109, V). Caso menor de 21 anos na data do fato, o prazo é reduzido de metade (art. 115). Assim, prolatada a sentença e transitada em julgado para a acusação, basta aferir se data do fato ao recebimento da denúncia e deste à data da publicação da sentença, referido prazo foi atingido ou superado. Em caso positivo, deu-se a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, retirando do Estado o direito de punir aquele acusado.

Caso advenha o fim da prescrição retroativa, esta hipótese não mais existirá.

Cremos que é o melhor caminho para um ajuste equânime, inclusive com o direito comparado. Assim, o"patinho feio" restará extirpado de nossa legislação.

Retornando à prescrição retroativa, seu fim vem assentado no Projeto de Lei 1.383/03, de autoria do então deputado Antonio Carlos Biscaia .

Leciona Damásio, fervorosamente contra a abolição da prescrição retroativa, que o projeto prevê além do fim da prescrição retroativa pela revogação do § 2º, do art. 110, também a elevação do patamar mínimo de dois para três anos e constante do art. 109, VI, do CP . Com a redação a ser dada ao § 1º, o Tribunal não mais poderá se valer dos lapsos anteriores

para reconhecer a prescrição. Somente lhe caberá, se for o caso, pela pena concreta, reconhecer a prescrição superveniente.

Se não concordamos com o grande e inefável mestre acerca do fim da prescrição retroativa, damos-lhe total razão quando se volta contra a majoração do prazo mínimo de dois para três anos. O Poder Judiciário é que precisa melhor se aparelhar, como vem sucedendo no Estado do Rio de Janeiro, e enfrentar suas mazelas com mais competência.

O provável fim da prescrição retroativa tem na prescrição virtual uma contrapartida favorável à parte mais fraca na relação Estado-indivíduo. A lentidão nas varas permite que o juízo se valha da causa extintiva, malgrado os tribunais não a concebam. A prescrição antecipada é uma realidade nacional para os magistrados de primeira instância.

O princípio da pena justa, em nossa ótica, é o que possibilita ao magistrado optar pela aplicação dessa modalidade de prescrição. A pena justa – concreta ou em perspectiva – é a pedra de toque para a regulagem adequada dos prazos prescricionais. A prescrição há de ser decretada tendo em vista o decurso do tempo decorrido ou o decurso futuro que se mostrar ofensivo à economia processual e, conseqüentemente, à boa administração da justiça. Jamais ser projetado para o passado.

Assim, durante o inquérito policial, a pedido do órgão ministerial – dominus litis –, o juiz pode determinar o arquivamento decretando a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva ou pela prescrição propriamente dita. Após o recebimento da denúncia, tem plena autoridade para adotar o mesmo procedimento, até de ofício, haja vista se tratar de matéria de ordem pública e sendo ele o dominus processus .

De lege ferenda, na esteira da reflexão lançada, os tribunais somente poderiam decretar a prescrição superveniente, jamais a retroativa, baseando-se na pena concreta firmada em sentença ou em sede recursal.

3 – A Lei 11.596/07. A intenção do legislador. Escola Exegética.

No tocante à mitigação das facilidades que a prescrição superveniente propicia aos réus, depositou o legislador na Lei 11.596/07 uma das soluções para pôr cobro à impunidade nacional.

Porém, naufragou em suas próprias águas. Debateu corretamente, apresentando dados, estatísticas, opiniões e julgados dos tribunais nacionais e convenceu seus pares que a solução seria a criação de um novo marco interruptivo superando uma lacuna legal. Porém, na redação final o que se viu foi um desastre técnico-jurídico. Escreveu, mas nada modificou.

Vejamos o tramitar do projeto até a edição da malfadada lei.

Como dito, segundo a justificação exarada pelo Senador Magno Malta, no Projeto de Lei 401/2003, criar-se-ia uma nova causa de interrupção do prazo prescricional, isto é, um novo marco interruptivo, qual seja, a publicação de acórdão confirmatório de sentença condenatória recorrível.

A justificativa exarada pelo senador foi a seguinte:"sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição, mais razoável, de que o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe a prescrição".

"Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a

partir da publicação do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal".

A expressão contida no arrazoado é perfeita quanto ao fim colimado.

A lei é a única fonte formal do Direito Penal. Caso a interpretação do texto legal se desse pela Escola Exegética, que defende uma interpretação filosófico-histórica, na qual se busca a vontade do legislador, a redação final seria um mero detalhe. Equivale dizer, se o legislador quis uma causa interruptiva nos moldes evidenciados em sua Exposição de Motivos, sua vontade seria o ponto decisivo, malgrado outra interpretação adviesse. No entanto, como se sabe não é este o verdadeiro e decisivo fundamento para se buscar o sentido de uma lei, mormente a penal que tem a ver com a liberdade da pessoa humana.

4 – A frustração eloqüente. A Escola Moderna.

Publicada a lei que altera o diploma penal, ouve-se ressoar em todo o território nacional opiniões e mais opiniões de juristas alvitrando que o projeto convolado na Lei 11.596/07 nada mudou.

Registrem-se entendimentos contrários, em especial de Paulo Queiroz, para quem o contido na motivação do projeto merece acatamento pleno .

Sentimos de modo diverso.

A redação final do art. 117, IV, ficou sendo a seguinte: Interrompe-se a prescrição pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Muito se defenderá que acórdão condenatório recorrível, pelo caráter substitutivo à sentença, seja ela de que natureza for, interromperá o lapso prescricional seja após sentença condenatória recorrível, seja após sentença absolutória. Isto porque a vontade do legislador há de preponderar e a expressão acórdão condenatório recorrível é ampla e abarca as duas

situações antecedentes. É induvidoso que a solução será dada pela Suprema Corte brasileira.

No entanto, não se pode olvidar que a lei penal, por ter caráter restritivo, há de ser interpretada restritivamente, sem alargamentos.

Outros argumentarão que pela interpretação extensiva atinge-se o fim colimado pelo legislador. Nas palavras de Carlos Maximiliano,"A exegese extensiva, com extrair do texto mais do que as palavras parecem indicar, e a estrita, com atingir o contrário, menos do que a letra à primeira vista traduz: baseiam-se, uma e outra, em princípios definitivamente triunfantes, proclamadores da supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas: (...) 'Nem tudo que está escrito prevalece como Direito; nem o que não está escrito, deixa de constituir matéria jurídica. Anterior e superior à palavra é a idéia de quem preceitua'". (...) . De se lembrar, contudo, que a interpretação extensiva é aplicável quando as expressões empregadas pelo legislador dizem menos que a vontade da norma (minus dixit quam voluit) .

Ainda se valerão outros de que a interpretação lógica ou teleológica soluciona a questão e a redação tal qual posta resulta em uma nova causa interruptiva. Recorde-se que a interpretação lógica busca a vontade da lei além de suas palavras, de modo a revelar o espírito nela contido. É a verdadeira interpretação, porquanto busca a ratio legis.

Aqui é que o meu ponto de vista é aparentemente conflitante, porém o sistema penal, aliado à doutrina e à jurisprudência, aponta para a interpretação que se defende. Pelo elemento sistemático os dispositivos penais existentes são relacionados em face do sistema, aproveitando as comparações entre as diversas disposições. Cada norma jurídica representa uma parcela do ordenamento jurídico. A fixação do princípio geral é indispensável para a exata interpretação da norma. Mediante o emprego do elemento sistemático, atingimos a verdadeira objetividade do tipo .

Pela Escola Moderna o resultado produzido pelo parlamentar é o que importa e não a sua vontade. Equivale dizer, a ratio legis e não a ratio legislatoris é que deve vincular os cidadãos de uma nação. Como a interpretação visa o desvendamento do sentido objetivo da lei em um dado momento da vida e não a vontade do legislador, de se concluir que a lei independe da vontade do legislador.

Acima de tudo, o sistema há de ser respeitado. A doutrina e jurisprudência nacionais sempre entenderam que a expressão acórdão condenatório representa a reforma de sentença absolutória.

Mais.

O diploma penal diferencia acórdão condenatório de acórdão confirmatório, tanto que preconiza em seu art. 117, II e III, respectivamente, que a prescrição se interrompe pela pronúncia e pela decisão confirmatória da pronúncia. No inc. IV, prevendo como causa interruptiva, verbis: pela sentença condenatória recorrível, convinha que o legislador, adotando a mesma técnica antecedente abraçada pela doutrina e jurisprudência dominantes, criasse um inciso para consignar como causa interruptiva: pelo acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória recorrível e realocasse os incisos seguintes. Não o fez. Assim, por ausência de previsão legal, o acórdão confirmatório de sentença condenatória recorrível não interrompe o lapso prescricional.

STF. Acórdão confirmatório de sentença condenatória não interrompe o curso do prazo prescricional, já que o único julgado confirmatório, que produz esse efeito é o que mantém a sentença de pronúncia (artigo 117, III, do CP). Precedente do STF (RTJ 134/1.208) (STF - HC nº 71.424-2 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Sydney Sanches - DJU 17.03.95).

5 – O incremento do termo publicação.

De todos os males, ao menos o termo publicação que inexistia no texto anterior foi agregado. E esta inserção é plenamente justificada, uma vez que a publicação é ato

processual da maior relevância, por fixar o marco interruptivo, ou seja, por configurar o momento em que o juiz torna pública a sentença ou o acórdão e a partir do qual é considerado interrompido o lapso prescricional. Não obstante algumas divergências, a sentença considera-se publicada no momento em que o juiz entrega-a em mãos do escrivão para registro em livro próprio, independente de sua feitura.

STF: A publicação da sentença ocorre quando o escrivão a recebe do Juiz (CPP, art. 389), independentemente de qualquer outra formalidade: a não-lavratura de termo nos autos implica considerar-se como data da publicação a do primeiro ato subseqüente; o registro no livro próprio é formalidade que se destina à sua conservação, não comprometendo a validade da sentença (STF - HC 73.242-9 - GO - 2ª T - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 24.05.96).

Quanto à publicação dos acórdãos, prepondera o entendimento de que esta se opera quando da sessão de julgamento, ainda que outro seja o dia da publicação na imprensa.

STF: Nas condenações por Tribunal, a interrupção da prescrição se consuma na data em que foi realizado o julgamento, e não no dia em que publicado o acórdão. (STF – HC 83.549 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - J. 04.11.2003 - DJ 05.12.2003).

6 – Acórdãos e suas variantes – casos de interrupção dos prazos prescricionais – aplicação do art. 117, IV, do CP.

Vejamos os vários assentamentos que permanecem sedimentados no contexto da redação atual que nada mais fez do que inserir o termo publicação:

a) O acórdão condenatório interrompe o prazo prescricional. A expressão acórdão condenatório pressupõe a reforma pelo Tribunal ad quem de uma sentença absolutória. Absolvido em primeiro grau, após recurso da acusação, sobrevém o provimento ao recurso e a condenação em segundo grau pelo tribunal competente.

STJ: A condenação em segundo grau, por força de recurso da acusação, interrompe a prescrição na data do julgamento. O legislador, como proclamado pelo STF utiliza-se da expressão "sentença condenatória" (artigo 117, IV, do CP) no sentido de "decisão", não havendo, portanto, diferença ontológica entre "acórdão condenatório" e "sentença condenatória", porque ambos estereotipam uma "decisão". (STJ - Resp. nº 117.081 - SP - 6ª T - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 18.08.97).

b) Acórdão confirmatório de condenação que majora a pena interrompe a prescrição da pretensão punitiva. Tendo sido o réu condenado em primeiro grau e, inconformado com o decisório, há recurso ministerial provido para que a pena imposta seja majorada.

STF:"Se, ao julgar a apelação, o Tribunal atribui ao delito qualificação mais grave e por isso altera a pena de multa para detenção, modificando, nesses pontos, a sentença de 1.º grau, que já fora condenatória, profere novo julgado condenatório, que implica nova interrupção do prazo prescricional (art. 117, IV, do CP). Essa nova interrupção ocorre mesmo em se tratando de julgamento de apelação, com voto vencido, que propicia ao réu a apresentação de embargos infringentes" (STF – HC – Rel. Sydney Sanches – RT 689/423).

No mesmo sentido:

STJ. (...) 1. Consoante entendimento esposado por esta Corte, o acórdão que confirma sentença condenatória, sem agravamento da reprimenda imposta ao acusado, não tem o condão de interromper a fluência do prazo prescricional. Precedentes. (...) (STJ - RESP nº 211835 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 16.04.2001).

c) Acórdão confirmatório de condenação que reduz a pena imposta na sentença não interrompe o prazo prescricional. Se a pena privativa de liberdade imposta em primeiro grau é reduzida por recurso de qualquer das partes ou convolada em pecuniária, não há interrupção do lapso prescricional.

STJ: O acórdão que reduz a resposta penal não é causa interruptiva do prazo prescricional (STJ – 5.ª T. – ROHC 9.896 – Rel. Felix Fischer – j. 13.12.2000 – DJU 05.02.2001, p. 114).

d) Crimes de competência originária. Do mesmo modo, em processo e julgamento de infração penal de competência originária dos tribunais, o acórdão condenatório recorrível também interromperá o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

STF: Prescrição: a interrupção pela decisão condenatória em processos de competência originária dos Tribunais ocorre na data do julgamento e não na data da publicação do acórdão: razões da solução diversa em relação à hipótese da sentença condenatória de primeiro grau, que não existe antes de sua publicação: precedentes. (STF - HC nº 76.748-6 - MG - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - 1ª T - J. 17.03.98 - DJU 17.04.98).

7 – Conclusão.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:"Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ‘ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma’" .

Acreditando que o projeto relativo à prescrição retroativa receba maior atenção do legislador, somente há que se lamentar o descompasso havido com a criação de um diploma legal que nada diz. Em outras palavras, foi sancionada uma lei que nada mudou, quase sem eficácia, uma vez que manteve inalterado o statu quo ante. Aguardemos o STF dar o seu veredicto.

1. Neste momento, importante lembrar a lição do eminente Francisco Assis de Toledo no artigo Princípios que regem a aplicação da pena, em Revista CEJ, número 07, abril/1999, verbis: “(...) a pena justa será somente a pena necessária (Von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal à luz de um pensamento que não esconde o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semi-liberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. Se, entretanto, o delinqüente se apresenta como ameaça à paz social e à tranqüilidade dos homens livres, o regime fechado em estabelecimento de segurança máxima estará a sua espera".

2. A Comissão Diretora apresenta a redação final da Emenda do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 19, de 2007 (nº 1.383, de 2003, na Casa de origem), que altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. De se anotar que houve uma emenda ao Projeto de Lei 1383/03, de modo que se impõe o retorno à Casa iniciadora (CF, art. 65, parágrafo único).

A redação, ao menos por ora, ficou a seguinte:

Dê-se ao § 1º do art. 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, alterado pelo art. 2º do Projeto a seguinte redação:

"Art. 110. .....

§ 1º A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.

§ 2º (Revogado)."

3. JESUS, Damásio de. Prescrição retroativa – a favor ou contra? São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em: .

4. Repise-se que o entendimento deste subscritor não encontra respaldo nas decisões dos tribunais que são frontalmente contra a prescrição antecipada. Contudo, a matéria é de índole jurisdicional e fundada na CF (art. 5º, LXXVIII), na qual se asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A economia processual é outro fundamento inquestionável a amparar este convencimento.

5. Opinião encontrável no artigo "Acórdão condenatório e prescrição: a propósito da Lei 11.596/2007", para quem qualquer acórdão condenatório, confirmatório ou não, é causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva.

6. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 8 ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1965, pág. 212.

7. COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal – Parte Geral – Volume I – Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pág. 336.

8. Idem, pág. 335.

9. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83.

* Juiz criminal em Sorocaba/SP, mestre e doutorando pela PUC/SP. Professor de Direito Penal, Processo Penal e de Leis Especiais.

Disponível em:
http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080313114506705 .
Acesso em: 27 mar. 2008.