

Processo Penal e democracia: a teoria dos princípios diante dos limites semânticos do texto por ocasião do Agravo em Recurso Extraordinário 848.107/DF.

Criminal process and democracy: the theory of principles facing the semantic limits of the text on the occasion of Agravo em Recurso Extraordinário 848.107/DF.

Resumo: O presente artigo trata de controvérsia jurisprudencial acerca do instituto previsto no art. 112, inciso I do Código Penal, qual seja, o momento inicial da prescrição da pretensão executória da pena, que pela aplicação literal do disposto legal ocorre com o trânsito em julgado para a acusação. Argumenta-se, em sede judicial, que a interpretação literal da lei não deveria prevalecer, encampando tese de suposta superação do positivismo jurídico, crescente nos últimos anos no Brasil por influência, ainda que por uma interpretação incorreta, das teses de autores pós-positivistas como Dworkin e Alexy. Tem-se como objetivo, neste artigo, demonstrar a incompatibilidade do discurso de superação do teor literal da norma sem uma devida argumentação a justificar excepcionalmente esta prática, como exigido por Alexy. Conclui-se que: em primeiro lugar, a teoria da argumentação de Alexy possui uma grave falha que permite a superação do teor literal da norma e, em segundo lugar, mesmo adotando-se a teoria de Alexy, as decisões acerca do instituto da prescrição, levadas ao Supremo, ignoram exigências argumentativas exigidas pelo autor, como o peso *prima facie* do respeito ao teor literal da lei.

Abstract: This article deals with controversial jurisprudence on the institute provided for in Article 112, Subparagraph I of the Penal Code, namely, the initial moment of the statute of limitations for the enforcement of the penalty, which by literal application of the legal provision occurs with the transit in res judicata for the prosecution. It is argued in court that the literal interpretation of the law should not prevail, embracing thesis of supposed overcoming of legal positivism, growing in recent years in Brazil by influence, although by an incorrect interpretation, the theses of post-positivist authors such as Dworkin and Alexy. This article aims to demonstrate the incompatibility of the discourse of overcoming the literal content of the rule without a proper argumentation to exceptionally justify this practice, as demanded by Alexy. We conclude that: first, Alexy's theory of argumentation has a serious flaw that allows the overcoming of the literal content of the rule and, second, even if Alexy's theory is adopted, the decisions about the statute of limitations, taken to the Supreme Court, ignore argumentative requirements demanded by the author, such as the prima facie weight of respect for the literal content of the law.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Sopesamento. Legalidade. Prescrição.

Keywords: Legal argumentation. Balancing. Legality. Prescription.

Sumário: Introdução. 1 – A fórmula de Radbruch na argumentação jurídica de Robert Alexy: o valor dos limites semânticos. 2 – A prescrição e seus fundamentos. 3- Recurso extraordinário 848.107/DF e Estado de Direito. Conclusão.

Introdução

Está em pauta de julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o Recurso Extraordinário 848.107, originário do Distrito Federal, no qual se discute o momento inicial da contagem dos prazos de prescrição da pretensão executória da pena no processo penal. A controvérsia em relação ao marco em que se deve considerar o início da prescrição têm especial importância para um dos bens jurídicos mais caros ao ser humano, a liberdade.

Reconhecida a prescrição da pretensão executória da pena, um crime com materialidade a autoria reconhecidas, mesmo por decisão definitiva, não resultará ao sujeito a imposição de sua pena. A prescrição da pretensão executória encontrar-se regulada no inciso primeiro do artigo 112 do Código Penal brasileiro, segundo o qual, transitada em julgada a decisão para a acusação, inicia-se o prazo de prescrição, tendo-se por base a pena aplicada, mesmo que na pendência de recursos da defesa.

A prescrição com trânsito em julgado possui para o acusado a vantagem de ter, como parâmetro de aferição, a pena imposta na sentença, e não a pena máxima abstrata prevista nos tipos da legislação penal, como ocorre para a prescrição antes do trânsito em julgado. Por outro lado, há intensa resistência em diversos tribunais quanto à aplicação do dispositivo legal, considerado por muitos como uma *benesse* causadora de impunidade, pois permitiria a contagem de prazo menor e mais vantajoso para o acusado, mesmo não havendo total inércia por parte do Estado.

O caso encontra-se em pauta no Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, no qual foi reconhecida a repercussão geral¹. Os argumentos utilizados por juízes e tribunais resistentes à aplicação do art. 112, I, no entanto, não reivindicam uma controvérsia interpretativa. Mesmo aqueles

¹ A repercussão geral consiste em instituto processual no qual o Supremo Tribunal Federal decide casos semelhantes com eficácia multiplicadora para todos.

que resistem à aplicação do instituto, alegam conhecer claramente o seu teor literal, mas sugerem a superação da metodologia interpretativa que se valha da literalidade da lei.

O discurso de superação do “mero teor literal” desenvolveu-se em uma crescente no Brasil a partir da importação da crítica ao Positivismo Jurídico, supostamente responsável, ou ao menos impotente, para afastar as atrocidades do período nazista na Alemanha que, segundo alegam ainda os críticos do Positivismo, teve a chancela da legalidade. A partir da derrocada do nazismo, diversos autores e a própria jurisprudência alemã reivindicam uma superação do Positivismo e a necessidade de interpretações que transcendessem “a letra da lei”.

Estes argumentos, criticáveis na sua terra natal, foram incorporados não só perante parte da ciência jurídica brasileira, mas sobretudo pela jurisprudência. Dois autores são apontados como principais marcos teóricos do chamado pós-positivismo, Robert Alexy e Ronald Dworkin, por suas contribuições à chamada teoria dos princípios, que comporiam o conceito de direito ao lado das regras. Neste artigo, parte-se da hipótese de que, para além da crítica que se poderia fazer a estes dois autores, o que não será objeto principal do trabalho, verifica-se uma indevida aplicação de suas premissas no Brasil.

Em especial, os argumentos lançados nas decisões que afastam o teor literal do art. 112, inciso I, rejeitam a aplicação do dispositivo com uma argumentação que viola até mesmo “as regras da carga de argumentação” propostas por Robert Alexy em sua “teoria da argumentação jurídica”. Valendo-se de pesquisa do tipo bibliográfica e exploratória, na primeira parte do artigo apresenta-se a ideia de superação da legalidade reivindicada na decisão a partir do chamado pós-positivismo e a suposta superação do Positivismo Jurídico.

Na segunda parte, expõe-se o instituto da prescrição em matéria criminal, dividindo-se suas espécies para delimitação da prescrição da pretensão executória da pena, objeto de discussão nas decisões de primeira instância e do recurso extraordinário com repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal. Na terceira parte, analisa-se a compatibilidade das regras de carga

argumentativa da teoria alexynea com os argumentos expostos como controvertidos no recurso extraordinário 848.107/DF, seguindo-se à conclusão.

O recurso, como dito, está ainda pendente de julgamento. Desta forma, o que se pretende é analisar a legitimidade da controvérsia que gira em torno da não aplicação do teor literal do art. 112, I, e não uma análise dos argumentos expostos no recurso contra ou a favor da aplicação do instituto, pois por ora inexistentes. No entanto, algumas decisões que deram fundamento ao reconhecimento da repercussão geral são analisadas, a fim de contribuir para a tomada de decisão por vir, quando do julgamento do recurso.

1 – A Fórmula de Radbruch e a suposta superação do Positivismo Jurídico.

Em uma recente decisão acerca do marco inicial de prescrição da pretensão executória da pena, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro, assim se manifestou: “[...] *agridera a essência do instituto da prescrição a compreensão de que apenas por adoção de interpretação literal do art. 112, inc. I do CP se possa ignorar que o que ela sanciona é a inércia atribuível única e exclusivamente ao Estado [...]*” (TRF2, 2021). Com esse argumento, afastou-se o reconhecimento da prescrição da pretensão executória de uma pena imposta ao acusado por sentença, mesmo diante do lapso temporal da prescrição.

As decisões judiciais que rejeitam a aplicação do disposto no art. 112 do Código Penal, em seu inciso I, reivindicam em suas argumentações a necessidade de superação do teor literal do dispositivo legal. Não há dúvidas acerca do significado das palavras ou um desacordo teórico hermenêutico, trata-se de discordar do que a lei determina e aplicação do que se entende ser mais justo, mesmo com uma decisão em clara desconformidade com os limites semânticos do texto.

A questão não parece tratar da distinção entre texto e norma, como apresentada por Müller². A superação do texto legal não se dá apenas pela construção de uma norma que lhe dê significado jurídico. Observando-se os

² **Teoria estruturante do Direito.** Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 192.

argumentos lançados nas decisões, mostra-se inequívoco não só o que diz o texto legal, mas também o conteúdo da norma que dele se extrai. Sabe-se o que o legislador pretendeu estabelecer como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória, claramente, o trânsito em julgado da decisão para a acusação, mas seja quanto ao texto ou mesmo a norma jurídica dele criada, os juízes delas discordam. Pretende-se aqui investigar qual a origem desta retórica.

Após as terríveis atrocidades cometidas durante a ascensão do partido nacional-socialista alemão, comandado por Adolf Hitler, a doutrina jurídica caminhou para uma ampla discussão acerca das possibilidades de contenção à violação de direitos humanos por parte do sistema jurídico. Há uma ideia generalizada entre juristas de que seria preciso colocar limites às ditaduras das maiorias, já que o partido e seu *führer*³ seriam frutos do processo democrático, pelo menos em sua concepção formal-majoritária. Da perspectiva prática, surgem cortes constitucionais com a competência de limitar o arbítrio legiferante a partir da força normativa da constituição⁴.

Sob a perspectiva teórica, o alvo principal de ataques por uma suposta legitimação ou mesmo impotência diante do período de ascensão nazista seria a doutrina juspositivista⁵. O discurso de necessária superação do juspositivismo esteve presente tanto no Tribunal Constitucional Federal Alemão como nas folhas dos escritos de filósofos do Direito. Não seria mais aceitável, segundo a crítica, uma separação entre o Direito e a Moral, como pregam os positivistas, dizem.

O Brasil não ficou de fora dessa influência. Luiz Fux, atualmente ministro do STF, julgou, quando ainda pertencente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) um recurso especial no qual alegou que “*a exegese pós-positivista imposta pelo atual estágio da ciência jurídica impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Cata Maior*”⁶.

³ Palavra alemã que em português tem significação de líder.

⁴ SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FILOSOFIA E TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. [S. l.: s. n.], 2009. p. 35.

⁵ ARAÚJO, C. P. de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

⁶ MARTINS FILHO, F. A. **Jurisdição e democracia: contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 20.

Dimitri Dimoulis assevera que “*no debate brasileiro, a abordagem do PJ encontra rejeição.*”, e complementa o autor, “[...] *isso ocorre muitas vezes de forma puramente retórica, com emprego de expressões de desprezo contra o positivismo que é apresentado como uma visão teoricamente ultrapassada e politicamente perigosa.*”⁷. A rejeição ao positivismo, como bem pontua Dimoulis, é baseada em um espantinho da teoria, sua versão fantasiosa e sem correspondência com os seus diversos postulados teóricos.

Ademais, deve-se consignar um grave problema da crítica ao Positivismo, que consiste na ausência de delimitação do que constitua esta corrente teórica. Os críticos do Positivismo o acusam da adoção de diversas premissas que, na verdade, não são comuns a todos os positivistas. Nas palavras de José Sendín Mateos, em sua tese de doutorado sobre a obra de Kelsen ⁸:

Igual que ocorre com la teoría del Derecho natural, el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico muy proteica em cuanto a enfoques y variantes se refiere, lo que impide que puede presentarse como un bloque compacto de doutrina.

Alguns criticam o mecanicismo legalista; outros, ao contrário, apontam como pecado positivista justamente o contrário, a discricionariedade que leva ao arbítrio. Nesse mesmo sentido, Joseph Raz adverte que a causa das maiores controvérsias e desentendimentos acerca do Positivismo Jurídico se dá pela falta de delimitação do objeto. Em outras palavras, não há consenso sobre o que seja Positivismo e qual seja a premissa que o crítico pretende criticar⁹. Hans Kelsen faz a mesma advertência, quando lembra que o Positivismo Jurídico pode significar muitas coisas distintas e que é, inclusive, em grande parte, distinto do Positivismo Filosófico¹⁰.

O alerta é importante, embora contenha certo exagero em dizer que é impossível delimitar a doutrina positivista. Uma fonte conceitual onde é possível apontar um certo consenso está na enciclopédia de Filosofia do Direito

⁷ DIMOULIS, D. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 179.

⁸ MATEOS, J. A. S. **La filosofía moral de Hans Kelsen**. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 32.

⁹ RAZ, J. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press Inc, 1979. p. 37.

¹⁰ KELSEN, H. Was ist juristischer Positivismus. **JuristenZeitung**, [s. l.], v. 15–16, p. 465–469, 1965. p. 465.; MARTINS FILHO, 2020, p. 15.

de Stanford, em que a definição de Positivismo Jurídico é enfrentada por Leslie Green. Para o autor, o Positivismo Jurídico não implica em uma teoria de decisão judicial, mas apenas em análise descritiva de seu objeto, a norma jurídica¹¹. Em síntese, o que há em comum entre os positivistas consiste na separação descritiva e conceitual entre Direito e Moral¹².

Robert Alexy é reconhecido como um dos nomes mais emblemáticos da doutrina que reivindica a superação do Positivismo. Em seu livro “O conceito e validade de direito”, Alexy sustenta, quanto ao Positivismo Jurídico, que se trata de doutrina ultrapassada, o que despertou rápida e contundente resposta do positivista Joseph Raz¹³. No famoso caso Ellwanger¹⁴, julgado perante o STF brasileiro, fez-se abundante referência, seja diretamente à figura de Robert Alexy, seja em invocação dos postulados da proporcionalidade e teoria dos princípios, de forma que “a jurisprudência brasileira absorveu o discurso chamado ‘pós-positivista’ como eco de parte da Academia, sobretudo nas figuras de Robert Alexy e Ronald Dworkin”¹⁵.

Dentre os autores mais influentes, Gustav Radbruch é certamente um nome de relevo. Ao criticar os excessos legalistas do Positivista exegético de cuja doutrina teria sido adepto em uma primeira fase, após a experiência nazista passa a condição de crítico do Positivismo e a defender a necessidade de simetria entre o Direito posto e o ideal de justiça. A influência de Radbruch¹⁶ e de sua fórmula segundo a qual o direito extremamente injusto não é direito teve amplo alcance.

Seguindo o mesmo passo de Radbruch, Robert Alexy, também em crítica ao Positivismo, apresenta criteriosa tese na tentativa de dar concretude à referida fórmula. A teoria de Alexy encampa a distinção qualitativa entre regras e princípios desenvolvida especialmente por Ronald Dworkin. Por sua vez

¹¹ LESLIE GREEN. **Legal positivism**. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-positivism>. Acesso em: 20 jan. 2019.

¹² Ressalva-se a corrente que prega o chamado positivismo normativo, ético o prescritivo.

¹³ RAZ, J. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. **Oxford Journal of Legal studies**, [s. l.], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999873. Acesso em: 12 jan. 2019.

¹⁴ Habeas corpus 82.424/RS, julgado perante o STF.

¹⁵ MARTINS FILHO, 2020, p. 21.

¹⁶ RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: G.C gráfica de Coimbra Ltda, 1997.

Dworkin apresenta em seu artigo “modelo de regras” uma oposição ao então dominante Positivismo, em especial na versão de H.L.A Hart.

Alexy e Dworkin não são os únicos críticos do Positivismo, mas dois dos mais difundidos e citados na jurisprudência brasileira, como se viu com a referência do hoje ministro do STF Luiz Fuz. Segundo Dworkin, o Positivismo jurídico não descreve adequadamente o Direito, que na formulação de H.L.A Hart consistira no conjunto de regras primárias e secundárias. Conforme ainda a descrição de Dworkin, para o juspositivista, quando o aplicador da norma não encontra uma regra para a solução de um caso, seja em razão de uma lacuna ou da textura aberta de algumas regras, recorreria então a seu poder discricionário para solucionar a questão.

Nesse caso, não havendo regra apta a dar uma clara solução ao caso e podendo o juiz fazer uso do seu poder discricionário em um sentido forte¹⁷, não haveria uma resposta correta para o caso, tampouco obrigação jurídica determinada. Dworkin rejeita a tese, criticando a discricionariedade judicial resultante dos conceitos positivistas.

O que pretendia refutar Dworkin consiste no arbítrio positivista diante da discricionariedade. Alexy pretende também dar concretude à interpretação de dispositivos constitucionais em superação ao método de subsunção. A partir da observação da jurisprudência e da Constituição Alemãs (mais precisamente, sua lei fundamental), formula o autor critérios de solução de colisão entre princípios.

Ao que interessa a este trabalho, porém, importa observar que a teoria da argumentação jurídica de Alexy não dispensa o peso do respeito ao limite semântico do texto, não apenas exigindo uma justificativa para o seu afastamento na argumentação, como também algo a ser sopesado na análise da proporcionalidade. Antes da análise do discurso que rejeita a aplicação da prescrição da pretensão executória da pena tendo-se como marco inicial o trânsito da, necessário dizer uma palavra acerca do instituto e seus fundamentos.

2 – A prescrição e seus fundamentos.

¹⁷ DWORKIN, R. The model of rule. *University of Chicago Law Review*, [s. l.], v. 35, 1967.

O instituto da prescrição em matéria penal encontra fundamento na ideia utilitarista que impõe finalidades político-criminais ao Direito Penal, rejeitando a função meramente retributiva das penas. Fala-se, no âmbito do estudo das funções do Direito Penal, em prevenção e retribuição, decompondo esta última em prevenção geral e especial, negativa e positiva. A ideia de pura retribuição, rechaçada pela maior parte da doutrina¹⁸, tem origens na filosofia kantiana e seu imperativo categórico.

Com as funções preventivas relacionadas ao utilitarismo, prescreve-se a ilegitimidade de um Direito Penal de mera retribuição, apenas aceitando como compatível com um Estado Liberal e Democrático de Direito a intervenção na liberdade individual justificada por um bem com alguma finalidade que justifique a imposição da pena. Disso decorre a função de prevenção que enxerga no Direito Penal uma finalidade de subsidiária proteção de bens jurídicos¹⁹.

A função da pena como garantidora da mera expectativa normativa é minoritária na literatura²⁰. A prevalente ideia de exclusiva proteção de bens jurídicos de forma subsidiária significa ainda adesão ao princípio da intervenção mínima, segundo a qual o Direito Penal somente deve agir na proteção de bens jurídicos de maneira fragmentária e subsidiária. Isto é, apenas se exige a intervenção estatal por meio do direito penal quando outros ramos do Direito, tais como o civil e administrativo não foram capazes de regular satisfatoriamente o problema.

Nas palavras de Roxin²¹:

Como foi dito já ao início, mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos. Existem, principalmente, três alternativas para a pena criminal.

A prevenção divide-se, como dito, em prevenção geral, que consiste no comando para que todos os membros da sociedade atentem para o conteúdo

¹⁸ ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito**. Trad. Dieged. Madrid: Civitas, 1997.

¹⁹ CAMARGO, A. L. C. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002. p. 173.

²⁰ Ibid., p. 174.

²¹ **Estudos de direito penal**. Trad. Luised. São Paulo: Renovar, 2006. p. 52.

normativo e aos valores que a norma penal veicula. A prevenção geral pode ser negativa, indicando quais os bens jurídicos protegidos e que, portanto, não devem ser violados; já a prevenção geral positiva indica quais os rumos que a sociedade deve tomar ²². Quer-se, com a norma, indicar que uma mudança de mentalidade deve ocorrer, de forma a afastar, a exemplo da Lei Maria da Penha, o machismo estrutural.

Com a prevenção especial, o objeto e a finalidade do Direito Penal atinge o indivíduo que praticou um crime. A prevenção especial, por sua vez, também se divide em prevenção especial negativa e positiva. Com a ideia de prevenção especial negativa, visa-se impedir o praticante da infração penal a que venha a cometer novos crimes.

A pena criminal por excelência no Brasil, a prisão, retira de circulação o indivíduo para que não venha a praticar infrações penais, pelo menos perante a sociedade livre. Assim, a função da pena consiste na retirada do indivíduo do ceio social para que novos crimes praticados sejam prevenidos. Já a prevenção especial positiva visa a chamada ressocialização, pretendendo à reforma do indivíduo. Tais teorias combinam-se entre si, não havendo uma predominância entre elas. Entende-se que a pena criminal deve cumprir, em algum grau, todas essas funções: retribuição e prevenção; geral e especial; positiva e negativa²³. É sob os fundamentos de que o Direito Penal deve cumprir uma função benéfica que a prescrição se impõe.

A prescrição em matéria penal visa a atender as finalidades da pena. Ao conceber que o Direito Penal deve cumprir a sua missão e deve ter alguma utilidade, indica que o passar dos anos, a inércia estatal faz com que as funções da pena percam sua eficácia e os prejuízos sociais e individuais sejam ponderados como de maior peso, optando-se, por questões político-criminais, pela não punição.

Há distinção na lei penal entre a prescrição antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória, ou seja, aquela que se opera no curso

²² CAMARGO, 2002, p. 176.

²³ COELHO, E. M. **Prescrição penal como limite ao poder-dever punitivo estatal**. [S. l.], 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4185/371372511>. Acesso em: 2 maio 2021. p. 341.

da instrução, antes do julgamento definitivo dos recursos, e prescrição que se realiza após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória definitiva. Os prazos de prescrição, ou seja, da extinção da pretensão punitiva do Estado, estão estabelecidos no Código Penal em seu artigo 107 e seguintes.

A legislação penal brasileira prevê também algumas circunstâncias que fazem com que o prazo de prescrição não tenha curso. Há causas suspensivas e interruptivas da prescrição. Ocorrendo as primeiras, o prazo deixa de ter curso; ocorrendo causa interruptiva, entende-se que o Estado está agindo regularmente na persecução penal e, portanto, atingindo determinadas fases processuais, o prazo de prescrição interrompe-se reiniciando do zero. É o caso, por exemplo, do recebimento da denúncia por parte do júízo.

Para determinados tipos de crimes, cabe ressaltar, não há possibilidade de *benesse* pelo decurso do tempo. Não ocorre prescrição para delitos considerados de maior gravidade, taxativamente determinados pela própria Constituição Federal. São imprescritíveis o racismo, bem como a ação de grupos armados, civis ou militares, conforme preveem os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, há diversos limitadores ao reconhecimento da prescrição, sejam as causas suspensivas, interruptivas ou mesmo os casos taxativos de imprescritibilidade. O legislador regulou a matéria de forma clara e exhaustiva, permitindo o benefício, de forma regrada, bem como proibindo a sua ocorrência para os casos que considerou de maior gravidade.

Por outro lado, há vozes em discordância do instituto da prescrição, alegando que se trata de instrumento de impunidade. Conforme argumenta Christiano Santos, a prescrição é um fator criminógeno, estimulando a prática de crimes na confiança da impunidade²⁴. A tese segundo a qual a crença na prescrição e, portanto, na impunidade, estimula a prática de crimes, é de difícil demonstração empírica. Em primeiro lugar, seria preciso demonstrar o conhecimento da lei penal e dos marcos de prescrição por parte de criminoso.

²⁴ SANTOS, C. J.; CPF:12533429899; [HTTP://BUSCATEXTUAL.CNPQ.BR/BUSCATEXTUAL/VISUALIZACV.DO?ID=K4227462D0](http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4227462D0). A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro. [s. l.], 2008. Disponível em: <http://tede2.pucsp.br/tede/handle/handle/8387>. Acesso em: 2 maio 2021.

Em segundo lugar, as balizas legais tornam imprevisíveis os prazos prescricionais. É possível, por exemplo, conhecer em abstrato em quanto tempo um delito pode chegar à prescrição, mas não controlar os atos estatais, imprevisíveis, como o oferecimento e recebimento da denúncia, como dantes comentado, que são fatores que interrompem o prazo de prescrição. O fato é que, embora passível de críticas, o instituto da prescrição é escolha democrática com previsão legal e mesmo constitucional.

No caso da legislação brasileiro, o ponto da polêmica e ora objeto de análise consiste na previsão de prescrição da chamada pretensão executória da pena, aquela que ocorre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que terá por parâmetro a pena concretamente aplicada ao sujeito em decisão judicial. Dessa forma, sendo a pena aplicada individualmente menor que a previsão máxima legal, muitos crimes que seriam punidos com o transcurso do tempo de prescrição em abstrato restam impunes, pois os marcos de contagem se dão em alguns casos inclusive de forma retroativa. A prescrição retroativa, no entanto, encontra-se expressamente proibida no Código Penal, no que diz respeito à pena concreta, quando possui como marco inicial a data do cometimento do crime.

Tamanha a controvérsia do tema, no caso conhecido como Mensalão, o então ministro Joaquim Barbosa procedeu à dosimetria da pena, ou seja, à fixação da quantidade de pena que deveria ser aplicada aos condenados no processo. Com base na abertura dos permissivos legais, o ministro Joaquim Barbosa elevou a pena de um dos condenados sob o argumento de que, em assim não procedendo e aplicada uma pena mais branda, o crime estaria prescrito se verificada a prescrição retroativa, ou seja, contada para os marcos anteriores àquela decisão. Na Ação Penal nº 470 julgada perante o Supremo Tribunal Federal, o ministro Joaquim Barbosa, ao exasperar as penas pretendendo evitar prescrição, foi repreendido por seu colega de Tribunal, o ministro Ricardo Lewandowski.

A prescrição da pretensão executória da pena, da forma como regulada no Código Penal, encontra dispositivo que desperta polêmica maior. Além da perda do direito de punir por parte do Estado pelo decurso do tempo, no caso da prescrição da pretensão executória, o marco temporal para aferir-se

o início desta causa se dá com o trânsito em julgado apenas para a parte acusadora. Na pendência de recurso que interessa somente à defesa e foi somente por ela impetrado, é possível reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva com a pena do caso concreto.

A opção do legislador foi no sentido de que o trânsito em julgado para a acusação é marco inicial da prescrição da pretensão executória, fazendo com que os Tribunais superiores devam julgar em tempo razoável os processos. Não deve indicar uma sensação cômoda de dever cumprido a simples condenação, quando um recurso da defesa é admitido. Vale ressaltar que, sobretudo os recursos para o STF e para o STJ apenas discutem matéria jurídica, e não mais revisão de provas.

Os filtros dos recursos aos tribunais superiores podem fomentar o julgamento em tempo hábil, pois ainda que não enfrentado o mérito, os recursos rejeitados e que não comportarem mais recursos propiciarão o trânsito em julgado para todas as partes. Passa-se à análise dos argumentos que visam afastar a aplicação do teor literal do art. 112, inciso I do Código Penal e o instituto da prescrição da pretensão executória da pena a partir do trânsito em julgado para a acusação, à luz da teoria de Alexy.

3 – A controvérsia exposta no recurso extraordinário 848.107/DF, Estado de Direito e argumentação jurídica.

O STF concentra a atribuição de realizar controle concentrado de constitucionalidade das leis e também controle difuso. No controle difuso, ou por via recursal, matérias constitucionais podem ser levadas ao crivo do Supremo para que decida se a legislação está em conformidade com a norma constitucional. O regime democrático (formal) não pode, assim, impor ilimitadamente o desejo das maiores, ficando sujeito às balizas dos direitos fundamentais.

No entanto, o que se verifica da controvérsia acerca da aplicabilidade do art. 112, inciso I, que chegou ao STF pela via do controle difuso, em grau de recurso extraordinário, é que não há uma clara contrariedade entre o texto legal e a Constituição, senão uma resistência em aplicar o dispositivo com base em uma possibilidade, segundo parecem entender os tribunais críticos do

dispositivo, de se preceder a uma correção de injustiça na aplicação do direito posto. Recordar-se o argumento de processo julgado perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro, que ao afastar o dispositivo assim argumentou:

Realço que agride a essência do instituto da prescrição a compreensão de que apenas por adoção de interpretação literal do art. 112, inc. I do CP se possa ignorar que o que ela sanciona é uma inércia atribuída única exclusivamente ao Estado no desempenho do *jus puniendi*.

Ainda que haja por parte do titular da ação penal uma conformidade com o advento de uma sentença condenatória em primeiro grau, isso não implica que o Estado parou de agir, quedando-se inerte quanto à execução dessa pena aplicada na sentença, se o que pende para o início da referida execução é uma série de recursos interpostos pela defesa, aos quais apenas cabe ao titular da ação penal contrarrazoar.

Os discursos de superação dos limites do texto legal apregoam um poder de correção da norma por parte do intérprete aplicador. O que mais chama atenção na argumentação do julgado acima é justamente a crença na função judicial como um veiculador da justiça que não precisa seguir o que esteja estabelecido na legislação. Ainda que não aponte especificamente e expressamente o nome dos autores representantes do chamado pós-positivismo, nem este julgado em especial trate de criticar o Positivismo Jurídico, é possível extrair da análise discursiva a influência do pós-positivismo.

No recurso extraordinário, ventila-se artificialmente questão constitucional invocando a necessidade de interpretação conforme à Constituição para harmonizar o art. 112, I, do Código Penal, com o interesse público social. Aponta-se no recurso que após o julgamento do habeas corpus nº 84.078 de Minas Gerais, julgado perante o STF, ao concluir este Tribunal que a execução da pena exige trânsito em julgado – o que deve ocorrer para ambas as partes – não seria possível aceitar o trânsito em julgado somente para a acusação, na forma do art. 112.

O argumento invoca um precedente que não possui relação com o texto do art. 112 e decorre de conformação constitucional da presunção de inocência com dispositivos e decisões que pretendem execução antecipada da pena imposta. Seja como for, nem mesmo sob a luz de um autor que prega a existência de princípios ao lado das regras, e mesmo que defende a

possibilidade da correção interpretativa do Direito pelo aplicador, fundamentaria este ato antidemocrático. A controvérsia colocada em sede de repercussão geral em recurso extraordinário não deveria sequer ser pauta de julgamento, pois não há divergência interpretativa e nem mesmo a invocação de um conflito com o texto constitucional. O que se tenta fazer consiste em um controle de conveniência e conformação política.

Ao não aceitar os termos legais, diz-se que, na decisão:

Se a execução da pena não se consubstancia, não é porque o Estado está inerte a ponto de incidir a prescrição, mas sim porque foi dado à defesa o direito de recorrer, sendo na verdade jurídica, moral e lógica, que apenas o trânsito em julgado para ambas as partes dê início à contagem de prazo prescricional sobre a inércia do Estado, aí sim, em executar pena transitada em julgado.

Mesmo para Radbruch, em sua famosa fórmula, não há autorização para que a legislação tida por inconveniente e que os juízes com ela não concordassem pudessem afastar seu teor literal para aplicação do que entendem mais justo. Isto porque, mesmo para Radbruch, apenas o direito em extrema injustiça perde a sua validade ou característica de Direito, e não qualquer injustiça²⁵.

Da mesma forma, Robert Alexy, para quem a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral e quem sistematiza a fórmula de Radbruch em sua teoria da argumentação jurídica, apresenta critérios de avaliação do discurso em sede de decisão judicial a partir da exigência de respeito a uma carga argumentativa por ele disposta mediante requisitos discursivos. De fato, Alexy permite em situações especiais e excepcionais a violação dos limites literais do texto, o que é encampado pela decisão analisada.

Por outro lado, conforme explicado por um dos mais expressivos discípulos de Alexy e adepto de sua teoria argumentativa, Martin Borowski²⁶, após expor os critérios de validade do Direito que, segundo ele, são adotados pelos positivistas, argumenta que

Los conceptos del Derecho defendidos por los positivistas pueden y deben restringirse a estos dos criterios de validez. Sólo quien defiende

²⁵ RADBRUCH, 1997.

²⁶ BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 166.

um concepto de validez no positivista debe aplicar el tercer criterio, es decir, el criterio de la corrección material da norma. Una norma es correcta materialmente, cuando está justificada desde el punto de vista moral. Los no positivistas por lo general no exigen una completa corrección material, sino sólo, que no se traspase um determinado umbral de injusticia.

Afastando-se de intepretações por subsunção, Alexy elenca alguns desafios próprios da decisão judicial, tais quais: 1) a vagueza de determinadas disposições legais 2) a antinomia entre normas 3) a lacuna jurídica e 4) a possibilidade de decidir, em casos especiais, contra o teor literal da lei²⁷. A teoria de Alexy recebe as críticas de Manuel Atienza, que aponta tanto contradições conceituais como o fato de que, “*tanto la argumentación judicial como la argumentación dogmática tene que darse dentro del marco que fija el Derecho positivo.*”²⁸.

Porém, a crítica a que se pode fazer ao permissivo de Alexy para com o respeito ao teor literal da lei não implica em ignorar que o autor tenta fornecer requisitos para que isto não ocorra de uma forma não arbitrária. Alexy é claro ao impor um maior peso às decisões nas quais se argumenta a favor da aplicação da norma em respeito ao seu teor literal e à soberania do legislador. Assim como Radbruch, é somente o direito extremamente injusto e irracional que permite a quebra de sua literalidade. Segundo Alexy²⁹:

Para asegurar la vinculación de esta discusión con el Derecho vigente, hay que exigir que los argumentos que expresan una vinculación tengan *prima facie* un mayor peso. Si un proponente (P) apela, en favor de su propuesta de solución, al tenor literal o a la voluntad del legislador histórico, y el oponente (O) en cambio aduce un fin racional en favor de una propuesta de solución divergente, entonces los argumentos de P deben prevalecer, a no ser que O pueda aducir no sólo buenas razones em favor de sus afirmaciones, sino también buenas razones en favor de que sus argumentos son más fuertes que los de P. En la duda, tienen preferencia las razones de P. La siguiente regla de carga de la prueba en la argumentación rige por tanto como regla pragmática.

Nesse sentido, ainda que a decisão que afasta o teor literal da lei, como no caso de não aplicação do disposto no art. 112, inciso I do Código Penal, pretenda seguir critérios que permitam uma correção interpretativa, aos moldes

²⁷ ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Trad. Manued. Peru: Palestra Editores SAC, 2007. p. 28.

²⁸ ATIENZA, M. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 193–194.

²⁹ ALEXY, 2007, p. 342.

de Alexy, não basta simplesmente alegar que o teor literal não deve ser aplicado ou mesmo que a sua aplicação é injusta ou inconveniente. Somente razões especiais e excepcionais poderiam afastar o teor literal da norma, o que não aparece no caso julgado, vulnerando o Estado de Direito.

Conclusão

A tema prescrição penal desperta a atenção para um intenso debate acerca das finalidades do direito e sua efetividade. Embora possa ser apontado por alguns como indesejada impunidade, o longo transpassar de anos sem reposta penal, quando o sujeito já possui uma vida fora da criminalidade, pode gerar os indesejados efeitos contrários aos fins ressocializadores, que consistem na convivência com outros criminosos no cárcere e uma dessocialização.

O legislador brasileiro fez uma opção pela prescrição e no caso da extinção de pretensão executória da pena, decidiu que seu marco inicial ocorre com o trânsito em julgado somente para o órgão de acusação. Essa opção legislativa não viola qualquer dispositivo Constitucional e deve ser respeitada, sob pena de violação ao Estado de Direito. Aqueles que com o dispositivo não concordarem têm sempre a opção de levar a questão ao crivo do debate político, apresentando projeto de lei ou votando em quem encampe esta bandeira.

Discordância acerca das finalidades político-criminais são sempre saudáveis e o debate é válido no âmbito acadêmico e perante as casas legislativas. Problema surge quando aqueles que por simples discordância, preferem não aplicar o instituto quando possuem uma responsabilidade judicial de decidir de acordo com a norma. Não se desconhece que a decisão judicial é trabalho complexo e muitas vezes a lei apresenta lacunas ou vagueza que necessitam de recursos adicionais par aplicação.

O caso do art. 112, I do Código Penal não apresenta dificuldade na compreensão da norma, mas polêmica instaurada por resistência contra o que diz o texto. Os argumentos expostos nas decisões judiciais e aceitos como relevantes a ponto de pautarem um julgamento com repercussão geral em recurso extraordinário, no STF, violam até mesmo as regras de argumentação dos críticos do legalismo, como Robert Alexy, que como acima transcrito, exige

o enfrentamento do peso do teor literal da lei, mesmo admitindo em situações excepcionais a violação destes limites.

Essa compreensão dos requisitos de argumentação são ignorados por aqueles que encampam a superação do positivismo compreendido em sua versão legalista e não respeitam a necessidade de argumentação de excepcionalidade de se afastar o texto legal, exigida por Alexy. É o que se vê na pauta de julgamento no recurso extraordinário 848.107.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Trad. Manued. Peru: Palestra Editores SAC, 2007.

ARAÚJO, C. P. de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

ATIENZA, M. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAMARGO, A. L. C. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

COELHO, E. M. **Prescrição penal como limite ao poder-dever punitivo estatal**. [S. l.], 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4185/371372511>. Acesso em: 2 maio 2021.

DIMOULIS, D. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, R. The model of rule. **University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 35, 1967.

KELSEN, H. Was ist juristischer Positivismus. **JuristenZeitung**, [s. l.], v. 15–16, p. 465–469, 1965.

LESLIE GREEN. **Legal positivism**. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-positivism>. Acesso em: 20 jan. 2019.

MARTINS FILHO, F. A. **Jurisdição e democracia: contribuições à compreensão dos limites ao poder de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MATEOS, J. A. S. **La filosofía moral de Hans Kelsen**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: G.C gráfica de Coimbra Ltda, 1997.

RAZ, J. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. **Oxford Journal of Legal studies**, [s. l.], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999873. Acesso em: 12 jan. 2019.

RAZ, J. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press Inc, 1979.

ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito**. Trad. Dieged. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. Trad. Luísed. São Paulo: Renovar, 2006.

SANTOS, C. J.; CPF:12533429899;
[HTTP://BUSCATEXTUAL.CNPQ.BR/BUSCATEXTUAL/VISUALIZACV.DO?ID=K4227462D0](http://BUSCATEXTUAL.CNPQ.BR/BUSCATEXTUAL/VISUALIZACV.DO?ID=K4227462D0). A prescrição penal como fator criminógeno: possibilidade e necessidade de reformas no sistema jurídico-criminal brasileiro. [s. l.], 2008. Disponível em: <http://tede2.pucsp.br/tede/handle/handle/8387>. Acesso em: 2 maio 2021.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FILOSOFIA E TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. [S. l.: s. n.], 2009.