

Supremo Tribunal Federal errou no prazo dos embargos no mensalão

O julgamento do mensalão foi, sem sombra de dúvidas, o mais comentado, observado, questionado e, portanto, sujeito a juízos de valor que se tem notícia na história recente da República. Em verdade, parece não ter havido episódio da vida jurídica nacional que tenha tido semelhante repercussão e gerado tantas opiniões (ora qualificadas, ora emitidas por diversos segmentos sociais que pouco ou nada entendem de questões tão complexas quanto as lá abordadas — o que acaba por ser muito perigoso).

A pouca intimidade da dogmática jurídica com alguns institutos e formulações mais sofisticadas ficou evidente quando se tratou da tese do “Domínio do Fato”, das “Organizações Criminosas” e outros temas que exigiam maior reflexão e base teórica. Passado tudo isso e em vias de publicação do acórdão, tem-se que não mais há espaço para controvérsias ou divergências. Esperávamos que assim fosse, no entanto, é imperativo que se atente para a o fato de que a vigília pelo resguardo das garantias fundamentais (em especial a da ampla defesa) ainda não terminou.

Basta ver que, com a publicação do acórdão, se abrirá o prazo para recursos e é aí que já se desenha a problemática que um eventual trato raso e dogmático pode gerar. Qual seria o prazo para a interposição de embargos de declaração? Uma pergunta aparentemente simples, já que embargos de declaração são interpostos todos os dias nos tribunais superiores e cuja resposta pode, em tese, ser facilmente encontrada no texto normativo próprio. No caso, o artigo 337, parágrafo 1º, do Regimento Interno do STF, diploma normativo aplicável^[1], ao tratar a questão, disciplina o seguinte:

Artigo 337. Cabem embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas.

parágrafo 1º Os embargos declaratórios serão interpostos no prazo de cinco dias.

Neste caso, uma pergunta aparentemente simples, mas que em verdade mostra-se complexa, se for respondida de forma igualmente simplificada, corre sério risco de gerar irreversível desrespeito à Constituição e aos direitos fundamentais. Nessa toada, com todo o respeito à trajetória e à posição ocupada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, (a crítica é puramente acadêmica), o raciocínio elaborado para responder à petição 9.990/2013, em que um dos réus requer a concessão de prazo de 30 dias para a eventual oposição dos referidos embargos demonstra a inabilidade de se compreender a complexidade da questão, ou mesmo o afloramento das pré-compreensões do intérprete, tão danosas à normatividade constitucional, exatamente por entregarem poder ao juiz e não ao ordenamento.

A negativa se deu nos [seguintes termos](#):

“Os votos proferidos quando do julgamento da AP 470 foram amplamente divulgados e, inclusive, transmitidos pela TV Justiça. Além disso, todos os interessados no conteúdo das sessões públicas de julgamento, em especial os réus e seus advogados, puderam assisti-las pessoalmente no Plenário desta corte.

Disso decorre a inegável conclusão de que, embora o acórdão ainda não tenha sido publicado, o seu conteúdo já é do conhecimento de todos.

Noutras palavras, as partes que eventualmente pretendam opor embargos de declaração já poderiam tê-los preparado (ou iniciado a sua preparação) desde o final do ano passado, quando o julgamento se encerrou.”

Ora, o fato de o julgamento ter sido público (como é a regra) seria suficiente para garantir maior controle sobre eventual omissão, contradição ou obscuridade na decisão? De se lembrar que tal análise é feita a partir do texto do acórdão, resultante da conjugação de todos os votos proferidos pelos demais integrantes da corte. De que maneira admitir que a exposição oral das motivações possua o condão de vencer problemas na interpretação de um texto que sequer foi escrito? Nesse sentido, obscuridades, omissões e contradições somente podem ser analisadas, amiúde, diante do texto do acórdão. E, mais ainda, não se pode esquecer as mínimas lições de semiótica e semiologia (para falar no menos), pois, por vezes, uma vírgula fora do lugar pode gerar prejuízos irreparáveis. Aqui, as implicaturas de *Grice* – semioticista norte-americano – poderiam (e por certo, serão) absolutamente relevantes para entender texto e contexto, modos de uso, gramaticalidades, etc. Mas, para tanto, é necessário ler o texto. Não basta ver e ouvir...

Observe-se, ademais, desde logo, que o presidente do STF, relator da AP 470, ao negar o prazo de 30 dias, sequer se ateu ao Regimento Interno, na especificidade.

De todo modo, parece que a única resposta que trilha o caminho para se chegar à “solução” encontrada é a equiparação entre tudo o que foi dito na sessão de julgamento e o acórdão, vedando qualquer tipo de interpretação, como se isso fosse possível.

Em verdade, é esse anseio positivista (frustrado) de antecipação das respostas às perguntas que enseja equiparações que desprezam as especificidades do caso concreto e levam a conclusões precipitadas. Seria a AP 470 um caso trivial a ser respondido com tanta simplicidade (no melhor sentido da palavra)? Bastaria a mera subsunção ao texto normativo para dizer o prazo do recurso (na verdade, nem se trataria de mera subsunção, uma vez que a argumentação da negativa ateu à faticidade que circundou a AP 470, no caso, a transmissão pela TV e a presença dos advogados aos atos).

Debate antigo

Um das questões mais antigas no campo do direito é a discussão da relação “lei-direito”. Essa discussão se renova durante os dois milênios que se seguiram, chegando aos nossos dias com a mesma intensidade. Podemos nos surpreender, mas o cotidiano das práticas jurídicas nos mostra como essa equação “lei-direito” ainda não foi resolvida. No direito, devemos lembrar que essa relação “texto-norma” foi trabalhada de forma originária por Friedrich Müller, secundado, no Brasil, por Eros Grau e, com um viés mais hermenêutico (filosófico), por Lenio Streck, que, de forma também originária, trouxe para o interior do problema o conceito de diferença ontológica de Heidegger.

Não é difícil perceber a quantidade de vezes em que juízes e tribunais apegam-se à “letra da lei”, como que a repetir a máxima do exegetismo francês “juiz boca da lei”. Por exemplo, para negar a possibilidade de pena abaixo do mínimo, o STJ se apegava à “pura normatividade” (sic). Por outro lado, há inúmeras hipóteses em que juízes e tribunais chegam ao ponto de ignorar totalmente a aludida “letra da lei” (como já ocorreu na própria AP 470). Streck^[2] denuncia, com razão, privilegiado exemplo disso ao criticar decisão do STJ que nega a aplicação da “letra” do artigo 212 do Código de Processo penal). O problema, portanto, está nas duas “pontas” do fenômeno.

Esse problema remonta ao século XIX e ao surgimento positivismo, nas suas formas exegetica (França), jurisprudência dos conceitos (Alemanha) e jurisprudência analítica (Inglaterra). O que havia em comum nesses três tipos de positivismo que atravessaram o século XIX? A resposta é simples: a tese de que o direito cabia na lei. Texto e norma se equivaliam para aquele primitivo positivismo. Na dimensão sintática da lei deveria estar abrangida toda e qualquer futura hipótese de aplicação. Os conceitos deveriam abarcar todas as hipóteses fáticas, passadas, presentes e futuras. ^[3]

No século XX, sob as mais diversas formas e fórmulas, ocorreu —ainda que não totalmente— a superação do positivismo (legalista). A questão fulcral, para sermos singelos, sempre esteve na busca da resposta a essas perguntas: qual é a relação entre lei e direito? O direito é igual à lei ou vice-versa?

O caso e os prazos

Assimilando diferença hermenêutica entre “as coisas” (a faticidade) e palavras, tem-se que o direito —em sua complexidade— não cabe na lei, eis que esta não consegue abarcar todas as hipóteses de sua aplicação. Como na psicanálise, sempre fica algo de fora do conceito, dos significantes e dos significados. As palavras não refletem a essência das coisas (paradigma essencialista), como bem ilustra Lenio Streck^[4]. E isso quer dizer, também, que a pretensão do século XIX —de aprisionar o direito na lei— foi derrotada pelo avanço do paradigma da linguagem. Clara demonstração disso é o exemplo de Recaséns Siches (embora um positivista, seu exemplo ajuda na elucidação da questão). Se existisse uma lei que estabelecesse a proibição de levar cães na plataforma do trem, ela seria posta em xeque pelo primeiro cego que chegasse com seu cão-guia.

Assim, imperioso constatar que a impossibilidade da lei abarcar todos os casos concretos decorre do fato de que esta apenas ganha normatividade no caso concreto e não o contrário, o que se dá exatamente em razão do juízo de validade da norma ser sempre um juízo antecipador, sempre limitado historicamente.^[5] Exatamente por restarmos limitados pela história efetual é que não temos o juízo completo sobre a norma, e não pela impossibilidade de uma norma abarcar todas as hipóteses de aplicação, o que ocorre exatamente em razão da limitação gerada pela história efetual. Assim, a lei, a regra, simbolicamente retrata (um)a realidade. Só que a linguagem que a constrói jamais consegue alcançar a complexidade fática, histórica e irrepitível do real. No caso da lei que proíbe cães, há um sem número de situações não abarcadas pela semântica legal da regra, a começar por uma criança carregando seu filhote de cãozinho (não perigoso e devidamente acondicionado). Streck^[6] também problematiza esse exemplo: se a lei proíbe cães, os ursos estariam permitidos? Mas, se fizermos uma “interpretação extensiva” da lei, colocando no lugar de cães a expressão “animais perigosos”, ainda diante de um infundável universo: existe um catálogo que abrange todos os animais perigosos? A quem cabe(ria) definir o sentido de “animal perigoso” (se se considerasse possível a atribuição de um sentido *a priori*)?

Portanto, a “hipótese do cego”, ao contrário do que se pode pensar, não arruína a semântica da lei. Na verdade, enriquece-a. E a cada novo fenômeno não abarcado pela lei, o intérprete será chamado para fazer uma “atualização” hermenêutica, uma atribuição de sentido ao texto. Este é o “paradoxo” que enriquece a hermenêutica jurídica.

No caso em pauta, temos que o Julgamento da Ação Penal 470 resultará na elaboração de um acórdão com volume proporcional à complexidade do processo e será reflexo dos mais de 230 volumes e 500 apensos, os quais somam cerca de 50,5 mil laudas, e que paralisou a pauta do STF por 4 meses e meio em que exclusivamente debruçou-se sobre a questão, totalizando 53 sessões plenárias da mais alta corte do país.

Para sermos mais claros: entender que o prazo para a oposição de embargos de declaração na AP 470 é o mesmo (5 dias) de todas as causas cujas decisões geraram acórdãos muito menos complexos e extensos, implica ignorar a impossibilidade de garantir a detida análise, muito provavelmente sequer a leitura integral, do texto do acórdão (e indispensável para assegurar o direito de defesa) em tão exíguo lapso temporal. Do mesmo modo, como entender que a circunstância de o julgamento ser transmitido pela TV servir de obstáculo à concessão de um prazo mais dilatado para o exame da decisão de tão complexo caso?

Tal qual a “hipótese do cego” no exemplo de Siches, em decorrência da limitação histórica inescapável, nenhum regimento interno do mundo seria capaz de prever que uma Ação Penal pudesse gerar uma decisão tão extensa e complexa, e que exigisse a concessão de prazo recursal diverso do ordinário, da regra geral, como forma de assegurar aos réus a garantia da ampla defesa, o que é mais um claro exemplo de que a essência das coisas não está contida nas palavras. O direito, efetivamente, como salienta Streck, não cabe na lei. É sempre maior do que ela (ou que o regimento). É, também, uma clara demonstração da importância dos princípios para o Direito contemporâneo, especificamente na sua função de trazer o “mundo prático” para a práxis jurídica. É o que se espera de uma Suprema Corte que tenha por missão ser guardiã da Constituição, ou seja, defender os princípios lá postos, garantias últimas do Estado Democrático de Direito. Eis, pois, o “cão-guia” que se apresenta ao STF para que o mesmo

compreenda e assimile a necessidade de uma interpretação Conforme a Lei Maior.

De se anotar que, no tocante à controvérsia acerca dos embargos (de declaração e infringentes), precisa é a lição de Streck ao explicitar que

(...) são, de algum modo, uma maneira do sistema responder a decisões arbitrárias proferidas pelo judiciário (afinal, um sentença omissa, obscura ou contraditória pode ser considerada arbitrária, pois não? Uma vez que mal fundamentada...). No caso dos embargos infringentes — principalmente naquele caso em que a previsão, legislativa ou regimental, tem por característica possibilitar ao réu de processo penal uma espécie de novo julgamento — o que se tem é a "desconfiança" quanto à legitimidade daquele acórdão exarado da autoridade estatal. E, por vezes, com toda a razão, mormente quando a decisão guerreada viola direitos fundamentais do acusado. Nestes casos, não há como se negar o direito à revisão dos equívocos, pela simples razão de que se está diante de violação de regras atinentes ao devido processo legal e à questão da definição acerca do conceito de prova. Isso funciona como qualquer questão de inconstitucionalidade, ou seja, é, por assim dizer, “uma questão de ordem pública”, com uma dose de substancialidade que supera o aspecto procedimental (relembro, aqui, o debate que faço com as posturas procedimentalistas em *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*). Nesse sentido, minha discussão antiga acerca do papel dos predadores internos e externos do Direito, em que os embargos acabam sendo, vistos em sentido lato, lamentavelmente um mal necessário. E, de fato, o são. Ruim com eles, o caos sem eles. Por que isso é assim? A crítica do Direito vem se debruçando sobre isso.

Como bem disse o autor, “ruim com eles [os embargos], caos sem eles”, principalmente quando se trata de estar em jogo direitos de liberdade. E volta-se sempre ao debate “substancialismo *versus* procedimentalismo”. Nesse sentido, acrescentamos: quantas prisões são estendidas no tempo sob o argumento de que “o processo é complexo, vários réus, etc”? E em nenhum dispositivo do CPP está escrito o número de dias que esse prazo possa ser espichado. São os tribunais que “arbitram” a extensão do prazo. Ou seja, se o argumento da complexidade da causa faz com que seja possível até mesmo relativizar e ampliar o prazo de prisões cautelares (e isso a dogmática assenta de maneira implacável); se até se falou na possibilidade de relativização de garantias penais nas modalidades delitivas que envolvem complexas “organizações criminosas”, não deveria o caso penal mais complexo dos últimos tempos ser capaz de possibilitar a elasticidade do prazo recursal para além do regular? E, atenção: nem se trata de um recurso *stricto sensu*: trata-se de um mecanismo para aclarar eventuais obscuridades, omissões ou contradições. E, convenhamos, em um acórdão com milhares de páginas, parece razoável admitir que alguns votos contenham algumas omissões ou ambiguidades.

Importante frisar, por fim, que não se trata de relativização no sentido de retirar normatividade do Direito e atribuir poder discricionário/arbitrário ao magistrado, mas de que este atue na sua inegável função de construtor da norma, de modo que esta dê a maior eficácia e efetividade possível à Constituição e suas garantias principiológicas, exatamente para que se chegue a resposta de que independentemente da extensão do acórdão e do que esteja posto em específica regra processual, as garantias traduzidas nos princípios do devido processo legal e da ampla defesa serão observadas. Afinal, como foi propalado várias vezes durante as sessões do julgamento da AP 470, “um caso extraordinário

merece tratamento extraordinário”. Nesse aspecto, não se está aqui a tentar realizar um escapismo com relação à imposição do prazo legal dos embargos. Pelo contrário, está-se a afirmar a legalidade constitucional. Isso porque a efetivação dos direitos fundamentais dos acusados, neste caso em específico, permite realizar uma *interpretação conforme a Constituição*, estabelecendo-se, para o caso, uma dilação do prazo, vez que imperioso para a efetivação da garantia da ampla defesa dos acusados.

Fazer o contrário, ou seja, dizer que respeitando o prazo posto na regra infraconstitucional para todo e qualquer caso (RISTF) ou usar o argumento fático de que a TV transmitiu tudo e os advogados estavam presentes, é o mesmo que se afirmar que uma prescrição legal dá sentido a uma garantia constitucional, o que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que interpretar a Constituição por meio da Regimento Interno.

Portanto, a pergunta que deve ser respondida é: o prazo ordinário posto no regramento infraconstitucional para a oposição de embargos declaratórios, em face da complexidade da AP 470 e suas especificidades, contempla em seu bojo os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal? Para um garantista a resposta parece evidente...

[1] Há quem entenda ser cabível o prazo de 2 dias do art. 619, CPP. Embora tal entendimento em nada afete (ao contrário, só reforça) o raciocínio desenvolvido, entende-se superada a questão nos termos da “AP 361 ED / SC – SANTA CATARINA MB.DECL.NA AÇÃO PENAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO – RECURSO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PRAZO – AÇÃO PENAL DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A oportunidade dos embargos declaratórios voltados à integração de decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em processo revelador de ação penal da respectiva competência originária, é de cinco dias, resolvendo-se o conflito de normas no espaço pelo critério da especialidade, sendo aplicável o artigo 337, § 1º, do Regimento Interno, e não o artigo 619 do Código de Processo Penal”.

[2] STRECK, Lenio Luiz. TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. “*O que é isto? As Garantias Processuais Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

[3] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2011; do mesmo autor, “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista” disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>

[4] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

[5] STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista” disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>

[6] STRECK, Lenio Luiz. “Os Perigos do neopetencostalismo jurídico – parte II” disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-26/senso-incomum-perigos-neopentecostalismo-juridico-parte-ii>

Date Created

27/03/2013