Streck: Ao reescrever o art. 316, STF torna preventiva sem prazo

O título é complexo e será mais facilmente compreendido no decorrer do artigo. O número de caracteres do título é limitado.

Ao trabalho. Chesterton dizia que toda civilização decai quando esquece das coisas óbvias. É por isso que definiu seu *Ortodoxia* como uma "obtusa aventura em busca do óbvio".

Por que começo este texto, mais um, com essa referência?

Há algumas felizes coincidências aí. Ou infelizes, talvez. Vejamos por que começo com um autor conservador como Chesterton.

Parece pacífico que, no julgamento da semana passada, o STF reescreveu — e temos de dar nome certo para as coisas — o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal. Sim, porque é disso que se trata. É óbvio.

Não é óbvio? Vamos ao texto.

"Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."

Decretada a prisão preventiva. Passados 90 dias. O órgão emissor não revisou a necessidade de sua manutenção mediante decisão fundamentada. A sanção: a prisão é ilegal.

Já vimos esse filme no caso do artigo 283 do CPP (presunção da inocência). Um *easy case* se torna um *hard case* e, ao final, um *tragic case* hermenêutico.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aparentemente, a decisão do STF se vale do velho instrumentalismo. E foi consequencialista. Para resolver um problema, o STF criou um outro enorme. Atirou fora a água suja com a criança junto.

Avaliemos as consequências, portanto: quais são as consequências para a institucionalidade no país, para a tradição da democracia, quando o Direito é simplesmente um instrumento? Quando a lei (não) importa?

Ora, é muito simples: você pode até gostar que este ou aquele réu tenha sido preso. Mas que garantia você terá de que o intérprete-juiz vai concordar casuisticamente com seu juízo subjetivo em cada caso? E quando a lei mandar prender e o juiz decidir soltar? E quando a instrumentalidade das formas for contra você?

Esse é o ponto fulcral. Numa democracia, aplica-se a lei, a menos que seja inconstitucional. Ponto. Não é questão de opinião. Não é questão de conveniência. É questão de princípio. *Arché*! Ou vira *anarché* . Isso é muito maior do que esse habeas corpus de agora: é sobre o que esperamos de uma Suprema Corte. E, por isso, procuro exercer, aqui, o papel questionador próprio da doutrina. Com respeito, mas com contundência acadêmica. E sei que o STF compreende a necessidade desse diálogo.

O *Estadão* definiu maravilhosamente em editorial a questão exsurgente do julgamento: *O Supremo não é legislador*. Diz o *Estadão,* conservador como Chesterton*:*

“como guardião da Constituição, em vez de flexibilizar o disposto na Lei 13.964/2019, o Supremo deveria ter exigido o mais estrito cumprimento da lei – em respeito ao Legislativo e em respeito à liberdade protegida pela lei. Corte constitucional não redige lei.”

Óbvio, não?

De todo modo, impressiona, em setores da doutrina, que haja quem, pensando ter descoberto a roda, olhe para isso e diga “a-há, quer dizer então que juízes são autômatos que só reproduzem os textos sem interpretá-los?” O juiz agora é ‘boca da lei’?” ou “Maximiliano já dizia que não se pode usar filologia” e coisas desse tipo. Como se já não tivéssemos superado a vetusta discussão “juiz boca da lei versus voluntarismo” e quejandos. E como se não existissem limites interpretativo e aquilo que se chama de “significados convencionais minimamente subsistentes”. Ou é feio fazer sinonímias na democracia? Textos importam. E muito. Como alerta Müller, *Die texten können zurück schlagen* (os textos podem [um dia] revidar — acrescentei “um dia”).

De novo, o óbvio1: não, não se trata de voltar ao século XIX. (E não, ‘aplicar a letra da lei’ não é positivismo. Nada a ver. Essa frase só é dita por quem não sabe o conceito de positivismo).

Trata-se tão simples, básica e obviamente de se exigir que cada um cumpra sua função: Parlamento legisla, Judiciário interpreta e aplica (e não há uma coisa sem a outra). O ponto é que quem interpreta uma bicicleta jamais poderá dizer que se trata de um carro. Volto ao Chesterton:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

"Se você desenha uma girafa, deve desenhá-la de pescoço comprido. Se, dentro do seu método criativo arrojado, você se julgar livre para desenhar uma girafa de pescoço curto, de fato descobrirá que não está livre para desenhar uma girafa."

Por que eu disse que era interessante começar com um conservador? Porque há ainda outros que pensam descobrir a roda (ao verem um quadrado) e dizem que isso é ser "de esquerda". Claro: é totalmente "de esquerda" pedir a aplicação da lei. "Jenial". O que diria Scalia, um conservador originalista nos EUA? Scalia é de esquerda… Amy Garret também…

E sabem o que é pior? Nada disso teria acontecido se não fosse exatamente o que se tenta trazer como fundamento agora: consequencialismos, "voz das ruas" etc. Porque a lei teria sido aplicada como deve ser. Aliás, como escrevi no Conjur, tanto a *mens legislatoris* como a *mens legis*[2] são muito objetivas, impedindo que o intérprete diga o contrário daquilo que ficou explícito na aprovação da lei.

É isso. A "solução" é exatamente o que criou o problema em primeiro lugar. E assim vamos, com a doutrina fazendo compêndios de jurisprudência. O sistema tenta sobreviver insistindo na doença. Lamento: imunidade de rebanho é uma ficção.

Uma girafa sempre tem pescoço comprido. Você pode interpretar como quiser. Mas não diga que a girafa é um tigre.

Numa palavra final:
O STF, ao reescrever o parágrafo único, criou mais um problema, pelo qual, a partir de agora, a prisão cautelar pode ser infinita, desde que renovada a cada 90 dias. Alguém se deu conta disso? A cada habeas corpus pela falta de fundamentação (ratificação), *o juiz será avisado para que diga se deve ou não o paciente permanecer preso*. Mais: liminar em HC com fundamento na falta de fundamentação nos 90 dias já não haverá. Por que? Porque tem de primeiro, consultar o juiz, que dará vista ao MP. E a liminar? Já será outra coisa.

No fundo, o HC, com fundamento na não renovação nos 90 dias, será decidido pela própria autoridade coatora, porque, ao ser instada a falar da "ratificação", já saberá os argumentos da defesa. E também o MP saberá. Como não há limite de rerratificações, a prisão não prazo de término. O STF tirou a sanção de ilegalidade, ao reescrever o parágrafo.

Assim, o prazo de prisão, que já foi – de forma duramente construída doutrinariamente – de 81 dias, passou, depois, para 169 e, agora, é infinito.

Na prática, o STF reescreveu um parágrafo e criou um outro artigo no CPP, pelo qual *fica abolido o argumento do excesso de prazo*. Eis o pescoço curto da girafa.

---

1 Darcy Ribeiro dizia: Deus é tão treteiro, faz as coisas tão recônditas e sofisticadas que ainda precisamos dessa classe de gente, os cientistas, *para desvelar as obviedades do óbvio*!

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

2 Explico aqui e coloco uma retranca contra eventuais críticas ao uso dessa “metodologia”: https://www.conjur.com.br/2020-out-13/streck-mens-legislatoris-mens-legis-dao-razao-marco-aurelio

Date Created
19/10/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.