

Trabalho de Conclusão de Curso

Lucas Nicholas Santos de Souza

**UMA DESCONSTRUÇÃO DOS DISCURSOS DE ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA: POR UMA ÉTICA JUDICIAL
CONSTITUCIONAL**

Florianópolis

2017



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Direito

Lucas Nicholas Santos de Souza

**UMA DESCONSTRUÇÃO DOS DISCURSOS DE ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA: POR UMA ÉTICA JUDICIAL
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Luana Renostro Heinen
Coorientadora: Profa. Me. Fernanda Mambrini
Rudolfo

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra

A ficha de identificação é elaborada pelo próprio autor.

Orientações em:

<http://portalbu.ufsc.br/ficha>



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho Conclusão de Curso, intitulado “**Uma desconstrução dos discursos de ordem pública como fundamentos da prisão preventiva: por uma ética judicial constitucional**”, elaborado pelo acadêmico **Lucas Nicholas Santos de Souza**, defendido em 29/11/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 001/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de novembro de 2017.

Luana Renosto Heinen
Professora Orientador

Fernanda Mambrini Rudolfo
Professora Coorientadora

Daniela Queila dos Santos Bornin
Membro da Banca

Thiago Yukio Guenka Campos
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Entre linhas e linhas de frieza teórica, venho buscar palavras para agradecer a todos que, direta ou indiretamente, expressam um verdadeiro significado à minha vida – a vocês dedico este trabalho.

Aos meus pais, Jaqueline Silveira dos Santos Souza e Elton de Souza. Ela, por ser a mais preciosa mãe que a vida poderia conceber – seus valiosos ensinamentos carregarei para sempre. Ele, por reunir inimaginavelmente as qualidades de ser um pai – se um dia eu for um, guardarei seu exemplo. Ambos, por proporcionar tudo aquilo que as palavras não dão conta em descrever. Ironicamente, oculto-me na ausência de palavras para dizer-lhes o que com elas nunca poderia expressar. Se mil vidas tivesse, mil e uma por vocês eu daria.

À Banda Lugal: Cabelo, Doda, Douglas e Mike, por todos os acordes, todos os shows e todos os risos em todos os ensaios. Não seria música sem vocês!

Às duas “candangas”, Bruna de Oliveira da Silva e Ludymilla Kuhnen, por todos os momentos de alegria e de amizade compartilhados dentro e fora da sala de aula; sobretudo, por ensinarem que a vida é séria, mas nem tanto. O que a amizade une, o diploma não separa!

Ao homônimo, Lucas Nicolau Guimarães, cujo nome faz questionar a efetiva existência da coincidência, por ser o amigo e o irmão, mas, além disso, o suporte que me manteve em pé até quando os trancos eram maiores que os barrancos – “Agora vai!”.

À Graziela Brasil Machado, pelo apoio à finalização deste Trabalho; mas, sobretudo, pela amizade única que ultrapassa as barreiras de tempo e espaço; alguém que está lá por mim, até quando eu lá não estou – “te vejo na Defensoria!”.

Ao D’artagnan Camargo Martins, pertencente aquele seletto conjunto de pessoas que, pelo simples fato de existir, já merecem todo o respeito e admiração do mundo. Grande responsável pela minha iniciação na pesquisa acadêmica. “Se eu me comprometo em estudar tudo o que deixei de lado? Acho que sim!”. Tenha certeza que serás lembrado a cada nova conquista – “acho que estou criando um monstro!”.

À minha orientadora, Fernanda Mambrini Rudolfo, a personificação da luta pela efetivação dos direitos, pela orientação neste Trabalho, por todos os ensinamentos durante o estágio e, sobretudo, por me fazer sentir, realmente, o que é “ser” Defensoria Pública – “Sangue verde na veia!”.

À Prof^ª. Dra. Luana Renostro Heinen, pela orientação: profissional ímpar cuja imagem, desde já, é um horizonte à minha pretensa carreira acadêmica.

Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.
Livro dos Conselhos
(José Saramago, 1995)

RESUMO

A prisão preventiva é um instituto cautelar destinado à tutela do regular andamento do processo e de seu fim útil. O art. 312 do Código de Processo Penal introduz o “risco à ordem pública” como fundamento à decretação da prisão preventiva. Ao contrário das outras hipóteses, a “ordem pública” não se adequa ao caráter endoprocessual inerente à medida preventiva, já que objetiva efeitos para fora do processo. Ademais, há certo consenso entre os teóricos do direito processual penal em apontar a “ordem pública” como um conceito semanticamente indeterminado, o que, em tese, concederia muita liberdade ao julgador no momento da decisão. Em razão de sua vagueza, os teóricos e a jurisprudência buscam apontar alguns discursos destinados à segregação cautelar do sujeito, tais como: “credibilidade das instituições”, “risco de reiteração criminosa”, “gravidade do delito”, “necessidade de frear a escalada de crimes”, etc. Não por acaso, a “ordem pública” é considerada como uma das responsáveis pela ultrainstrumentalização da prisão preventiva no Brasil. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da inauguração de um rol vasto de direitos fundamentais, a aplicação de todo e qualquer instituto legal passa a ser precedida por um crivo de constitucionalidade e convencionalidade. A partir de uma análise mais comprometida com a Constituição, é possível visualizar que esses discursos acabam esbarrando em diversos direitos fundamentais, mas, ainda assim, pouca, ou nenhuma, resistência encontram dos atores jurídicos. Assim, em caráter específico, este trabalho possui como objetivo: investigar a causa da reprodução de discursos inconstitucionais na aplicação da prisão preventiva pelo “risco à ordem pública”, à luz da filosofia ética.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Ordem Pública. Direitos Fundamentais. Indeterminação Semântica. Discricionariedade Judicial. Filosofia Ética.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O PROCESSO PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....	12
2.1	O PROCESSO PENAL – EM BUSCA DE UM CONCEITO ADEQUADO À CONSTITUIÇÃO DE 1988	12
2.2.	OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – UM RESGATE DE SUA CAUTELARIDADE	17
3	ORDEM PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA ANÁLISE DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL/CONVENCIONAL.....	25
3.1	AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E PRISÃO PREVENTIVA NA COMARCA DA CAPITAL/SC - UMA ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	26
3.2	ORDEM PÚBLICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	36
3.3	ORDEM PÚBLICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	39
3.4	ORDEM PÚBLICA E CONTRADITÓRIO.....	41
4.	INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DA ORDEM PÚBLICA E A ÉTICA JURISDICIONAL - A RESPONSABILIDADE JUDICIAL PERANTE CONCEITOS INDETERMINADOS.....	43
4.1	INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA - O QUE É UM CONCEITO INDETERMINADO?.....	44
4.2	INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM E LIMITES INTERPRETATIVOS NO POSITIVISMO JURÍDICO - RESGATANDO A METÁFORA DA MOLDURA NORMATIVA.....	47
4.3	EM BUSCA DA ÉTICA JUDICIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - QUAL (NÃO) É O JUIZ DA DEMOCRACIA?.....	53
4.3.1	O que é ter um direito fundamental num Estado Democrático de Direito?.....	53
4.3.2.	Em busca da ética jurisdicional: Juiz Bentham vs. Juiz Kant.....	56
4.3.2.1.	Juiz Bentham: dor e prazer na decisão jurídica.....	57
4.3.2.2	Juiz Kant: um decidir por dever.....	59
5	CONCLUSÃO.....	65
	REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

As discussões sobre Processo Penal são sempre atiçadoras das mais intensas controvérsias, tanto aos estudiosos da academia quanto aos expectadores dos jornais televisivos. É curioso visualizar como cada indivíduo reage à notícia de um crime e ao seu respectivo processamento. Normalmente, um ímpeto de vingança faz cada sujeito clamar pela prisão imediata, exposição, difamação, e até a morte do outro. Enquanto o senso comum exige a vingança e resposta imediata, a Constituição Federal vincula o sistema processual a direitos e garantias fundamentais. Porém, não é difícil visualizar uma resistência, inclusive do judiciário, no reconhecimento desses direitos como estruturas legítimas e indissociáveis do sistema.

A democracia brasileira, ainda incipiente, não conseguiu realizar um giro paradigmático, para superar o regime militar de 21 anos – período em que direitos individuais eram vistos como obstáculos ao exercício eficiente da potestade estatal. Um breve estudo jurisprudencial já permite demonstrar a fraqueza da vinculação dos direitos e garantias fundamentais no processo penal. O ranço inquisitorial dos atores do judiciário é forte e implica, indubitavelmente, em graves violações aos direitos humanos, os quais, por meio de decisões judiciais, ganham uma silhueta legitimadora. A discricionariedade e autoritarismo crescem e os direitos e garantias fundamentais não resistem.

A ultrainstrumentalização da prisão preventiva é um dos problemas mais nevrálgicos do sistema processual brasileiro. Segundo o Informativo Penitenciário Nacional (INFOPEN), 40,1% da população carcerária brasileira seriam de presos provisórios – totalizando cerca de 248.880 indivíduos¹.

Estes números despertaram-me o interesse em estudar mais detalhadamente o fenômeno. Ademais, em estágio realizado na 7ª Defensoria Pública da Capital de Santa Catarina, foi possível visualizar como os atores jurídicos utilizam a prisão preventiva para “processar punindo”, invertendo a lógica disposta pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A prisão preventiva é um instituto cautelar destinado à tutela do regular andamento do processo e de seu fim útil. O art. 312 do Código de Processo Penal, ao tratar das hipóteses

¹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 08/02/2017

ensejadoras da referida medida, introduz o “risco à ordem pública”, ao lado da “conveniência da instrução criminal” e a “aplicação da lei penal”.

Ao contrário das duas últimas hipóteses (essencialmente cautelares), a “ordem pública” não aponta a uma função endoprocessual como devem ser as medidas preventivas. Configura-se, sem dúvidas, um conceito semanticamente indeterminado. Tal circunstância, segundo os teóricos do processo penal, concede um amplo espaço de discricionariedade ao magistrado, o qual acaba fazendo valer uma mentalidade autoritária sobre o imputado.

Essa discricionariedade seria expressada pelos diversos argumentos (re)produzidos pelos atores jurídicos com o fim de estabelecer referências semânticas à “ordem pública”. Tais argumentos denominarei “discursos de supressão de vagueza”, dentre os quais podemos destacar alguns como: “credibilidade do judiciário”, “risco de reiteração delituosa”, “gravidade do delito”, “necessidade de frear a escalada criminosa”, etc.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da inauguração de um rol de direitos fundamentais, a aplicação de todo e qualquer instituto legal deve ser precedido por um crivo de constitucionalidade e convencionalidade. E, aqui, surgiu o problema inicial da pesquisa: será que os discursos utilizados pela jurisprudência para suprir a indeterminação da ordem pública como fundamento da prisão preventiva (credibilidade do judiciário, risco de reiteração delitiva, gravidade do delito e necessidade de frear a escalada criminosa) guardam conformidade constitucional? Por expectativa, a hipótese lançada responderia negativamente a essa pergunta.

Com a formulação do problema, criaram-se três tarefas: (a) identificar o papel do processo penal e da prisão preventiva (principalmente, do requisito de ordem pública) dentro do cenário da Constituição de 1988; (b) investigar a instrumentalização da prisão preventiva na prática judicial, analisando os “discursos de ordem pública” à luz da Constituição de 1988; (c) investigar a causa das violações de direitos fundamentais nas decisões judiciais de prisão preventiva por ordem pública.

Ao cumprimento da tarefa “a”, será necessário abordar o processo penal enquanto instrumento de verificação de uma hipótese histórica mediado por certos direitos fundamentais, como contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc. Ademais, também caberá registrar a regulação da prisão preventiva e a necessidade de sua compatibilização constitucional e conseguinte resgate de sua cautelaridade.

Em atenção ao item “b”, optou-se por uma pesquisa empírica sobre a conversão do flagrante em prisão preventiva nas audiências de apresentação realizadas, nos dias úteis, entre

outubro de 2015 e maio de 2016. Esse período é um recorte da base de dados fornecida pelo juízo da Unidade de Apuração de Crimes de Organizações Criminosas da Grande Florianópolis, responsável pelas audiências de custódia nos dias úteis. A partir daí, foram analisadas 644 (seiscentos e quarenta e quatro) apresentações, extraindo-se dados como: crime flagrado; sexo da pessoa apresentada; número de flagrantes relaxados, convertidos em prisão preventiva, em medidas cautelares diversas ou de restauração plena da liberdade; resultado do processo em relação às pessoas presas preventivamente; a quantidade de prisões preventivas deferidas em favor da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal; os tipos e a quantidade de discursos utilizados em nome da “ordem pública”.

Os objetos de análise da pesquisa consistiam em decisões transcritas nos termos de audiência. Ante o texto da ata, foram identificados, extraídos e contabilizados os dados. Infelizmente, nem todas as decisões eram suficientemente claras. Por vezes, um magistrado pretendia invocar um argumento a corroborar um risco à aplicação da lei penal, mas o mantinha como risco à ordem pública; havia casos, ainda, que a fundamentação era confusa, de onde não se mostrava viável a extração de um discurso de ordem pública definido. Assim, optou-se pela contabilização somente dos argumentos expressamente consignados, isto é, sem realizar exercícios de verificação de implicaturas ou pressuposições.

Todos os dados foram coletados de forma individual. Isto é, cada conduzido representou uma fonte estatística singular. Em casos de coautoria, por exemplo, há decisões distintas sobre a liberdade de cada sujeito, apesar de todas ocorrerem em um só ato.

As expectativas indicam a um quadro de violações de direitos fundamentais e de instrumentalização da prisão preventiva como *prima ratio*. Entre as explicações lançadas pelos autores do processo penal, havia uma tendência em apontar a indeterminação semântica como causa desse panorama violador, depositando sobre a discricionariedade a grande responsabilidade pelo fenômeno.

Essa explicação era por mim compartilhada. Aliás, em artigo apresentado na Mostra de Pesquisa do Congresso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, aliei-me à compreensão de que, pela vagueza do instituto, os atores jurídicos decidiam discricionariamente – o que, na oportunidade, foi caracterizado como postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. Porém, ao aprofundar o tema da indeterminação semântica e discricionariedade, constatou-se que esses fatores não eram os efetivos problemas.

Segundo o positivismo, uma norma semanticamente indeterminada apresenta ao intérprete múltiplas opções de respostas, cabendo a ele escolher uma dentre as possíveis. A discricionariedade, portanto, é a liberdade de escolher uma resposta dentre diversas possíveis. Porém, na prática da “ordem pública”, os juízes escolhem respostas impossíveis – incompatíveis com o ordenamento jurídico. Surge, então, um novo problema: se a discricionariedade não é a causa, o que é a causa e qual será a solução?

Se os atores jurídicos deliberadamente ignoram a Constituição como ponto de partida hermenêutico de sua decisão, estamos diante de uma questão ética, ou seja, de como os juízes agem/decidem e de como deveriam agir/decidir num contexto do Estado Democrático de Direito. Há, no judiciário brasileiro, uma desorientação ética em relação à atividade jurisdicional adequada à Constituição e aos direitos fundamentais. Afinal, qual o perfil ético de um juiz da democracia? Responder essa pergunta exigiu uma investigação sobre duas teorias éticas contrapostas: a moral utilitarista e a moral kantiana. A partir da discussão dos seus pressupostos, buscou-se estabelecer pontos de conexão com as demandas exigidas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, firmando-se, portanto, um perfil ético adequado a ser considerado pelos magistrados no momento da decisão judicial de modo a tornarem efetivos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2 O PROCESSO PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

O cenário prisional brasileiro é caótico. Cerca de 40% das prisões brasileiras são consideradas provisórias, o que, a princípio, apontaria à ideia de ultrainstrumentalização da prisão preventiva pelo judiciário. Nesse sentido, é necessário visualizar o papel do processo penal e da prisão preventiva no contexto da Constituição Federal de 1988, expondo a problemática em torno do requisito da “ordem pública”.

2.1. O PROCESSO PENAL - EM BUSCA DE UM CONCEITO ADEQUADO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

O processo penal é um instrumento de verificação, ou refutação, de uma hipótese acusatória, buscando, ao fim, atribuir uma pena ao indivíduo². Porém, as formas como essa tarefa será realizada varia de acordo com o modelo processual adotado, ante as demandas sociais de cada espaço e tempo. A prisão provisória, por consequência, também cumpriu funções e atendia a formas distintas, conforme o sistema processual.

Os teóricos indicam a existência de dois modelos de processo penal: o acusatório e o inquisitivo. Ambas são concepções virtuais sobre a estrutura do procedimento penal, ou melhor, modelos “ideais” sobre a epistemologia processual. Assim, cada momento histórico guarda uma aproximação distinta em relação a esses modelos. A Idade Média, principalmente na época do combate fervoroso às heresias (caça às bruxas), adotou uma estrutura processual penal inquisitiva. Segundo Aury Lopes Jr.³, dentre as principais características desse sistema, estão:

- Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- Ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- Violação do princípio *ne procedat iudex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia autorização);
- Juiz parcial;
- Inexistência de contraditório pleno;
- Desigualdade de armas e oportunidade;

² Segundo Ferrajoli, a Jurisdição Processual Penal constitui “um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis ou refutáveis”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. REv. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47;

³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43;

Aqui, a verificação da hipótese é de cariz autoritário e parcial, afastando do imputado suas chances de ampla defesa e de contraditório. Ainda, com Salo de Carvalho, acrescenta-se à lista acima: “a autorização irrestrita para o uso de tortura como mecanismo idôneo de obtenção de prova”⁴. Veja-se, pois, a essência totalitária e violadora dos direitos humanos carregada pelo processo inquisitivo. A estrutura fazia do “estado de prisão do acusado no transcurso do processo [...] uma regra geral”⁵. Isto é, na lógica inquisitória, “a prisão preventiva é a regra”⁶.

Gradativamente, os pressupostos da estrutura inquisitiva foram sendo desconstruídos. Com o avanço tecnológico e médico, a criminalização dos “demônios das bruxas” (inquisição) tornaram-se problemas de ordem psiquiátrica:

Apear da severa defesa de ações contra a heresia proferida por Bodin, pode-se dizer que, após as manifestações de Wier, aliadas aos significativos avanços das ciências médicas, inúmeros casos de intervenções diabólicas passaram a ser diagnosticados como enfermidades naturais (histerias, melancolias, epilepsias, entre outras). [...]. Em 1589, *p.ex.*, por força da interposição de recurso contra condenação por feitiçaria, o Tribunal de Paris designa quatro médicos para examinar onze presos. Ao contrário do juízo condenatório de origem, “*os quatro médicos não reconheceram senão pobres miseráveis ‘depravados em sua imaginação’ que nem mesmo apresentavam as ‘marcas’ de insensibilidade [prova do contato demoníaco] assinaladas pelos juízes de primeira instância, e concluem pela absolvição (com o que a corte concorda)*”.⁷

Inicia-se um processo de secularização do direito processual penal e, portanto, de deslegitimação da estrutura inquisitivo-cristã. Se, durante a Idade Média, o direito natural é considerado a fonte maior do Direito, com a transição ao Estado Moderno, o direito positivo passa a ressurgir enquanto protagonista:

Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. [...]. A origem desta concepção [positivista] é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval.⁸

⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138;

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41;

⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 3ª ed. Rev., Atual. e Ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 150;

⁷ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* p. 149;

⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 25-26;

A filosofia contratualista de John Locke e Jean Jacques Rousseau contribuiu à denúncia e à delimitação do poderio do Estado, buscando a formação de um poder soberano menos autoritário e imprevisível. Embora partam de mandamentos de justiça (liberdade, propriedade, etc.), os contratualistas concebem um Estado cuja atuação é regulada pelo Direito, reintroduzindo a noção de direito positivo como fonte primária.

Certamente, a interposição entre direito e moral não sofreu uma ruptura drástica – aliás, até hoje o direito justo ganha seus apoiadores. Não por acaso, Hans Kelsen é considerado o maior representante do positivismo jurídico de todos os tempos, com a sua Teoria Pura do Direito.

Entretanto, a estrutura clássica do Direito Positivista (paleojuspositivismo), formal por essência, não foi capaz de impedir as indiscutíveis violações aos direitos humanos dos regimes nazifascistas. O Direito demandou uma revolução paradigmática, buscando uma tutela idônea de prerrogativas essenciais ao ser humano - até mesmo contra a vontade da maioria (função contramajoritária), sabidamente apoiadora de tais regimes.

Nasce, portanto, o fenômeno do “neoconstitucionalismo”⁹, consignando-se direitos fundamentais em instrumentos legais rígidos e com posição privilegiada diante do ordenamento jurídico, com o fim de subtrair determinadas prerrogativas de intervenções políticas, judiciárias ou mercadológicas. Em conjunto, surge a necessidade de adequar a legislação e a *práxis* jurídica ao novo paradigma constitucional. O fenômeno, no Brasil, não foi distinto.

Em 3 de outubro de 1941, Getúlio Vargas sancionou o Código de Processo Penal, formulado por Francisco Campos. Nascido em período ditatorial (Estado Novo) e pelas mãos de um governante em flertes com fascismo de Benito Mussolini, o Código organiza-se sobre uma estrutura de cunho primariamente inquisitivo e totalitário.

É certo: o Código de Processo Penal passou por diversas micro reformas, oriundas de projetos mais abrangentes¹⁰. Entretanto, até hoje, é cabível afirmar a resistência de uma lógica inquisitiva, principalmente pela dificuldade da adoção da “oralidade” como método

⁹ Emprega-se o termo “neoconstitucionalismo” em caráter distinto do usual. O uso vulgar desse predicado é realizado em referência às teorias principiológicas/discursivas (Alexy, por exemplo). Contudo, vale-se, aqui, do termo para referir-se ao fenômeno do constitucionalismo marcado pela previsão de direitos individuais e/ou sociais em caráter superior às demais normas de Direito, com previsões rígidas de alterabilidade, após a Segunda Guerra Mundial;

¹⁰ Disponível em <<https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/89175/desde-a-criacao-cpp-passou-por-42-reformas>>. Acesso em 24/08/2017;

principal de trabalho - afinal, a jurisdição penal e seus atores jurídicos não conseguem sobreviver sem um procedimento escrito, sem um expediente.

Um procedimento oral implica que todos os acontecimentos processuais relevantes sejam produzidos e definidos em audiência, e não atrás das portas do gabinete do magistrado. Isto é, o processo de decisão é mais transparente, tanto ao réu quanto à população em geral. Ademais, na oralidade, há um exercício pronto e efetivo do contraditório, aprimorando-se a dialética processual.

Sobre o tema, alerta Rômulo de Andrade Moreira:

Definitivamente, em um sistema acusatório não é possível um processo inteiramente escrito e cartorial como o nosso. Não mais se justifica, por exemplo, um procedimento liminar de investigação criminal como o nosso inquérito policial: escrito, burocrático, formal e ineficaz. [...].

O que não é possível é um processo penal que se instrumentalize inteiramente em autos escritos, difusos, sujeito a manipulações e a “quadros mentais paranóicos” (Franco Cordero), dificultando a dialética própria do processo, a imediação e a concentração dos atos processuais.¹¹

Em senda distinta, outras características foram legalmente assentadas na lógica acusatória, porém deformadas pela *práxis* inquisitiva, como, por exemplo: a prisão preventiva legalmente excepcional, mas, na prática, ultra-instrumentalizada; as alegações finais, legalmente orais, são majoritariamente oferecidas por memoriais; a flexibilização das formas e dos direitos fundamentais do imputado. Tal cenário, dentre outros motivos¹², é emoldurado pela manutenção de um “mapa mental” autoritário, nos mesmos moldes da formação do Código Processual Penal de 1941.

Somente a título ilustrativo, extrai-se da exposição de motivos confeccionada por Francisco Campos e, por vezes inadvertidamente, seguida pelos atores jurídicos brasileiros:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das

¹¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. 2017. “A oralidade e o sistema por audiências: uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena”. In GONZÁLEZ, Leonel (Dir.) e BALLESTEROS, Paula (Coord.), *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2017, p. 197-198;

¹² Ao lado da mentalidade autoritária, é possível destacar a inércia dos atores jurídicos decorrentes da prática cotidiana e repetida de suas profissões. A organização judiciária e dos Fóruns, incompatíveis com a oralidade (e, portanto, respeito ao contraditório, devido processo legal e ampla defesa), pode ser apontada como uma causa dessa resistência. Ademais, indica-se também a gestão e o modo de trabalho do Ministério Público e Defensorias Públicas, pautados na organização do judiciário e na atuação por escrito e em gabinetes, como um fator de manutenção da lógica de baixa-constitucionalidade.

provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. [...].

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo direitos individuais em prejuízo do bem comum.

Sob tal prisma, o indivíduo ainda é visto como parte da nação, cuja representação total se encontra no Estado, o qual, por sua vez, é responsável por atingir as metas e a prosperidade da nação, ainda que aniquilando o homem e seus interesses individuais - o sujeito vai sumindo em meio à grandeza do Estado; é a parcela sacrificável do bem comum.

Segundo Giacomolli,

o reflexo [do autoritarismo] no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo. Portanto, na esfera criminal, a neutralização ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado autoritário¹³.

Quando o Processo Penal internaliza a ideologia repressiva, pautada no imediatismo e no efficientismo, os direitos individuais não representam mais garantias legítimas do sujeito contra o arbítrio soberano, mas são julgados como óbices ao exercício eficiente, imediato e implacável da repressão estatal. A partir de tal lógica, a prática processual penal desapega-se às formas, arvorando-se num sistema de nulidades inapto a manter respeito aos direitos fundamentais. Conforme Aury Lopes Jr., “a estrutura inquisitória é amorfa por excelência, pois é no espaço da informalidade que o autoritarismo se esparrama. É um perigo total, pois esvazia o conteúdo das regras do jogo”¹⁴.

Assim, com a Constituição de 1988 e seu rol de direitos fundamentais, entramos na busca por um conceito de processo penal adequado à nova realidade normativa. O paradigma processual é revolucionado e não há mais espaço ao modelo inquisitivo. Agora, a validade de todos os institutos é atravessada pelos princípios constitucionais e convencionais, os quais são o novo ponto de partida hermenêutico na aplicação do Direito. Portanto, encarar um processo penal adequado à Constituição de 1988 é fazer valer o acusatório/adversarial em

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica - 2ª Ed. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 79;

¹⁴ LOPES JR., Aury. . Sistema de Nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em 30 de março de 2017;

detrimento do ranço inquisitivo, alertando-se, sempre, a todas as nuances proporcionadas pela introdução dos direitos fundamentais.

Logo, sob um prisma constitucional brasileiro, o conceito de processo penal deve amparar a verificação/refutação de uma hipótese fática penalmente relevante (consoante acima) nos direitos fundamentais inaugurados pela Constituição Federal e pelas Convenções Internacionais. É dizer: o processo penal brasileiro é um procedimento de verificação de uma hipótese acusatória, mediado por direitos/garantias individuais, tais como: contraditório substancial, ampla defesa (plena, no júri), devido processo legal, presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, prisão excepcional, direito ao silêncio, dignidade da pessoa humana, etc.

Todavia, adiantou-se já: há um abismo entre a previsão normativa e a prática jurídica brasileira - isto é, a revolução do ordenamento jurídico não foi devidamente acompanhada da revolução da mentalidade dos respectivos atores. Quando olhamos à prisão preventiva, talvez seja possível identificar o tema mais problemático e inquisitivo do processo penal brasileiro - tanto na esfera normativa, quanto na prática jurídica.

2.2. OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA - UM RESGATE DE SUA CAUTELARIDADE

Após introduzir uma concepção de processo penal constitucional, chega o momento de começar a jornada sobre o tema central desta pesquisa: a prisão preventiva - sempre revisitando, contudo, o direito processual penal como a expressão dos direitos e das garantias fundamentais.

Em item anterior, vimos que o processo penal (jurisdição penal), nos moldes brasileiros, é um instrumento de verificação/refutação da hipótese fático-acusatória, mediado por direitos constitucionais e convencionais, buscando, ao término, a aplicação de uma sanção - em grande maioria das vezes, de restrição de liberdade.

Por lógica, é possível destacar que ninguém poderia ser considerado culpado até a confirmação da hipótese fática. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante

um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena¹⁵.

Logo, não é difícil visualizar que a liberdade do indivíduo deveria ser considerada como intocável, até a efetiva comprovação do delito e de sua culpa. Entretanto, tal concepção não ganhou amparo regular na história. Ou seja, somente em raríssimas vezes, a restrição precoce da liberdade do indivíduo foi rejeitada pela sociedade.

[...] enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir [a restrição precoce da liberdade] por completo, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela [restrição precoce da liberdade] se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine judicio” e à redescoberta do processo acusatório.¹⁶

O instrumento de legitimação da restrição antecipada da liberdade é, ainda hoje, chamado de “prisão preventiva”. Durante a história, o discurso declarado sempre buscou distinguir a prisão preventiva da prisão-pena, atribuindo diferentes critérios aos dois. Enquanto a prisão-pena demandava comprovação da autoria do delito, a prisão preventiva era baseada, teoricamente, em elementos satélites ao tema central do processo (à comprovação da hipótese) - empregada quando a liberdade do indivíduo representava um risco à algum fator de relevância legal, processual por excelência.

Cesare Beccaria, por exemplo, já pincelava:

O clamor público, a fuga, [...], as ameaças que o acusado pode fazer, seu ódio inveterado ao ofendido, [...], bastam para permitir a prisão de um cidadão. Tais indícios devem, porém, ser especificados de maneira estável pela lei, e não pelo juiz, cujas sentenças se tornam um atentado à liberdade pública quando não são simplesmente a aplicação particular de uma máxima geral emanada do código das leis.¹⁷

Assim, à época, já era possível visualizar os principais contornos da prisão preventiva, cujos elementos são majoritariamente processuais - instituto legitimado por todo o pensamento liberal clássico, o que pode ter aberto as portas a conceitos mais abrangentes e perigosos. Nesse sentido, Ferrajoli ressalta:

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 505;

¹⁶ *Ibidem*, p. 508;

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: EDIPRO, 2013, pp. 29.30;

[...] a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário e inquisitório da cultura penal oitocentista, arraigou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas. A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por CARRARA e antes de tudo por PAGANO, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes.¹⁸

O Código de Processo Penal brasileiro, apesar da reforma de 2011, não se afastou do berço autoritário, mantendo, entre fins processuais, escopos de “defesa social” - o que será objeto de estudo e crítica nos próximos capítulos. Vejamos, agora, como a prisão preventiva é legislada no Brasil - para, posteriormente, apontar como ela é operacionalizada na prática.

Segundo o art. 312, “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

É possível extrair do texto legal, portanto, dois pressupostos básicos à decretação da prisão preventiva: (a) *fumus commissi delicti* e (b) *periculum libertatis*. Segundo Aury Lopes Jr.,

[...] o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional.

A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. A prisão preventiva deve ter por base “la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada”.

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.¹⁹

A exigência de indícios suficientes de autoria também demanda uma análise constitucional, sob pena de ser confundida com um (pré) juízo de culpabilidade. À luz da presunção de inocência, é incabível uma antecipação da culpa do sujeito - ainda mais quando proferida pelo mesmo juízo da sentença, como sói acontecer no sistema brasileiro. O *fumus*

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. loc cit. p. 509;

¹⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 633-635;

commissi delicti é, verdadeiramente, uma garantia. Isso, porque os custos da segregação cautelar são tão altos que exigem uma probabilidade mínima de que o processamento do delito (objeto da proteção da medida) seja provido em favor da acusação.

O outro pressuposto à decretação da prisão preventiva é o *periculum libertatis*. Após vislumbrar a existência de prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, a análise deve pairar sobre o risco processual decorrente da liberdade do indivíduo. Ou seja, as previsões de *periculum libertatis* “são situações em que o indivíduo suspeito ou imputado, caso permaneça em liberdade, possa causar um risco, prejuízo ou dano às situações eleitas pelo legislador (motivação jurídica), um perigo processual”²⁰. Aury Lopes Jr., ao conceituar o tema, é elucidativo:

[...], pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.²¹

Assim, no processo penal brasileiro, falar em *periculum libertatis* invoca as quatro expressões legais do art. 312: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, ordem pública e ordem econômica.

Um risco à conveniência da instrução criminal pressupõe a necessidade de tutela da prova, ou seja, o imputado deve estar ameaçando a regularidade da instrução probatória. A garantia da aplicação da lei penal remonta o risco de fuga do imputado, ou seja, devem ser demonstrados indícios concretos de frustração de uma futura aplicação de pena.

Até o momento, é possível observar que as causas de prisão preventiva possuem uma finalidade eminentemente cautelar - buscam a tutela do regular andamento do processo e do seu resultado útil. Por essa razão, tais medidas podem ser classificadas como endoprocessuais - não almejam efeitos para fora dos autos (extra-autos). Todavia, a cautelaridade não é uma característica inerente a todos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Por exemplo, a ordem econômica é um fundamento com efeitos “extraprocessuais”. Segundo Aury Lopes Jr.,

[...] tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia

²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Loc. Cit. p. 395;

²¹ LOPES JR., Aury. Op. Cit. p. 637;

da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.²²

Entretanto, é a “ordem pública”, tema central do trabalho, o verdadeiro instrumento de encarceramento cautelar²³ do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Segundo Alexandre Morais da Rosa,

O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a dita “ordem social”? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ [...] para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a *anemia semântica* do art. 312 do CPP [...].

Entretanto, a maioria dos Tribunais manipula retoricamente as premissas para fazer prevalecer a mentalidade autoritária, com ampla utilização de prisões cautelares. [...].

Mesmo assim, com muito contorcionismo, decisões são baseadas em compreensões que simplesmente ignoram o disposto no art. 282, I, do CPP e o art. 5º da CR/88, decretando-se, sem fundamento legal, a prisão cautelar pela ordem pública.²⁴

Avaliar a expressão “ordem pública” como vaga, ambígua ou semanticamente indeterminada não é mais novidade doutrinária. Na prática, os atores jurídicos acabam criando e reproduzindo argumentos correspondentes à expressão, o que, neste trabalho, denomino de “discursos de supressão de vagueza”.

Conforme será abordado adiante, a vagueza é um fenômeno da linguagem presente em determinadas palavras e expressões que, por critérios estritamente semânticos, não conseguem referir-se a um objeto específico (ou a um conjunto de objetos). Por certo, a utilização de tais expressões em contextos conversacionais demanda a supressão dessa vagueza: ou o locutor, por seu poder de fala, cria uma relação entre a palavra e o objeto, ou o interlocutor, por critérios da pragmática, busca um objeto para salvar a conversação. Por essa razão, denomino “discursos de supressão de vagueza da ordem pública” as expressões decorrentes desse processo de determinação semântica através do poder inerente ao lugar de fala do juiz.

²² LOPES, JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 638;

²³ Tal afirmação será confirmada e aprofundada no próximo item, oportunidade na qual serão expostos dados extraídos de uma pesquisa empírica realizada em audiências de custódia na Comarca da Capital de Santa Catarina;

²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 585-587;

Dentre os discursos reproduzidos, iniciemos pela necessidade de “resguardar a credibilidade do Judiciário”, argumento já utilizado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. DECISUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA RESGUARDAR A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO, MORMENTE PORQUE, NA DELEGACIA, A ACUSADA CONFESSOU A PRÁTICA DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA²⁵

Outro discurso difundido na jurisprudência brasileira é o de “risco de reiteração delitiva”, o qual já foi assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...] RECURSO DESPROVIDO. 1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 2. No caso dos autos, apesar da pequena quantidade de entorpecente apreendida (2 gramas de cocaína), o recorrente foi apontado pelo policial militar como bastante conhecido no meio policial por seu envolvimento com o tráfico de drogas. Ademais, ele registra antecedentes criminais, já tendo sido preso por posse ilegal de arma de fogo e possui registro de outros processos, o que justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva. [...]4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.²⁶

Não obstante, talvez o discurso mais utilizado em esferas especializadas, como Tribunal do Júri e Varas de Crime Organizado, seja o da “gravidade do delito”. O Superior Tribunal de Justiça também já assentou:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DELITIVAS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da

²⁵ TJSC, Habeas Corpus n. 2010.084185-4, de Palhoça, rel. Des. Rui Fortes, j. 18-01-2011;

²⁶ RHC 70.548/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 26/05/2017

conduta perpetrada pelo acusado, cifrada na significativa quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas - 4 porções e mais 215 buchas de maconha (totalizando 305 g), balança de precisão e uma porção de cocaína -, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública. 2. Recurso a que se nega provimento²⁷.

Assim, o imaginário jurídico vai formando uma miscelânea de discursos destinados a suprir a indeterminação semântica da “ordem pública”. Contudo, todas essas criações pretorianas acabam, invariavelmente, por esbarrar em dispositivos constitucionais, convencionais e, inclusive, de legislação ordinária - legitimados a partir de um horizonte finalístico, e não propriamente deontológico. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. leciona:

Grande problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.²⁸

Quase passando despercebido, Aury Lopes Jr. chega ao ponto nevrálgico da problemática processual penal (e, sobretudo, da prisão preventiva) brasileira: a hermenêutica. Os atores jurídicos brasileiros possuem uma dificuldade de interpretar corretamente o Direito²⁹. O senso comum jurídico legitima reiteradamente os raciocínios utilitaristas, finalísticos, moralistas, de cunho político e até econômico - isto é, interpretações corretivas do Direito.

Em termos práticos, a moral (particular e subjetiva) passa a corrigir o Direito Processual Penal à vontade do intérprete. O procedimento é desfigurado à concepção moral do julgador - a nova e inacessível regra do jogo processual -, eis o processo penal *a la carte*, nas palavras de Aury. Há, portanto, uma cisão incomunicável entre a Lei (texto) e o Direito (norma) - este último sendo corrigido e amoldado conforme a moral do ator jurídico.

²⁷ RHC 81.949/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017

²⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648;

²⁹ O terceiro capítulo do presente trabalho será dedicado a uma crítica à discricionariedade judicial e à leitura voluntarista dos direitos fundamentais, abordando-se a ética judicial na aplicação do Direito;

Contudo, ao lado de Lenio Streck, questionamos: “se a moral corrige o Direito, [...] quem corrige a moral?”³⁰.

Ao abordar o fenômeno das prisões preventivas no Brasil, a doutrina e jurisprudência majoritárias focam na vagueza da expressão “ordem pública”, relegando a possível raiz do problema: a crise hermenêutica do Direito (Processual Penal, inclusive). Afinal, não há fuga: a “ordem pública” existe enquanto requisito de encarceramento cautelar. Contudo, é raro o empenho dos atores jurídicos em valer-se de um crivo constitucional e convencional, para interpretar o dispositivo - seja buscando um sentido constitucional da norma, seja verificando sua invalidade.

Assim, talvez o grande problema a ser enfrentado pelos processualistas penais atualmente é, sim, de aplicação do Direito: como os atores jurídicos devem interpretar? Como os juízes devem decidir? Como os juízes não devem decidir?

Entretanto, antes de responder a como se deve interpretar, deve-se saber: como, efetivamente, se interpreta? Com atenção ao questionamento, no capítulo seguinte, serão expostos os dados de uma pesquisa realizada nas audiências de custódia (de outubro de 2015 a maio de 2016), tendo como objeto principal as decisões de conversão de flagrantes em prisões preventivas, para, então, realizar-se um crivo de constitucionalidade sobre os discursos de ordem pública.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em 12 de junho de 2017;

3. ORDEM PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS – A ANÁLISE DE SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL/CONVENCIONAL.

Em capítulo anterior, foi possível compreender melhor o “estado da arte” do processo penal e, mais notadamente, da prisão preventiva no Direito brasileiro. Os teóricos do processo penal imputam à “ordem pública” um papel central no ciclo de encarceramento cautelar brasileiro. Porém, os dados são escassos a confirmar essa hipótese.

Portanto, foram analisadas 644 (seiscentos e quarenta e quatro) apresentações, extraíndo-se dados como: crime flagrado; sexo da pessoa apresentada; número de flagrantes relaxados, convertidos em prisão preventiva, em medidas cautelares diversas ou de restauração plena da liberdade; resultado do processo em relação às pessoas presas preventivamente; a quantidade de prisões preventivas deferidas em favor da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal; os tipos e a quantidade de discursos utilizados em nome da “ordem pública”.

Os objetos de análise da pesquisa consistiam em decisões transcritas nos termos de audiência. Ante o texto da ata, foram identificados, extraídos e contabilizados os dados. Infelizmente, nem todas as decisões eram suficientemente claras. Por vezes, um magistrado pretendia invocar um argumento a corroborar um risco à aplicação da lei penal, mas o mantinha como risco à ordem pública; havia casos, ainda, que a fundamentação era confusa, de onde não se mostrava viável a extração de um discurso de ordem pública definido. Assim, optou-se pela contabilização somente dos argumentos expressamente consignados, isto é, sem realizar exercícios de verificação de implicaturas ou pressuposições.

Todos os dados foram coletados de forma individual. Isto é, cada conduzido representou uma fonte estatística singular. Em casos de coautoria, por exemplo, há decisões distintas sobre a liberdade de cada sujeito, apesar de todas ocorrerem em um só ato.

Cabe, portanto, expor os dados da pesquisa empírica realizada nas audiências de custódia da Comarca da Capital de Santa Catarina sobre a conversão dos flagrantes em prisões preventivas. Além de apontar qual a efetiva contribuição da “ordem pública” no cenário da prisão preventiva, serão destacados os discursos mais utilizados pelos magistrados para suprimir a indeterminação semântica da ordem pública – os quais, ao final, serão objeto de um crivo de constitucionalidade.

3.1. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E PRISÃO PREVENTIVA NA COMARCA DA CAPITAL/SC - UMA ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A audiência de apresentação é um instituto previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos³¹, promulgada pelo Brasil em 1992:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo (art. 7.5).

Ao dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o requerimento na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Dentre as medidas deferidas, determinou-se:

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.³²

Após o julgamento, iniciou-se uma mobilização jurídica concreta, culminando na Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, a qual deu o pontapé inicial à instauração das audiências de apresentação no país.

Agora, toda pessoa presa deve ser apresentada, em até 24 horas, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias de sua prisão, analisando-se a legalidade do flagrante delito e a necessidade de sua conversão em prisão preventiva – e é aqui que entra a matéria em investigação.

A pesquisa delimitou-se às audiências de apresentação realizadas na Comarca da Capital/SC, em dias úteis, entre o período de outubro de 2015 e maio de 2016 – desde o início dos trabalhos em Florianópolis, portanto. Ao total, foram analisadas 644 (seiscentos e quarenta e quatro) apresentações, extraindo-se dados como: crime flagrado; sexo da pessoa apresentada; número de flagrantes relaxados, convertidos em prisão preventiva, em medidas

³¹ Previsão semelhante é encontrada no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 9.3): “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”;

³² ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016;

cautelares diversas ou de restauração plena da liberdade; resultado do processo em relação às pessoas presas preventivamente; a quantidade de prisões preventivas deferidas em favor da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal; e, por fim, os tipos de discursos de “risco à ordem pública” e o número de seus empregos na decisão judicial.

Todos os dados foram atualizados até o mês de julho/2017 e foram coletados de forma individual. Isto é, cada conduzido representou uma fonte estatística singular. Em casos de coautoria, por exemplo, há decisões distintas sobre a liberdade de cada sujeito, apesar de todas ocorrerem em um só ato. Aos dados, portanto.

3.1.1. Resultados das Apresentações

Em audiência de apresentação, após manifestação ministerial e da defesa, o magistrado possui quatro possibilidades de atuação: (a) relaxar a prisão em flagrante, pois ilegal; (b) deferir liberdade plena ao conduzido; (c) decretar medidas cautelares diversas; ou (d) decretar a prisão preventiva.

À luz da Constituição e Convenções Internacionais, a privação da liberdade de locomoção da pessoa deve ser tratada como medida excepcional – ao menos, esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal e da majoritária doutrina. Todavia, as decisões analisadas não confirmaram a expectativa teórica. Senão vejamos no gráfico a seguir.

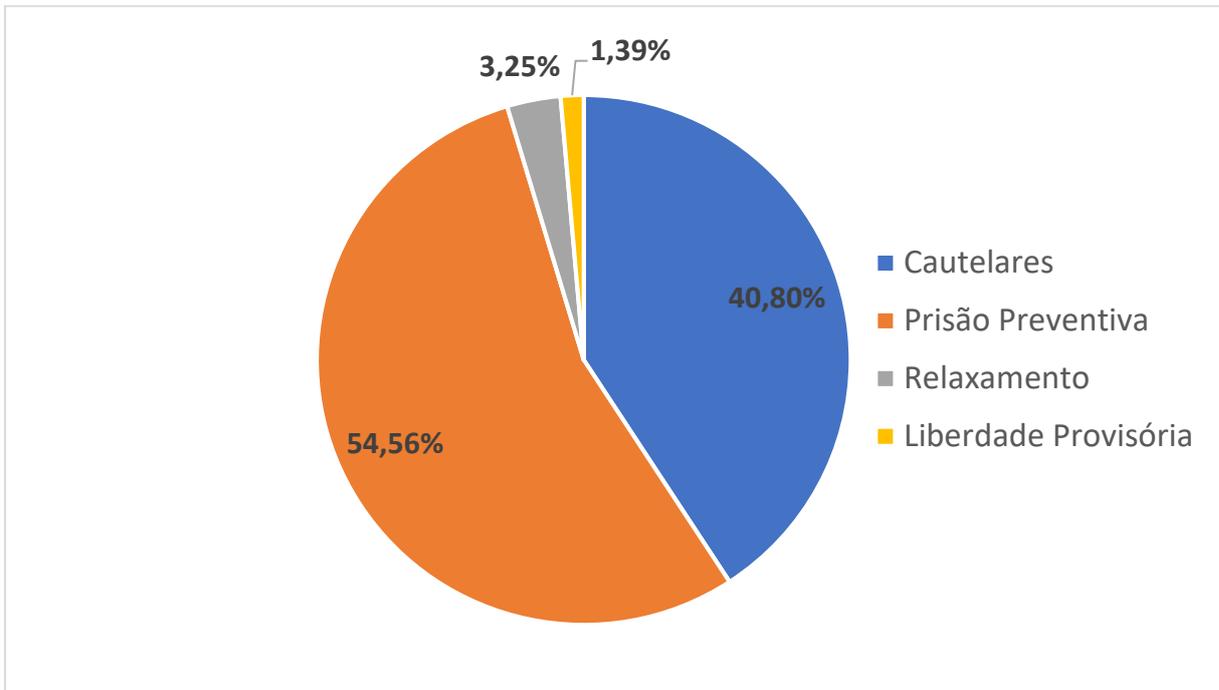


Figura 1

Como perceptível, há um número baixo de relaxamentos deferidos (3,25%), o que aponta a duas possibilidades alternativas: (a) baixa quantidade de ilegalidades cometidas nas prisões em flagrante; ou (b) uma atuação judicial pouco comprometida com o controle judicial de legalidade de atos de tal natureza.

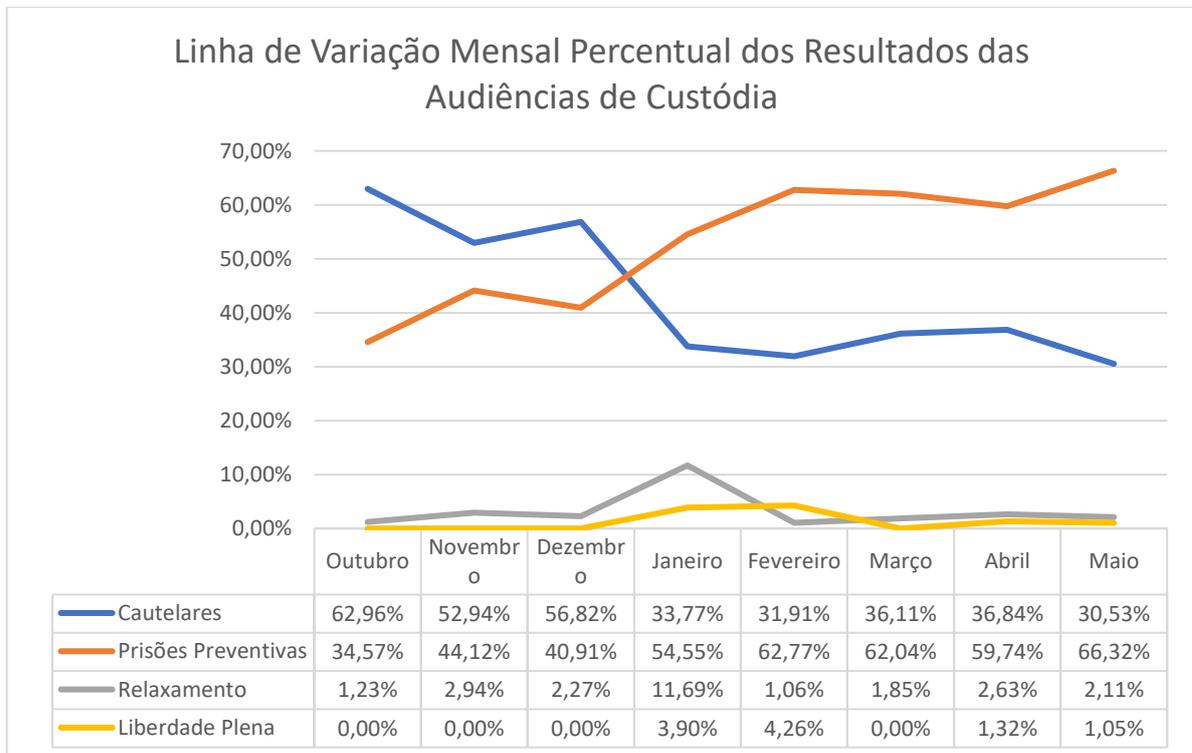


Figura 2

Em 54,56% das apresentações, o magistrado decretou a prisão preventiva do indivíduo – relegando a liberdade plena à fração de 1,39% e as medidas cautelares diversas à 40,80%. A porcentagem de prisões preventivas atinge o auge em maio de 2016 (66,32%) e sua baixa em outubro de 2015 (34,57%). As medidas cautelares ganham seu pico no mês inaugural das audiências de custódia (62,96%) e sua baixa em maio de 2016 (30,53%). O deferimento de liberdade plena, com total ausência em quatro meses (outubro, novembro, dezembro e março), não ultrapassou 4,26% (fevereiro/2016)³³. Válido registrar a relação quase inversamente proporcional entre prisão preventiva e as medidas cautelares diversas – o que corrobora a hipótese de que um terceiro fator (liberdade plena) não está sendo devidamente considerado³⁴.

Aqui, os números anunciam uma total inversão da gradação de medidas estabelecidas pelo Código de Processo Penal. Em tese, o juiz deve considerar, primeiramente, a liberdade plena do sujeito; caso haja adequação e, sobretudo, necessidade, o magistrado poderá lançar mão de determinadas medidas cautelares (art. 319, CPP); apenas quando tais medidas forem insuficientes, poderá o juiz valer-se da prisão preventiva.

Entretanto, o estudo demonstra a total inversão dos pressupostos legais, frustrando a expectativa de gradação entre medidas de intervenção processual. Na prática, os magistrados parecem percorrer o caminho inverso. Primeiro, verificam o cabimento da prisão preventiva (nada excepcional – 54,56% dos casos); após, caso a prisão seja descabida, partem à aplicação das medidas cautelares (40,80%), relegando a liberdade plena ao um terceiro plano (1,39%).

Não há dúvidas, portanto, sobre a necessidade de uma revisão dos pressupostos da prática judiciária, resgatando-se, novamente, os mandamentos de legislação ordinária, constitucional e convencional sobre a privação cautelar da liberdade.

³³ É possível constatar que, no mês de janeiro de 2016, o somatório das porcentagens alcançará 103,91%. Isso, porque, peculiarmente, o magistrado decretou a prisão preventiva de três sujeitos após haver reconhecido a ilegalidade de seus flagrantes. Assim, optou-se por considerar a porcentagem de relaxamentos sobre o total de apresentações – justamente por terem sido considerados independentes pelos atores jurídicos envolvidos no caso.

³⁴ Afinal, uma relação de proporção inversa ocorre quando um fator aumenta na mesma proporção que outro diminui. Para tanto, um terceiro fator não pode existir nessa relação “bijetiva”, ou, se existir, não pode influenciar. No caso, o terceiro fator “liberdade plena” não parece ser considerado no momento decisório, do contrário a relação “prisão preventiva-medidas cautelares” não seriam de quase inversa proporção;

3.1.2. Resultado dos processos das pessoas presas em audiência de apresentação

Outro dado de relevância à análise da situação das prisões preventivas no país, e, mais notadamente, nas audiências de custódia, é o resultado dos processos das pessoas presas. Assim, é possível delinear um panorama sobre a (des)necessidade das segregações cautelares decretadas. Vejamos, portanto, os gráficos.

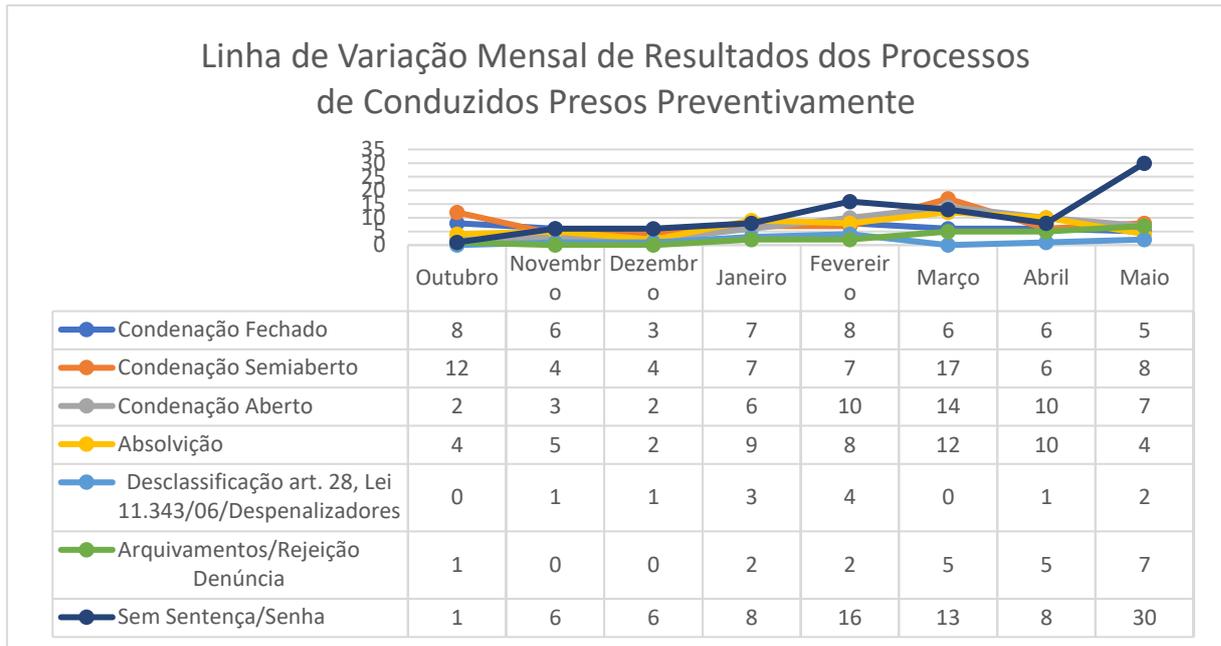


Figura 3

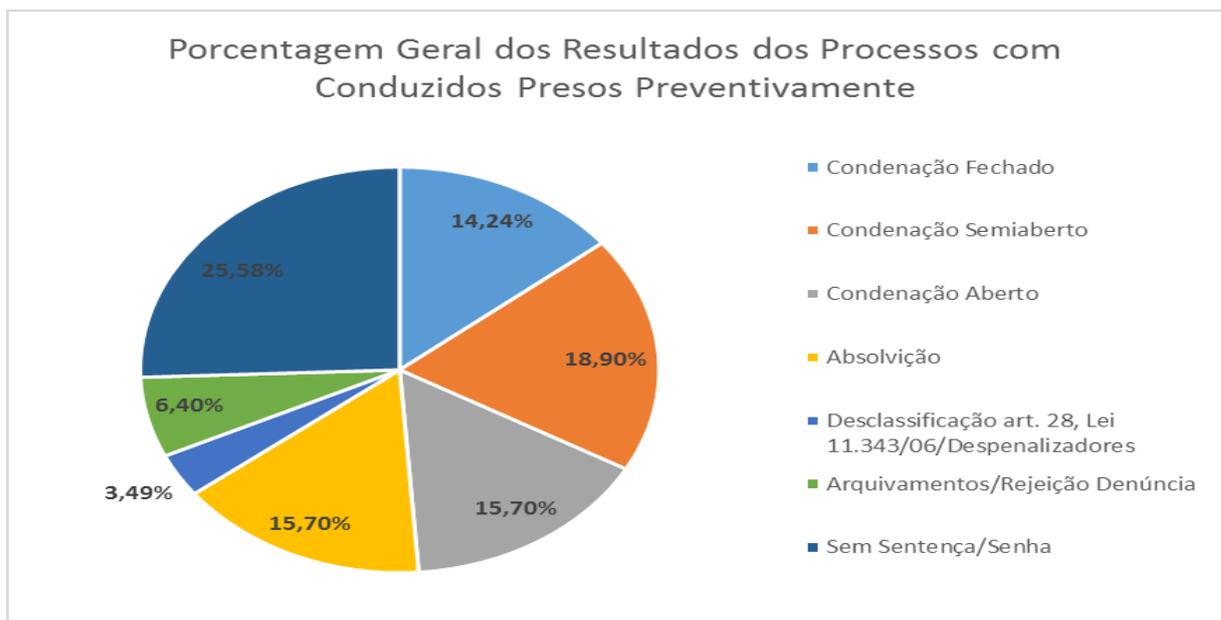


Figura 4

Apesar do alto índice de processos sem sentença (25,58%), alguns resultados merecem destaque. Em primeiro lugar, constatou-se o baixo índice de condenações em regime fechado (14,24%), em relação às sentenças de outros regimes – assim como em relação ao percentual de absolvições (15,70%).

Uma conclusão possível sobre os dados é: há uma dificuldade dos atores jurídicos lançarem mão do “princípio da homogeneidade” – o que implica, ao menos, na impossibilidade de aplicação de medidas processuais mais gravosas que a própria pena. Afinal, ao menos em 38,09%³⁵ dos casos, não há possibilidade de cumprimento inicial de pena em regime fechado.

Ademais, um dado salta aos olhos: 6,40% dos sujeitos presos preventivamente tiveram seus procedimentos arquivados ou suas denúncias rejeitadas (sem recurso pelo Ministério Público). Aliás, em 41,29%³⁶ dos casos, a prisão preventiva mostrou-se, ao “final do processo”, inadequada ou incabível – o que demanda um novo olhar sobre o fenômeno das prisões preventivas e, principalmente, sobre o respeito aos direitos fundamentais (sobretudo, presunção de inocência). Explica-se.

Conforme se verá adiante, grande parte das prisões preventivas decretadas são pautadas no requisito da “ordem pública”, cuja vagueza é suprida com discursos de cariz periculosista. Entretanto, a maioria dos discursos tem como pressuposto o cometimento do delito, em frontal ignorância ao princípio da não-culpabilidade.

Ao visualizar 22,10% de arquivamentos ou absolvições de indivíduos presos preventivamente (cerca de 142 pessoas), é inevitável passar a conceber a devida importância à presunção de inocência – em detrimento de concepções (por vezes) veladas do senso comum, tais como: “prisão em flagrante já é anúncio de culpa”, “se possui antecedentes, a prisão preventiva já é cabível”, “há um risco de reiteração da conduta criminosa” (o que já pressupõe o cometimento do delito), etc.

³⁵ O percentual é resultado da soma de três índices: (a) condenações em semiaberto, (b) condenações em aberto e (c) desclassificação ao art. 28 da Lei de Drogas/Aplicação de Institutos Despenalizantes;

³⁶ Tal percentual é oriundo do somatório de quatro índices: (a) condenações em regime aberto, (b) absolvições, (c) aplicação de institutos despenalizantes/desclassificação de tráfico para consumo próprio e (d) arquivamentos de APFs/rejeições de denúncia;

3.1.3. Aplicação dos Requisitos de *Periculum Libertatis*

Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só poderá ser decretada na presença de dois requisitos: (a) *fumus commissi delicti* e (b) *periculum libertatis*. Isto é, (a) deve haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; e (b) deve verificar-se um risco à ordem pública, à ordem econômica, à aplicação da lei penal ou à instrução criminal. Estas quatro últimas expressões, portanto, são consideradas “requisitos do *periculum libertatis*”. A seguir, vejam os dados sobre a utilização de cada requisito³⁷.

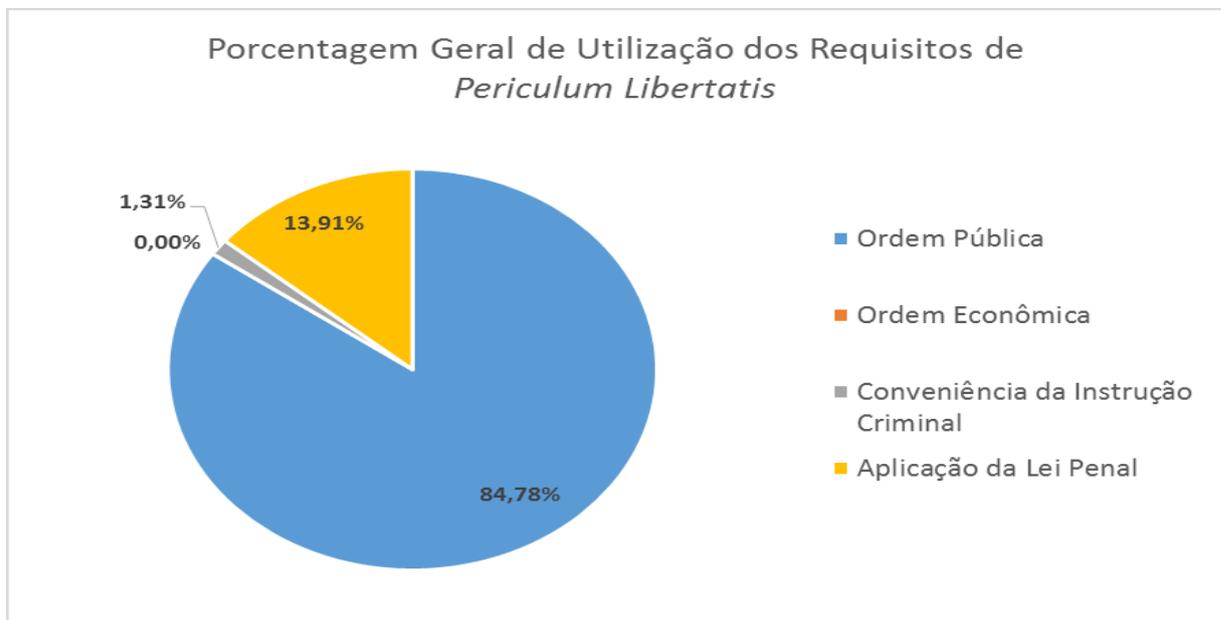


Figura 5

Aqui, é possível concretizar toda a expectativa doutrinária sobre a utilização da “ordem pública” como principal instrumento de encarceramento cautelar no Direito brasileiro – entre todos os requisitos, 84,78% eram invocando a ordem pública. Outro dado interessante é a ausência de menções à ordem econômica – o que corrobora a ideia de seletividade do Sistema de Justiça Criminal.

³⁷ Diversas decisões apresentaram uma multiplicidade de fundamentos. Assim, optou-se por estabelecer as porcentagens sobre a quantidade total de utilização dos requisitos de *periculum libertatis*;

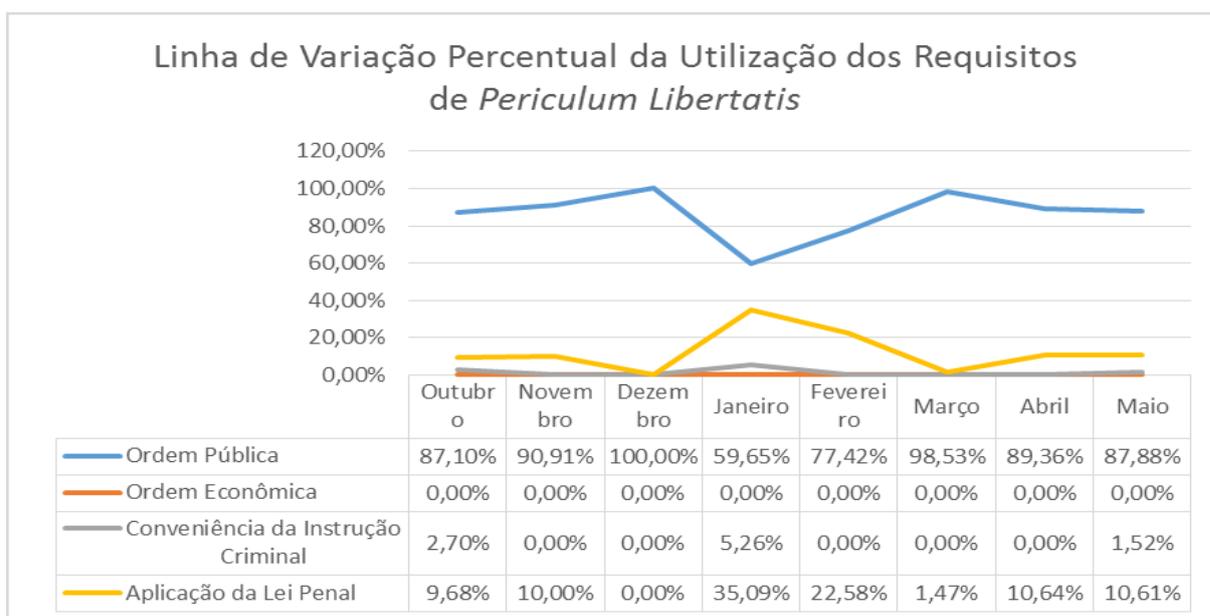


Figura 6

É indubitável a predominância da “ordem pública” – em dezembro de 2015, inclusive, foi o único requisito utilizado para fundamentar as prisões preventivas. Não há dúvidas: estamos diante do verdadeiro trunfo (não) hermenêutico dos atores jurídicos brasileiros. Vejamos, portanto, quais os discursos (re)produzidos pelo judiciário para determinar o campo semântico da ordem pública.

3.1.4. Discursos de “risco à ordem pública” em tipo e número

Para decretar a prisão preventiva pelo “risco à ordem pública”, o magistrado precisa definir a que a expressão se refere, isto é, ele precisa (re)produzir um discurso para suprir a famigerada vagueza do termo. Durante a pesquisa, houve uma dificuldade em contabilizar cada fundamento.

Na maioria dos casos, os discursos se repetiam em reproduções quase religiosas. Porém, em alguns casos, surgiam novos discursos, os quais ou abriam novo item a ser contabilizado ou eram somados a itens anteriores, por sua proximidade retórica. Ademais, nem todas as decisões eram suficientemente inteligíveis para apontar claramente a utilização de cada discurso. Por essa razão, optou-se por selecionar e computar apenas os argumentos expressamente consignados na decisão – por mais que a implicatura expusesse o emprego de mais de um discurso. A partir dos dados angariados, foi possível confeccionar um gráfico percentual e outro de variação mensal:

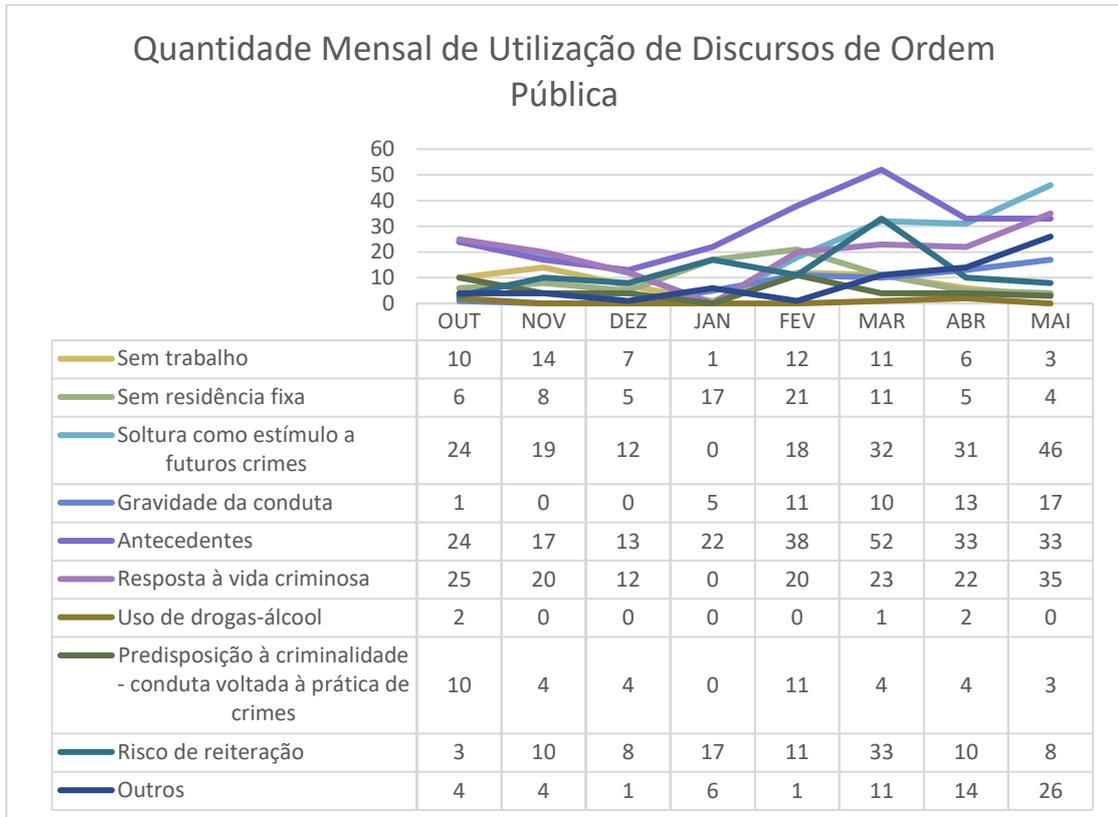


Figura 7

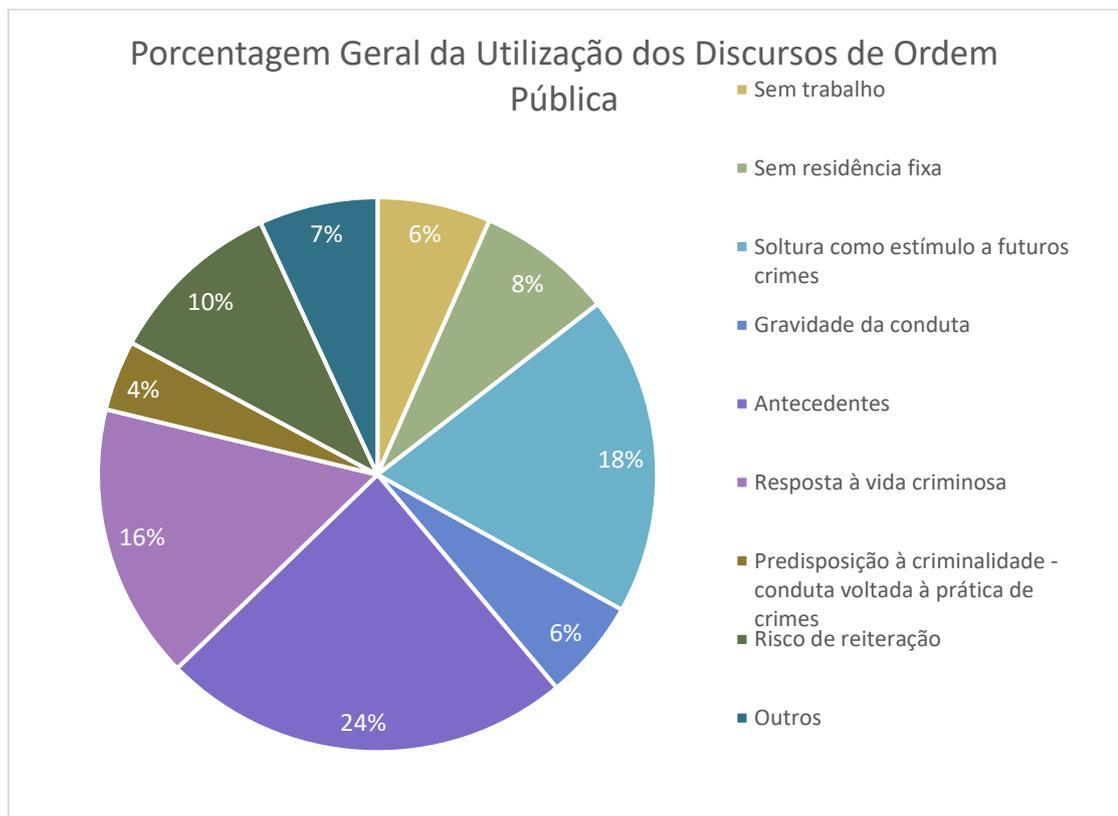


Figura 8

Importante ressaltar: os dados percentuais foram obtidos tendo por base a quantidade total de argumentos utilizados em nome do “risco à ordem pública”. Isso, porque as decisões geralmente faziam uso de mais de um “discurso de ordem pública”, o que inviabilizaria uma relação proporcional entre a número de cada discurso e a quantidade de decisões analisadas. Em verdade, inúmeros discursos apareceram durante a pesquisa, contudo sem expressividade estatística. Por essa razão, optou-se pela criação de uma categoria separada para reunir tais dados: “outros”. No mais, é necessário registrar algumas curiosidades.

Inferre-se dos gráficos que 3 (três) argumentos concentram mais da metade (58%) dos discursos utilizados: antecedentes, resposta à vida criminosa e soltura como estímulo a futuros crimes.

Por “antecedentes”, compreende-se as menções a todo o tipo de histórico do sujeito com o sistema de justiça criminal. Assim, prisões em flagrante, ações penais em andamento, condenações com e sem trânsito em julgado, registro de atos infracionais, etc. Optou-se por esse conceito por dois motivos principais: (a) maior facilidade no cômputo de dados; (b) todas essas circunstâncias são espécies componentes de um gênero maior (antecedentes), os quais parecem ter uma influência drástica na decisão do magistrado.

“Resposta à vida criminosa” foi um enunciado criado por mim para representar um discurso específico repetido em diversas decisões: “É importante que perceba, desde logo e de uma vez por todas, as consequências do ingresso nas veredas do crime”.

Por sua vez, a “soltura como estímulo a futuros crimes” também representa um discurso performático utilizado indistintamente durante as decisões – como consignado nos autos 0007248-46.2017.8.24.0023:

Nesse cenário social e probatório, é evidente que a soltura imediata do indiciado deixaria latente a falsa noção da impunidade e serviria de estímulo para idêntica conduta, fazendo avançar a intranquilidade que os crimes dessa natureza vêm gerando na sociedade como um todo.

Não obstante a expressiva utilização por parte dos magistrados, é necessário questionar se efetivamente esses “discursos de ordem pública” possuem uma conformidade constitucional e convencional.

3.2. ORDEM PÚBLICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência é um direito fundamental titularizado por todos os indivíduos pelo simples fato de serem humanos, previsto em diversos diplomas legais nacionais e internacionais. A nível nacional, dois dispositivos prescrevem a presunção de inocência:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (Código de Processo Penal).

Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Não é distinto a nível internacional,

Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Art. 26. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem).

Art. 14.2. Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Todos esses dispositivos legais possuem uma repercussão drástica sobre a lógica de instrumentalização do processo penal e buscam, em última análise, prescrever um mandamento: nenhum indivíduo pode ser considerado e tratado como culpado antes do trânsito em julgado da condenação. Essa obrigação aparentemente singela é, a um tempo, a causa e a consequência da racionalização do processo penal.

É causa, porque da presunção de inocência extraímos diversas diretrizes processuais: ônus probatório da acusação, prisão preventiva excepcional, necessidade de contraditório, prerrogativa de última palavra, etc. Por essa razão, Aury Lopes Jr. afirma, ao citar Jaime Vegas Torres: [A presunção de inocência] “é um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal”³⁸.

³⁸ LOPES, Jr. Aury. Op. Cit. p. 93;

É consequência, porque decorre da racionalização do processo penal e de sua inserção plena na jurisdição. Neste sentido, Luigi Ferrajoli destaca:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo [...], e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação [...] – postula a *presunção de inocência* do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. Trata-se [...] de “um corolário lógico do fim racional consignado ao processo” [...] ³⁹.

O fundamento da presunção de inocência, em última análise, não é outro senão uma prescrição de um dever de tratamento para com o imputado. O indivíduo deve ser tratado como inocente até prova em contrário aportada por sentença condenatória transitada em julgado. Sobre o tema, Nereu José Giacomolli assinala:

A regra de tratamento da pessoa como inocente (sujeito de direitos) e não como culpada, semiculpada ou presumivelmente culpada (objeto processual) porque foi detida em flagrante, porque foi indiciada num inquérito policial ou acusada (denúncia ou queixa-crime), irradia efeitos endoprocessuais a serem seguidos pelos sujeitos processuais, mas também extraprocessuais, a serem observados pelos terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, mormente na utilização do nome e da imagem do suspeito ou do acusado. Uma leitura das regras do jogo do processo penal, a partir do estado de inocência, é uma exigência constitucional irrenunciável e demonstrativa do grau de evolução da valoração do ser humano e da cidadania, bem como da passagem do plano da retórica política à concretização constitucional. ⁴⁰

Assim, é vedado ao magistrado proferir decisões cujo conteúdo expresse um juízo de culpa sobre o imputado antes da sentença. Por certo, esse juízo de culpa não será realizado de forma clara e assumida, como “o réu é culpado” ou “ele cometeu o crime”. É comum a reprodução de discursos (nem tão) velados pautados na culpa como pressuposto lógico/necessário.

Por exemplo, a decisão proferida na audiência de apresentação dos autos de nº 0008895-76.2016.8.24.0023 (fl. 28):

Em que pese a conduta não revelar grande impacto social ou econômico, o investigado registra antecedente, tendo sido recentemente condenado pelo crime de roubo nos autos nº [...], destacando-se que ainda não houve o trânsito em julgado da sentença em virtude da não localização do

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 505;

⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Devido Processo Penal. 2ªed. São Paulo: Atlas, p. 110;

investigado. Tal situação demonstra que preferiu aderir à criminalidade na busca do dinheiro fácil, circunstância que autoriza a manutenção da prisão para maior garantia da ordem pública. É importante que perceba, desde logo e de uma vez por todas, as consequências do ingresso nas veredas do crime.

Todos os três argumentos apontados esbarram na presunção de inocência. Primeiro, porque o juiz conclui pela culpa do réu sobre outro fato com base numa sentença sem trânsito em julgado; segundo, porque aponta que o imputado possui uma vida de crimes sem elementos jurídicos para tanto (ele não possuía antecedentes); terceiro, porque utilizou da prisão preventiva como uma “resposta” à conduta criminosa, penalizando precocemente o investigado. O juízo de culpa fica no âmbito da implicatura⁴¹.

Contudo, nenhum dos discursos acima atingiu um nível tão drástico de reverberação como a famigerada “gravidade do delito”. Segundo o discurso, a gravidade do crime cometido é um indício da periculosidade do imputado, ou, ainda, acarreta uma repercussão forte no meio social, o que justificaria a prisão preventiva pelo risco à ordem pública.

Atualmente, há um determinado consenso que a gravidade abstrata do delito (aquela oriunda da mera tipificação penal – homicídio qualificado por emprego de meio cruel) não pode servir de base para fundamentar a prisão preventiva. Porém, a gravidade concreta do delito (decorrente da forma como o crime foi executado no caso concreto) é largamente aceita pelos Tribunais (inclusive, o STF) como argumento legítimo a embasar a prisão preventiva. Porém, ressalva seja feita: utilizar a gravidade do delito, mesmo se concreta, para decretar a prisão preventiva viola a presunção de inocência do indivíduo.

Isso, porque não há como conectar a gravidade do delito com a decretação da prisão preventiva sem antes estabelecer um nexos de causalidade entre o indivíduo e a conduta considerada grave – principalmente, quando a gravidade do delito é vista como indício de periculosidade. Esse raciocínio é simplesmente impossível se considerarmos o sujeito inocente. Afinal, se a inocência é o ponto de partida, a única conclusão possível do cenário seria a materialidade de um delito com circunstâncias graves, e nunca um sujeito responsável por essa conduta. A imputação da gravidade do delito sobre alguém exige uma pressuposição

⁴¹ Implicatura é uma figura da linguística definidora dos elementos não-ditos de um texto, porém, ainda assim, expressados por ele. Isto é, o locutor “deixa uma mensagem” não expressa pelas palavras da sentença, mas extraível do contexto de fala. Por exemplo, se Aécio Neves falar “Lula e Dilma são dois gênios da administração pública”, é certo que o interlocutor não poderá levar a frase “ao pé da letra”. Em razão do contexto de oposição entre Aécio e o Partido dos Trabalhadores, o interlocutor concebe existir um sentido oculto: “Lula e Dilma não eram bons governantes” – eis a implicatura. Por essa razão, afirma-se que a ironia é uma forma clássica de implicatura. Sobre o tema: MELO MOURA, Heronides Maurílio. Significação e Contexto: uma introdução a questões de semântica e pragmática. 4ª ed. Florianópolis: Insular, 2013, p. 52;

de sua responsabilidade, isto é, pressupõe a culpa do imputado – algo evidentemente contrário à presunção de inocência.

3.3. ORDEM PÚBLICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é direito fundamental inserido no ordenamento jurídico por múltiplas fontes. No âmbito nacional, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal destaca: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Internacionalmente, os tratados são diversos:

Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (art. 7.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos (art. 9.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos).

Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. (art. 11, I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Não é difícil visualizar que o devido processo legal, no âmbito criminal, expressa a força do princípio da necessidade – ou seja, não haverá pena sem processo. Porém, essa garantia não se exaure em sua faceta formal. O princípio imprime ao processo um caráter substancial de racionalidade valorativa, uma verdadeira cláusula de expressão de direitos humanos. Nesse sentido, Giacomolli leciona:

Trata de uma cláusula inserida em nosso ordenamento jurídico como guarda-chuva, sob a qual se abrigam direitos, garantias, princípio, regras, valores, deveres e proibições, catalogadas e implícitas, abarcando a esfera interna e internacional (art. 5º, §2º, da CF). Portanto, o nível constitucional normatiza, delimita e exige o processo devido. Como base principiológica da qual emanam todos os princípios e garantias constitucionais (princípio-garantia), o devido processo fornece modelo constitucional de processo penal. [...].

Assim, o devido processo é o constitucional e convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária. É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de

uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional.⁴²

Veja-se, portanto, que o devido processo legal é, a um tempo, garantia de direitos e legitimação da privação da liberdade – é o processo mediado por direitos e garantias que concede credibilidade e valor à reprimenda imposta. Trazer essa concepção ao processo penal implica a necessidade do devido processo para restringir a liberdade do indivíduo através de uma pena. Por essa razão, é vedada a utilização da prisão processual para fins penais.

Apesar disso, diversos discursos são reproduzidos pelo judiciário a legitimar a função penal à prisão preventiva. Por exemplo, a decisão em audiência de apresentação dos autos nº 0002200-09.2016.8.24.0023:

Desse modo, em que pese não estar presente a situação de flagrante, a documentação mostra a existência de indícios de autoria e materialidade a justificar a custódia cautelar dos conduzidos, para garantia da ordem pública afim de resguardar a credibilidade da justiça [...] (fl. 67).

Também é válido registrar a decisão proferida nos autos de nº 0006960-98.2016.8.24.0023:

É de se destacar que embora [...] não tenha sentença condenatória contra si, responde a uma série de procedimentos criminais, dando a clara demonstração de que solto voltará a praticar atos criminosos, ofendendo a ordem pública. É importante que perceba, desde logo e de uma vez por todas, as consequências do ingresso nas veredas do crime (fl. 78).

As decisões acima ressaltam dois discursos: a necessidade de resguardar a credibilidade das instituições e a prisão preventiva como lição à vida de crimes do acusado. Ambos os argumentos, porém, são argumentos de funções da pena. Explica-se.

Ao buscar restaurar a credibilidade das instituições, o magistrado incorre em uma sobreposição entre prisão processual e prisão-pena. Isso, porque tal argumento baseia a segregação cautelar na prevenção geral positiva, fundamento intrínseco à pena, cuja proposição é reestabelecer a confiança da sociedade nas instituições, estabilizando o sistema jurídico. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

A teoria da prevenção geral positiva propugna, basicamente, três efeitos, que podem aparecer inter-relacionados: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; os efeitos de reafirmação da confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução do conflito gerado pelo delito. [...]. Estas primeiras versões da prevenção geral positiva foram duramente

⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. Op. Cit. p. 88;

criticadas, na medida em que a identificação da finalidade da pena com a promoção de comportamentos socialmente valiosos, e com a reafirmação da fidelidade ao sistema degenerou na cruel experiência do regime nazista.⁴³

Em relação ao argumento da lição ao imputado, é clara a aplicação da pena obliquamente através da prisão processual. Trata-se de um tipo de prevenção especial, segundo a qual a pena deve incidir sobre o indivíduo, objetivando sua não reincidência. Em ambos os casos, a fundamentação da prisão preventiva é justificada por uma característica funcional da pena. Portanto, há uma antecipação do cumprimento de pena, sem o respeito ao devido processo legal.

3.4. ORDEM PÚBLICA E CONTRADITÓRIO

O direito ao contraditório está inserido no ordenamento jurídico pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Trata-se de direito fundamental reconhecido às partes de procedimentos marcados pela contraposição de “interesses” e de hipóteses fáticas.

O direito ao contraditório é a expressão máxima da estrutura dialética do processo penal acusatório: duas partes opostas expondo ideias divergentes sobre uma hipótese. Configura-se como autêntico método de construção da decisão jurídica. Não por acaso a famosa concepção de Fazzalari: “processo é procedimento em contraditório”. Porém, a noção de contraditório é ainda mais profunda e está imbricada com o modo de produção da verdade processual.

O processo penal acusatório é marcado por aquilo que Ferrajoli denomina de “cognitivismo processual na determinação do desvio punível”⁴⁴. Isto é, a responsabilização criminal acusatória exige uma atividade de conhecimento sobre hipóteses históricas. Por exemplo, João Zé é denunciado pelo Ministério Público, porque, segundo o órgão, ele, ao dia 25/12/2009, furtou 3kg de carne bovina do Supermercado XYZ. Essa é a hipótese histórica sobre a qual a acusação deverá se debruçar e buscar provas à sua confirmação/refutação. Esse raciocínio também é aplicável a outras situações do processo, como o pedido de prisão preventiva. Por exemplo, o Promotor de Justiça requer ao magistrado a decretação da prisão

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147 e 149

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. p. 40;

preventiva de João Zé, pois ele fugiu do estado onde residia, colocando em risco a aplicação da lei penal. Certamente, a Defesa de João Zé, ante a prerrogativa do contraditório, poderia vir aos autos e refutar a hipótese lançada pelo Ministério Público, comprovando que João Zé não está para fugir. Portanto, o direito ao contraditório é, sobretudo, o direito de o imputado buscar a refutação de hipóteses fáticas lançadas pela acusação.

Todavia, essa condição pressupõe uma coisa: “a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimento que permitem tanto a verificação como a refutação”⁴⁵. Trata-se da introdução da tese de “falseabilidade” de Karl Popper no processo penal. Isto é, a hipótese deve fornecer informações sobre o mundo, deve apresentar um “vínculo empírico” com a realidade – e só as hipóteses falseáveis atingem esse objetivo. Sobre o tema, Silvio Seno Chibeni esclarece:

A cientificidade de uma teoria reside, para Popper, não em sua impossível prova a partir de uma base empírica, mas em sua *refutabilidade*. Ele argumenta que somente as teorias passíveis de serem falseadas por observações fornecem informação sobre o mundo; as que estejam fora do alcance da refutação empírica não possuem “pontos de contato” com a realidade e sobre ela nada dizem, mesmo quando na aparência digam, caindo no âmbito da metafísica. Alguns dos exemplos preferidos de Popper de teorias irrefutáveis, e portanto não científicas, são a astrologia, a psicanálise e o marxismo.⁴⁶

Introduzindo essa concepção no processo penal, é possível afirmar que é vedado à acusação alegar e ao magistrado decidir por hipóteses não falseáveis, inviabilizando a construção da verdade fática da decisão⁴⁷ e, sobretudo, o exercício do contraditório.

Por exemplo, o Ministério Público de Santa Catarina requereu a prisão preventiva de João Maria por aplicação da lei penal, pois ele poderá fugir e frustrar eventual pena – sem dar maiores informações. O magistrado, sem ouvir a defesa, decreta sua prisão. Ora, como João Maria poderá produzir provas para afirmar que, futuramente, não fugirá? A hipótese lançada pela acusação não é falseável e, portanto, inviabiliza o contraditório.

Apontando um caso real, vale destacar a decisão em audiência de custódia dos autos nº 0004965-50.2016.8.24.0023:

⁴⁵ *Idem*, p. 40;

⁴⁶ SENO CHIBENI, Silvio. O que é ciência?. Disponível em: <http://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Acessado em 23/11/2017;

⁴⁷ Segundo Luigi Ferrajoli, a decisão judicial é dividida em duas “operações de verificação”, as quais apontam a uma verdade jurídica e uma verdade fática. FERRAOLI, Luigi. Op. Cit. p. 51;

Cabe aqui a tutela da ordem pública, e, como corolário, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, objeto da própria segurança pública, pois é presumível que, tão logo posto em liberdade, voltará imediatamente à criminalidade e não se preocupará em comparecer aos atos do processo [...] (fl. 28).

O risco de reiteração é um discurso de “risco à ordem pública” amplamente difundido e legitimado pela jurisprudência e pela doutrina. Porém, foge a eles a frontal violação do direito ao contraditório. Afinal, como o imputado poderá produzir provas para confirmar que, caso solto no futuro, não cometerá crime algum?

Certamente, estamos diante de uma alegação não falseável. Não se trata de uma hipótese fática, mas de mera conjectura sobre o futuro – e previsões sobre o futuro não são refutáveis, o que inviabiliza o exercício do direito ao contraditório. Aqui, deve valer a máxima de Christopher Hitchens: “o que pode ser afirmado sem provas também pode ser refutado sem provas”.

Ora, é evidente que, apesar da vagueza da ordem pública, os atores jurídicos (re)produzem discursos contrários à Constituição, os quais não encontram resistência significativa no Judiciário. Esse fato nos faz levantar a pergunta: será mesmo a indeterminação semântica o problema da aplicação da “ordem pública”? Eis o objeto do próximo capítulo.

4. INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DA “ORDEM PÚBLICA” E A ÉTICA JURISDICIONAL - A RESPONSABILIDADE JUDICIAL PERANTE CONCEITOS INDETERMINADOS

Em capítulo anterior, conseguimos visualizar o papel da ordem pública no ciclo de encarceramento cautelar. Ademais, observamos como os discursos, utilizados na indeterminação semântica da expressão, esbarram em diversos direitos fundamentais, sem, contudo, encontrar resistência por parte dos atores jurídicos. Não seria um erro afirmar que a Constituição é vista como instrumento de eficácia comedida pelo judiciário.

Esse fenômeno é tradicionalmente abordado nos livros populares de direito processual penal sob à ótica da discricionariedade e do amplo espaço de discricionariedade concebido ao julgado pela expressão “risco à ordem pública”, conforme citado no primeiro

capítulo. E é justamente esse o objeto do presente capítulo. Afinal, o que é um conceito indeterminado? Como a teoria do direito lida com esse fenômeno? O problema da ordem pública é efetivamente decorrente da discricionariedade? Se sim, o que fazer? Se não, qual é o real problema e como resolve-lo? Às respostas.

4.1. INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA - O QUE É UM CONCEITO INDETERMINADO?

Abordar as nuances da aplicação do Direito exige um esforço investigativo capaz de ultrapassar os limites das teorias jurídicas tradicionais. Se tais teorias vivem das glórias de seus feitos (autonomia do Direito, por exemplo), também devem estar dispostas às mazelas de seu legado. Assim, qualquer alternativa a ser buscada deve fugir das amarras do estado da arte jurídico - e recorrer à linguagem é inafastável.

O Direito é um conceito interpretativo possibilitado e atravessado pela linguagem. Enquanto aplicação, os juízes sempre lidam com direitos das partes, os quais se apresentam durante o processo através de proposições jurídicas.

Segundo Heronides Maurílio de Melo Moura, “a proposição corresponde ao conteúdo semântico de uma sentença”⁴⁸. Em termos linguísticos, conteúdo semântico seria tudo aquilo relevante utilizado na sentença para descrever um estado de coisas no mundo. Percebam: essa descrição do mundo implica, necessariamente, uma pretensão de verdade, isto é, uma pretensão de representação fiel das coisas⁴⁹. E isso somente será atingido quando as condições de verdade da proposição forem devidamente atendidas⁵⁰.

Quando, por exemplo, afirmamos: “o Figueirense é um time de futebol alvinegro”, lançamos uma sentença ao interlocutor. Daí, decorre uma proposição: as cores utilizadas pelo grupo de atletas de futebol denominado “Figueirense” são preta e branca. Essa proposição, por sua vez, somente será verdadeira se pudermos ter o “Figueirense” como “time de futebol” a vestir as cores “preta e branca” - o que, definitivamente, se mostra como uma representação fiel de um estado de coisas no mundo. Logo, essa proposição será considerada verdadeira.

Entretanto, se mudarmos a sentença, a conclusão não será a mesma: “o Internacional é um time de futebol alvinegro”. Temos a proposição: Internacional é um grupo de atletas de

⁴⁸ MELO MOURA, Heronides Maurílio. *Significação e Contexto: uma introdução a questões de semântica e pragmática*. 4ª ed. Insular: Florianópolis, 2013, p. 11;

⁴⁹ *Idem, ibidem*;

⁵⁰ Conforme o mesmo autor, “as condições de verdade de uma proposição são as condições pelas quais ela é uma representação do mundo, ou mais especificamente, as condições nas quais a proposição é verdadeira (ou falsa)”. *Idem, Ibidem*.

futebol caracterizados pelo uso das cores “preta e branca”. Assim, se na análise do estado de coisas do mundo for verificado que “Internacional é um time de futebol que usa as cores preta e branca”, devemos considerar a sentença verdadeira. Porém, tal proposição não consegue ser uma representação adequada do mundo, já que o Internacional é um time, sabidamente, alvirrubro, utilizando-se das cores branca e vermelha. Logo, essa proposição deve ser considerada falsa. Vejamos como essa perspectiva se traduz no Direito.

Na prática jurídica, as partes e o juiz utilizam sentenças, das quais decorrem uma proposição jurídica. Tal proposição jurídica corresponde ao conteúdo semântico da sentença utilizada, isto é, tudo aquilo relevante para prescrever um estado de coisas no mundo. As condições de verdade de uma proposição jurídica são as condições pelas quais ela é uma representação adequada do Direito, ou mais especificamente, as condições nas quais a proposição é verdadeira ou falsa segundo o ordenamento jurídico.

Por exemplo, quando o magistrado, ao visualizar uma confissão obtida por meio de tortura, lança a sentença: “é inadmissível a confissão de crime obtida por meio de tortura, porquanto ilegal, devendo a prova ser excluída dos autos”. Daí, decorre uma proposição jurídica: a tortura não pode ser utilizada para obter uma confissão sobre um delito e o material correspondente deve ser desentranhado do caderno processual.

Vejam: o magistrado não pretende descrever um estado de coisas no mundo; mas, sim, prescrevê-lo. Ao contrário da pretensão de dizer como as coisas são, ele busca afirmar como as coisas deveriam ser. Assim, as condições de verdade de suas proposições não dependem de uma representação do mundo como ele é, mas do mundo como deveria ser. Em outras palavras, a proposição jurídica do juiz somente será verdadeira se for uma representação adequada de um padrão normativo (dever ser).

Ao resgatar o padrão normativo da sociedade brasileira, é possível apontar: (a) a tortura é considerada como ilícito criminal (art. 1º, Lei 9455/97); (b) a confissão deve ser livre (art. 8.3, Convenção Interamericana de Direitos Humanos); (c) provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis (art. 5º, LVI, CF); (d) provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos (art. 157, *caput*, CPP).

Se considerarmos esses padrões normativos como condições de verdade, será possível concluir que a proposição jurídica do magistrado deve ser considerada verdadeira, por representar adequadamente o ordenamento jurídico.

Assim como o intérprete do cotidiano, o ator jurídico trabalha com duas fontes informativas: (a) a proposição jurídica concreta e (b) o ordenamento jurídico, para, só então,

julgar a veracidade/adequação de suas teses. Se “(a)” for correspondente a “(b)”, então “(a)” é verdadeiro/adequado; por via adversa, se “(a)” não for conforme “(b)”, então “(a)” é falso/inadequado.

Tudo isso ocorre na e pela linguagem. No exemplo acima, a análise da adequação da proposição jurídica do magistrado apenas foi possível, porque conseguimos definir, de maneira suficientemente clara, o que querem dizer as palavras “confissão”, “tortura”, “prova ilícita” e “inadmissibilidade”. Tais palavras possuem um campo referencial determinado; ou, em termos simples, os seus “significados” são bem definidos.

Todavia, a linguagem não é somente constituída de significados claros. Por vezes, as palavras não possuem um campo referencial determinado. Quando as proposições são lançadas com esse tipo de palavra, a relação de silogismo acima não consegue resistir. Explica-se.

Se a veracidade das proposições exige uma representação fiel do mundo, a proposição, antes de tudo, precisa definir-se enquanto uma representação. Ou melhor, é necessário que a proposição seja clara o suficiente para estabelecer pontos de contato com o mundo. Se a sentença não é clara o suficiente para definir a que se refere, é impossível constatar o seu valor de verdade. Esse fenômeno é, linguisticamente, denominado de vagueza.

Sobre o tema, leciona Heronides:

A vagueza é um dos tipos de indeterminação semântica, e ocorre quando não se pode determinar (em função do próprio conteúdo semântico) se uma determinada palavra se aplica ou não a certos objetos, gerando proposições indefinidas quanto ao valor de verdade. Por exemplo, ‘Bill Clinton é gordo’ pode ser verdadeira ou falsa, dependendo da definição de ‘gordo’.⁵¹

Quando um ator jurídico utiliza uma proposição vaga, não há maiores problemas à aplicação do Direito - afinal, a indeterminação também é uma espécie de inconformidade com o ordenamento. Infelizmente, não é possível afirmar o mesmo sobre a vagueza do padrão normativo.

Se os padrões normativos não são precisos, a análise da adequação/correção de uma proposição jurídica não é compatível com uma mera relação silogística, conforme a retratada acima - como cada corrente jurídica busca sair desse dilema merecerá tópico próprio. E não existiria melhor exemplo que o próprio tema deste trabalho, a ordem pública.

⁵¹ MELO MOURA, Heronides Maurílio de. Op. Cit. p. 58;

Ao autorizar a prisão preventiva por ordem pública, houve uma promulgação de um padrão normativo vago. Assim, os atores jurídicos criaram algumas proposições como supostas referências da expressão. Entretanto, à luz da exposição acima, é possível afirmar: a vagueza do padrão normativo “ordem pública” impede a própria análise da adequação/veracidade das proposições criadas - a recíproca, contudo, não é necessariamente válida.

Enquanto isso, o questionamento persiste: e quando os padrões normativos são vagos, como devem decidir os juízes? Tal preocupação gerou, talvez, o maior debate visto na teoria do direito. Ronald Dworkin e Herbert Hart expuseram ao mundo as principais nuances da indeterminação do Direito, buscando cada um dar respostas ao fenômeno a partir dos paradigmas de suas correntes.

4.2 INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM E LIMITES INTERPRETATIVOS NO POSITIVISMO JURÍDICO - RESGATANDO A METÁFORA DA MOLDURA NORMATIVA

O juspositivismo é uma corrente do pensamento marcada por uma postura científica perante o acontecimento jurídico. Pensar o Direito é, sobretudo, pensar em descrevê-lo enquanto fenômeno social, sem pretensões valorativas - isto é, sem condicionar a definição de Direito a um determinado padrão de justiça. Já na Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen adiantava:

Quando o direito se apresenta como um elemento da moral, isso se torna obscuro, se significar uma exigência natural para que o direito seja apresentado como moral, ou, se isso significar que o direito, como parte integrante da moral, possui um caráter efetivamente moral, tenta-se atribuir um valor absoluto ao direito, levando-se em conta a moral.⁵²

Então, é natural perguntar: se Justiça não define Direito, o que define o Direito? Responder tal questionamento exige um esforço analítico capaz de descrever uma teoria das fontes. Afinal, é necessário delimitar quais elementos constituem o Direito, ou, em última instância, quais elementos podem influenciar numa decisão jurídica.

Já é possível concluir que a justiça das normas não impede a existência do Direito - ou, mais tecnicamente: as fontes e a definição do Direito não são condicionadas pelo conteúdo de um ordenamento jurídico específico. É uma questão de forma. Segundo Norberto Bobbio,

⁵² KELSEN Hans. Teoria Pura do Direito. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77-78;

“são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”⁵³.

Os ordenamentos jurídicos geralmente apresentam múltiplas fontes de direito (ordenamento complexo). Por exemplo, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro possibilita a decisão por analogia, costumes e princípios gerais de direito (art. 4º, Del 4657/42)⁵⁴. Todavia, a multiplicidade das fontes não impõe à lei um papel de figuração. O juspositivismo, ao passo de reconhecer a existência de ordenamentos complexos, visualiza também uma distinção hierárquica entre tais fontes. Há uma relação de subordinação.

As fontes subordinadas produzem regras cujo caráter jurídico demanda atribuição por uma fonte superior - isto é, são mandamentos ideológicos/culturais/filosóficos/econômicos transformados em fonte do direito por “qualificação” de outra fonte. Essa “outra fonte” é responsável não só pela criação de regras, mas, sobretudo, pela qualificação de mandamentos como fontes do direito. Por isso, as primeiras são denominadas *fontes de conhecimento jurídico* e as segundas de *fontes de qualificação jurídica*⁵⁵.

Segundo Bobbio, “[...] o positivismo, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei”⁵⁶. Isso significa, em termos simples, que a lei é a única fonte autêntica do Direito - as demais, além de autorizadas pela lei, devem estar em conformidade com os seus dizeres.

Então, questiona-se novamente: “se a justiça não define Direito, o que define o Direito?”. Aos positivistas, em última instância, a definição do que é, ou não, direito passa pela definição do que é, ou não, lei; ou, em outras palavras, do que é, ou não, ditado por ela - e, aqui, entra a linguagem como verdadeira condição de possibilidade do Direito.

Todavia, conforme item anterior, a linguagem nem sempre é suficientemente precisa, o que nos leva a outro questionamento: se a lei diz o que é Direito na e pela linguagem, como as leis dirão o Direito se, das suas proposições, não for possível extrair uma conclusão precisa? Ou, em outros termos, como dizer o Direito se as leis forem semanticamente indeterminadas?

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 161;

⁵⁴ Por certo, tal dispositivo não está fora da mira de estudiosos, principalmente da crítica hermenêutica do direito, representada, sobretudo, por Lenio Luiz Streck;

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 166;

⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 166;

Por certo, a indeterminação da linguagem não fugiu aos olhos do juspositivismo. Diversos teóricos da corrente buscaram lidar com essa questão à luz dos próprios dogmas, primando, sobretudo, pela função principal da lei perante o ordenamento jurídico.

Hans Kelsen, grande autor do Positivismo Jurídico, afirma que, em casos de indeterminação do Direito, várias respostas apresentam-se ao intérprete. Assim, ele sugere a metáfora da moldura:

A norma a ser executada, em todos esses casos, forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível.⁵⁷

A interpretação, portanto, é o processo pelo qual é verificada a moldura normativa, apontando quais as possibilidades existentes dentro dos esquadros da linguagem. Não há, aqui, apenas uma resposta correta, senão uma multiplicidade de respostas conforme o Direito - porém, apenas uma será transformada em decisão judicial. E, então, surge uma nova pergunta: quais critérios para eleger uma conclusão entre várias?

Segundo Kelsen,

Sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades da aplicação da norma possa ser preferida à outra. Simplesmente não existe - caracterizável como juspositivo - um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como “correto”; naturalmente se se tratar de muitas interpretações possíveis, isto é, em concordância com todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico.⁵⁸

Repare: Kelsen não afasta a existência de critérios a conduzir a decisão do julgador. Tão-somente alerta que, sob do ponto de vista do direito positivo, não existem critérios a apontar a justeza de uma conclusão dentre outras possíveis. Afinal, isso não seria muito distinto de identificar o próprio Direito com um conceito particular de justiça. Não cabe ao campo jurídico-teórico indagar sobre a justiça de uma possibilidade entre as várias existentes dentro da moldura normativa - isso é um problema político-jurídico⁵⁹.

Justamente por essa razão, Kelsen considera a interpretação como um ato de vontade, e não de conhecimento. O ato de conhecimento é a identificação da moldura e de suas possibilidades; o ato de vontade é escolher, a partir de critérios próprios, qual dessas

⁵⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 150;

⁵⁸ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 151;

⁵⁹ *Idem*, p. 153;

possibilidades será revertida em decisão judicial. Assim, o magistrado possui uma certa liberdade metodológica (não de conteúdo) na aplicação da norma, o qual, seguindo critérios metajurídicos, escolhe a possibilidade que lhe parecer mais justa no caso concreto:

Em relação a este [direito positivo], a instituição do ato jurídico é livre, isto é, na apreciação livre da instância autorizada para a realização do ato; seria o caso, então, que o próprio direito positivo, de algum modo, delegasse a norma metajurídica, como a moral, a justiça e assim por diante, e que, por causa disso, essas normas fossem transformadas em normas de direito positivo.⁶⁰

Nos casos de múltiplas respostas, o ordenamento jurídico delegaria ao juiz a competência de introjetar um critério metajurídico (“bem do povo”, “interesse do Estado, “progresso”⁶¹) no Direito, aplicando a lei conforme suas concepções subjetivas de justiça. Não é outra a conclusão de Lênio Luiz Streck sobre a obra:

[...], Kelsen rechaçava a concepção de um sistema jurídico fechado composto por normas aplicáveis mecanicamente. Reconhecia, portanto, a impossibilidade de dirigir completamente a decisão jurídica a partir do conteúdo da norma. A ambiguidade própria da linguagem humana dificulta a precisão do significado e o emprego da metodologia interpretativa tampouco pode superar, de forma eficaz, a incerteza. Finalmente, para Kelsen, a decisão dependerá da eleição arbitrária do intérprete. No fundo, alude Rodriguez Puerto, para Kelsen o juiz é criador de direito por delegação do soberano, ideia que já estava em Hobbes, Bentham e Austin, embora neste último de forma mais tematizada.⁶²

Portanto, sistematicamente, a saída de Kelsen ao problema da indeterminação da linguagem consiste em delegar ao julgador um livre poder de escolha de critérios para solucionar a multiplicidade de respostas possibilitadas pela moldura normativa. Isto é, o juiz não é livre para adotar quaisquer respostas ao seu bel-prazer, como legislador originário; ele somente poderá exercer sua liberdade de escolha dentro da moldura. Porém, como se forma essa moldura? A moldura é formada em atenção a dois aspectos: (a) semântica do texto legal; (b) validade substancial das proposições jurídicas.

Primeiro, o intérprete deve investigar quais proposições jurídicas são possibilitadas pelo texto legal, excluindo-se eventuais respostas incompatíveis. Por exemplo, analisemos o art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Conforme o dispositivo, somente após o

⁶⁰ *Idem*, p. 154

⁶¹ São exemplos citados na obra de Kelsen. *Idem*, p. 154.

⁶² STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 38-39;

esgotamento das vias recursais (preclusão máxima) é possível considerar e tratar alguém como culpado. Ao estudar o texto, um intérprete comprometido excluiria respostas como: “um sujeito pode ser considerado culpado logo após condenação em segundo grau”⁶³ ou “um sujeito pode ser considerado culpado logo após sua condenação em primeira instância pelo Tribunal do Júri”⁶⁴. Isso, porque são proposições jurídicas em descompasso com a projeção semântica da norma analisada, colocando-as fora da moldura normativa.

Segundo, o intérprete deve investigar quais dessas proposições jurídicas são incompatíveis com o resto do ordenamento, excluindo-as de seu âmbito de escolha. Afinal, uma norma jurídica deve compor um conjunto de normas marcado pela unidade e coesão. Se estivermos diante de um ordenamento jurídico escalonado, é possível afirmar que a validade de uma norma é condicionada por sua compatibilidade/adequação com as normas de maior nível. Logo, nenhuma norma inferior poderá contradizer o conteúdo de outra superior. Do contrário, a norma inferior será considerada substancialmente/materialmente inválida, e, portanto, inaplicável. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli leciona:

Nas democracias dotadas de constituição rígida e de controle jurisdicional de constitucionalidade, o respeito das normas formais sobre a produção assegura somente a *validade formal* das normas produzidas. Mas **para que tais normas sejam válidas é necessária, ainda, a sua *validade substancial*, ou seja, a compatibilidade dos seus significados com aqueles expressos pelas normas constitucionais.** Essas normas, com as quais vêm positivizados os direitos fundamentais e os princípios da justiça, chocando-se com os conteúdos e, por isso, com a substância das normas produzidas, podem ser chamadas *normas substanciais sobre a produção*. E exprimem aquilo que podemos chamar de a *dimensão substancial* ou *constitucional* da democracia, já que ditam limites e vínculos de conteúdo aos poderes, caso contrários, ilimitados da maioria. (grifei)⁶⁵

Esse raciocínio é importante. Se a norma analisada possibilita diversas proposições, cabe ao intérprete excluir as respostas incompatíveis com o conteúdo das normas superiores. Após cumprir essas duas etapas, o intérprete finaliza a moldura normativa e consegue apontar quais as respostas que estão dentro dela.

⁶³ Essa foi a errônea conclusão do Supremo Tribunal Federal. Vide HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016

⁶⁴ Outra violação da moldura normativa pelo STF no HC 118770, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 20-04-2017 PUBLIC 24-04-2017

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 109;

Nesse processo, o ponto principal não é verificar o que a norma diz, mas, sim, o que ela não pode dizer. Isto é, o objetivo do intérprete não é determinar uma única resposta correta, mas justamente o oposto: determinar quais são as respostas incorretas/inválidas, retirando-lhes a possibilidade de aplicação. *A la* Lenio Streck, eis o busílis.

Nos capítulos anteriores, analisamos inúmeros discursos criados por juízes para suprimir a vagueza da expressão “risco à ordem pública”. Porém, também vimos que tais discursos acabam esbarrando em direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos. Essa constatação nos faz questionar se a ultra-instrumentalização da “ordem pública” na prisão preventiva é ocasionada pela sua vagueza, como se costuma sustentar - e há razões suficientes a apontar que não.

Ao resgatar a metáfora da moldura normativa, conseguimos visualizar que até o exercício da discricionariedade nesses casos encontra limites. Ainda que julguemos possível esse poder de escolha⁶⁶, o magistrado não poderá escolher proposições incompatíveis com o ordenamento jurídico. Ele possui uma responsabilidade de manter a unidade e a coesão desse ordenamento, respeitando o conteúdo das normas superiores - ou melhor, ele não pode ignorar o crivo de validade substancial das respostas possibilitadas pelo texto legal.

Por isso, ressaltamos: se não virmos critérios objetivos a afirmar “o que é a ordem pública”, possuímos, ao menos, critérios para dizer “o que não pode ser a ordem pública”. Se, por um lado, é difícil propor referências adequadas/verdadeiras a partir de padrões vagos, por outro, a complexidade do ordenamento jurídico possibilita a análise da inadequação/falsidade de proposições criadas para suprir a sua vagueza. Noutras palavras, se o ordenamento não diz o que é a “ordem pública”, ele aponta, ao menos, o que ela não pode ser.

Daí, conclui-se que o problema da utilização da “ordem pública e seus discursos” não é linguístico; ou seja, não é acarretado pela indeterminação semântica e, conseqüente, discricionariedade judicial. A princípio, todos os juízes sabem (ou deveriam saber) da existência de direitos fundamentais e, ainda assim, decidem por discursos contrários a eles. O problema dos juízes perante a “ordem pública”, na linguagem de Kelsen, não é o exercício da discricionariedade, mas a definição da moldura.

⁶⁶ A discricionariedade judicial é rechaçada por diversos teóricos do direito. Ronald Dworkin, por exemplo, dedicou seu trabalho a afastar esse (não) critério de decisão. A Crítica Hermenêutica do Direito, representada por Lenio Luiz Streck, aproxima-se de Dworkin e nega que um juiz possa “escolher” uma resposta, o que representaria um *déficit* democrático. Embora se compartilhe do posicionamento dos autores, julgou-se mais adequado resgatar a metáfora da moldura para ilustrar que, até aos que admitem a discricionariedade, o intérprete possui uma responsabilidade perante o ordenamento, e não pode eleger respostas ao seu bel-prazer;

A discricionariedade, por definição positivista, é o exercício de escolher livremente uma das respostas possíveis. Porém, na aplicação da “ordem pública”, percebemos que os juízes escolhem respostas impossíveis (não permitidas pelo ordenamento jurídico). Isto é, não estão a exercer sua discricionariedade, mas, sim, uma arbitrariedade judicial.

A função judicial no Estado Democrático de Direito traz uma responsabilidade ética de preservação da ordem constitucional e, sobretudo, dos direitos fundamentais - algo ignorado pela prática judicial da prisão preventiva. Logo, podemos concluir que a atividade jurisdicional brasileira sofre de uma desorientação ética - ou seja, os juízes não orientam suas decisões conforme as responsabilidades judiciais (padrão ético) inerentes a um Estado Democrático de Direito. E é, aqui, que os nossos esforços deverão ser concentrados.

Afinal, como os juízes devem agir/decidir num contexto do Estado Democrático de Direito? Deve haver uma responsabilidade ética nas suas interpretações? Qual deve ser a postura dos magistrados perante os direitos fundamentais? Qual a corrente da filosofia ética mais adequada ao constitucionalismo brasileiro? Um juiz pode ignorar a lei para “aumentar” o bem-estar/felicidade/utilidade social? Um juiz pode ignorar a lei em detrimento de suas convicções pessoais? Iniciemos, portanto, uma investigação em busca de uma ética compatível com a adoção da Constituição como ponto de partida hermenêutico da decisão judicial.

4.3 EM BUSCA DA ÉTICA JUDICIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - QUAL (NÃO) É O JUIZ DA DEMOCRACIA?

Discutir como os juízes devem decidir num Estado Constitucional de Direito exige uma investigação sobre as responsabilidades da atividade jurisdicional nesse contexto. No Brasil, possuímos uma Constituição repleta de direitos fundamentais, mas ainda não sabemos ao certo como lidar com ela. Afinal, os capítulos anteriores apontaram que ainda há uma prática de violação de direitos (re)produzida e legitimada pelos atores jurídicos. Se precisamos aprender a lidar com direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é necessário reconstruir os meios para alçar a Constituição ao seu lugar de primazia, apontando um padrão ético adequado à jurisdição de uma democracia constitucional.

4.3.10 que é ter um direito fundamental num Estado Democrático de Direito?

Todos nós sabemos que a Constituição Federal prevê uma multiplicidade de direitos fundamentais. Todos nós sabemos também que, de certa forma, somos titulares de grande

parte desses direitos. Porém, o que, ao fim de tudo, significa afirmar: “eu tenho um direito fundamental”? Qual o efeito de possuir um direito fundamental a algo? Antes de responder a essas perguntas, é necessário responder a outra: o que é um direito fundamental? Em última análise, um direito fundamental é, a um tempo, negação e salvação da democracia. Explica-se.

Tradicionalmente, a democracia é um sistema de decisão política por número, ou seja, é a expressão soberana da vontade da maioria sobre determinada matéria. Segundo Luigi Ferrajoli,

A dimensão formal da democracia inserida no paradigma legislativo consiste essencialmente em um método de formação das decisões políticas: precisamente, no conjunto de regras do jogo que atribuem ao povo ou à maioria de seus membros o poder, diretamente ou por intermédio de representante, de assumir tais decisões. Esta é a concepção da democracia *tout court* que une toda a história do pensamento político: da clássica tripartição introduzida por Platão no Político e retomada por Aristóteles à ideia rousseauiana da vontade geral, até as modernas teorias da democracia representativa, de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Popper e a Waldron.⁶⁷

A princípio, as decisões políticas tomadas pela maioria são dotadas de maior legitimidade, já que representam o interesse de maior parcela do povo. Contudo, a quantidade de apoiadores não é garantia da qualidade da decisão política. Essa concepção legitimadora “foi tragicamente desmentida pelos regimes totalitários do século XX, que, certamente, desfrutaram de um consenso majoritário e foram eles próprios o resultado de um suicídio das democracias”⁶⁸ - épocas marcadas pela intensa violação de direitos humanos.

Assim, a sociedade percebeu que algumas matérias devem ser retiradas do poder de decisão, principalmente, da maioria. Não por acaso, o fim da Segunda Guerra Mundial irrompeu um fenômeno de reestruturação do Direito: o “neoconstitucionalismo”⁶⁹. Nesse novo cenário, passou-se a prever uma classe de direitos em normas rígidas e com posição privilegiada perante o ordenamento jurídico, alçando esses direitos à esfera do indecidível. Novamente, eis o *busílis*!

Conforme Ferrajoli, “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp.37-38;

⁶⁸ *Idem*, p. 41;

⁶⁹ Novamente, vale o registro: emprego o termo “neoconstitucionalismo” em caráter distinto do usual. O seu uso vulgar se refere às teorias principiológicas (Alexy, por exemplo). Contudo, valho-me do termo para representar o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo marcado pela previsão de direitos individuais e/ou sociais em caráter superior às demais normas de Direito, com previsões rígidas de alterabilidade, após a Segunda Guerra Mundial.

pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”⁷⁰. Em outras palavras, direitos fundamentais são prerrogativas titularizadas por todos os sujeitos de uma determinada classe reconhecida por lei.

Por exemplo, o direito ao voto no Brasil é uma prerrogativa de todos os sujeitos não estrangeiros acima de 16 anos (restrição de classe). Vejam: apesar de excluir os sujeitos menores de 16 anos e os estrangeiros, o direito é titularizado de forma universal por todos os indivíduos reconhecidos pela norma - e aqui reside a universalidade.

Talvez essa estrutura seja mais palpável quando contrapomos direitos fundamentais aos direitos patrimoniais:

Os direitos fundamentais [...] são direitos “universais” (*omnium*) no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que deles são titulares. Por sua vez, os direitos patrimoniais [...] são direitos singulares (*singui*), no sentido igualmente lógico de que para qualquer um deles existe um titular determinado [...], com exclusão de todos os outros. Os primeiros são reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida; os segundos pertencem a qualquer um em maneira diversa, seja pela quantidade ou pela qualidade.⁷¹

E é justamente a universalidade do direito fundamental que acarreta as suas principais características: inalienabilidade, inegociabilidade e irrevogabilidade. Afinal, se tais direitos são estruturalmente universais, não podem ser alienáveis, negociáveis ou, de qualquer modo, revogáveis - pois, assim, deixariam de ser universais.

Em nossa sociedade, o direito à liberdade é um direito universalmente humano e inegociável. Um sujeito não pode vender sua liberdade a outro, nem acumular liberdades alheias. Porém, numa sociedade escravagista, a liberdade é negociável como patrimônio. Um indivíduo pode vender a sua liberdade ou acumular a liberdade de outros. Neste contexto, o direito à liberdade não é universal, ele pode ser acumulável/alienável, porque estruturado conforme um direito patrimonial (excludente). Àquele outro contexto, um sujeito não pode vender sua liberdade, nem comprar a de outros, porque estruturamos a liberdade de forma universal a todos os sujeitos enquanto seres humanos.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 9;

⁷¹ *Idem*, p. 20;

Portanto, se um sujeito afirma “eu tenho um direito fundamental”, ele quer dizer: “eu possuo a prerrogativa inegociável e intocável (universal) de exigir de qualquer um que faça, ou deixe de fazer, algo”⁷².

Assim, quando pegamos esses direitos fundamentais e colocamos na norma mais elevada do ordenamento (com cláusulas de imutabilidade), acabamos criando um sistema de controle das decisões, sejam elas políticas ou jurídicas. Isto é, em relação à jurisdição criminal, criamos uma exigência (padrão) de como não se deve decidir (direitos de abstenção ou de prestação negativa). Quando um réu possui um direito fundamental, é exigido do juiz que faça, ou deixe de fazer, algo para preservá-lo. E, aqui, surge a primeira e mais importante responsabilidade da atividade jurisdicional - afinal, se os sujeitos possuem uma prerrogativa legal e universal de exigir algo, a jurisdição, submetida ao ordenamento, possui um dever inafastável de “entregar esse algo”.

Logo, é necessário construir uma ética judicial capaz de atender a essa demanda: o respeito incondicional aos direitos fundamentais; um padrão hábil a manter os direitos fundamentais fora do âmbito de decisão jurídica; uma ética judicial rígida, para garantir uma eficácia não-contingencial aos direitos fundamentais: o mundo pode perecer, se o sujeito possui um direito, esse direito deve ser preservado⁷³.

4.3.2 Em busca da ética jurisdicional: juiz Bentham vs. juiz Kant

Buscar um perfil ético é, ao fim de tudo, estudar como os seres humanos devem agir: o que é necessário em uma conduta para ela ser considerada correta? Ou, ao contrário, o que é necessário em uma conduta para ela ser considerada incorreta? O que é fazer a coisa certa?⁷⁴ E, aqui, essa pergunta será qualificada: o que é fazer a coisa certa numa atividade jurisdicional democrática?

Se precisamos lidar com os direitos fundamentais perante contingências, duas correntes da filosofia ética devem ser abordadas: o utilitarismo (Bentham) e o kantismo. Afinal, tratam-se de duas teorias absolutamente inconciliáveis em seus pressupostos,

⁷² Essa concepção é trazida também por João dos Passos Martins Neto: Em todos esses casos, o bem atribuído ao titular do direito é, simplesmente, o *poder de exigir* do sujeito passivo uma conduta em especial para a satisfação de um certo interesse, egoístico ou não [...]”. Martins Neto, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28;

⁷³ Essa concepção é apresentada por Fernando Borges Motta no programa “Direito & Literatura - O que é um princípio?”, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=C6yIZVlSgQL8&t=1s>>. Acessado em 17 de novembro de 2017;

⁷⁴ É o subtítulo da obra SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa?. 17ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015;

principalmente sobre a função das “consequências” na correção das condutas, isto é, se as repercussões do ato são razões para apontar a sua correção.

4.3.2.1 Juiz Bentham: dor e prazer na decisão jurídica

Imaginemos que um sujeito, preso em flagrante, esteja sendo conduzido à sua audiência de custódia. Ao entrar na sala de audiência, ele se depara com Jeremy Bentham, sentado na cadeira do juiz. Ele olha ao seu advogado e o semblante não é bom. Mas por que o advogado não ficou contente com o pai do utilitarismo como magistrado?

O utilitarismo é uma corrente da filosofia ética marcada por um traço consequentialista. Isto é, o critério para verificar se uma conduta é correta, ou não, é a sua consequência. Aqui, segundo Mill, “[...] o motivo, embora seja muito relevante para o valor do agente, é irrelevante para a moralidade da ação”⁷⁵. Então, qual o principal valor moral de uma conduta?

À luz do utilitarismo, o fundamento ético é o Princípio da Maior Felicidade:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas ao passo em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer.⁷⁶

Portanto, uma conduta será considerada moralmente correta se, na equação, o prazer sobrepuser a dor. Todos nós buscamos o prazer e queremos afastar a dor – e esses são os critérios de correção das ações: “a filosofia utilitarista reconhece esse fato e faz dele a base da vida moral e política. [...] Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral”⁷⁷.

Assim, uma jurisdição utilitarista coloca a felicidade geral como norte interpretativo das suas decisões. Ou seja, um juiz utilitarista se importará como a sua decisão repercutirá na felicidade geral da comunidade, aumentando o prazer geral e diminuindo/evitando a existência de dor. E é justamente por isso que o semblante do advogado não era bom.

Quando o juiz Bentham senta em sua cadeira, ele está sempre pensando em como conseguirá aumentar a felicidade geral da comunidade. Logo, se, na equação, a dor de um

⁷⁵ STUART MILL, John. O utilitarismo. São Paulo: Hunter Book, 2014, p. 115

⁷⁶ *Idem*, p. 98

⁷⁷ SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa?. 17ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 48;

sujeito específico for um preço pequeno a ser pago pelo prazer de todos, o juiz decidirá em desfavor do sujeito. Esse raciocínio fica mais claro em casos limítrofes.

Por exemplo, uma denúncia anônima é recebida pela Polícia Civil, afirmando existir num dos pontos turísticos em Florianópolis uma bomba, a qual detonará e matará centenas de pessoas. Após investigação, os agentes acham um suspeito e o levam à delegacia. Ao interroga-lo, não surge nenhuma informação sobre o local e sobre a forma de desarmar o artefato. Então, o Delegado de Polícia envia uma representação ao judiciário, requerendo autorização para torturar o suspeito, a fim de conseguir informações. Se a distribuição enviar esse pedido a Jeremy Bentham, não haverá demora na decisão. O Juiz realizaria um breve cálculo: a dor a ser sofrida pelo imputado é muito menor que o “prazer” de salvar centenas de vidas – ou, mais próximo da linguagem jurídica brasileira, no conflito entre o direito à integridade física de um imputado e o direito à vida de centenas de pessoas, deve prevalecer o segundo em detrimento do primeiro. E, portanto, seria autorizável a tortura do suspeito.

Essa lógica também domina casos mais comuns, como, por exemplo, a prisão preventiva para “resgatar a credibilidade do povo nas instituições”. Aqui, o juiz faz um cálculo: a restrição da liberdade do imputado é um preço pequeno a ser pago para restaurar a credibilidade das instituições, como o judiciário, as polícias e o Ministério Público – a dor do imputado não supera o prazer geral. Logo, o que podemos concluir do raciocínio utilitarista?

Segundo Michael J. Sandel,

A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano [...].⁷⁸

Em outras palavras, a lógica utilitarista joga os direitos individuais a um plano secundário, primando pelos interesses gerais da sociedade. A eficácia dos direitos fundamentais é condicionada à possibilidade de maximização da felicidade geral. Não se quer dizer que um juiz utilitarista nunca decidiria em favor de direitos fundamentais (individuais, principalmente). Entretanto, essa decisão somente ocorrerá se a atenção aos direitos do indivíduo representar uma potencialização da utilidade. Isto é, o respeito a direitos

⁷⁸ *Idem*, p. 51

fundamentais seria uma questão de coincidência, e não de princípio. Afinal, um relógio parado também acerta as horas duas vezes ao dia.

Se buscamos uma ética capaz de garantir os direitos fundamentais apesar das contingências e repercussões sociais, o utilitarismo nos causará frustração. Isso, porque todos os seus postulados refletem um perfil ético completamente invertido ao almejado pela Constituição Federal e, sobretudo, pela estrutura dos direitos fundamentais. Assim, como o utilitarismo não consegue colocar os direitos fundamentais como ponto de partida hermenêutico da decisão judicial, cabe a nós investigar a corrente imediatamente oposta. Vamos à *Metafísica dos Costumes* de Kant.

4.3.2.2 Juiz Kant: um decidir por dever

Imaginemos que, após a audiência de custódia, o juiz Jeremy Bentham decretara a prisão preventiva do imputado, para “resgatar a credibilidade das instituições” e “acabar com a sensação de impunidade”. Com o oferecimento da denúncia, o processo foi redistribuído e chegou às mãos de outro juiz: Immanuel Kant. O imputado, desconhecendo o magistrado, questionou seu defensor – e o semblante melhorou. Afinal, por que a Defesa ficou mais contente com Kant como magistrado?

Em suma, a filosofia kantiana é a reunião de postulados diametralmente opostos ao utilitarismo. Pensar a ética de Kant é inverter o pensamento de Bentham, estabelecendo pressupostos e fundamentos não só distintos, mas inconciliáveis. Então, traçar o perfil de um juiz kantiano demanda uma inversão dos valores utilitaristas.

Conforme vimos anteriormente, os utilitaristas afirmavam que o objetivo máximo da vida humana é a felicidade, ou seja, evitar a dor e aumentar o prazer. Assim, as condutas deveriam ser guiadas pela potencialidade de maximização da felicidade. A Kant, nada mais equivocado.

Segundo ele,

Quando consideramos as disposições naturais dum ser organizado, isto é, dum ser constituído em ordem a um fim que é a vida, aceitamos como princípio que nele se não encontra nenhum órgão que não seja o mais conveniente e adequado à finalidade a que se destina.⁷⁹

⁷⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 24;

Em outras palavras, quando analisamos um ente (objeto ou ser), assumimos que ele reúne todas as características mais adequadas à sua finalidade – a forma é o maior indício da finalidade do objeto.

Por exemplo, se considerarmos uma bateria, é possível concluir que ela não reúne características adequadas para produzir uma melodia, já que seus componentes não conseguem exprimir um acorde harmônico – ao contrário de um violão, que possui 6 cordas de diferentes notas e possibilita a realização de diversos acordes com facilidade. A forma natural da bateria aponta a uma finalidade percussiva (rítmica), não harmônica. Logo, seria um erro afirmar que o mais importante para uma bateria é reproduzir diversos acordes em harmonia.

Então, se a forma é um indício da finalidade ao objeto, é necessário analisar o que esse objeto possui de mais destacado para apontar o que lhe é mais importante. E isso também pode ser realizado com o ser humano: afinal, qual a característica mais destacada do homem?

Para Kant, a característica mais destacada do homem é a razão; é a possibilidade de produzir uma vontade na contramão do desejo. Aliás, se o mais importante ao homem (maior valor dos seus atributos) fosse afastar a dor e aumentar o prazer, a sua natureza estaria muito mal adequada:

Ora, se num ser dotado de razão e vontade a verdadeira finalidade da natureza fosse a sua *conservação*, o seu *bem-estar*, numa palavra, a sua *felicidade*, muito mal teria ela tomado as suas disposições ao escolher a razão da criatura para executora destas intenções. Pois todas as acções que esse ser tem de realizar nesse propósito, bem como toda a regra do seu comportamento, lhe seriam indicadas com muito maior exactidão pelo instinto, e aquela finalidade obteria por meio dele muito maior segurança do que pela razão.⁸⁰

Prova disso é que, quando o ser humano deseja aumentar o prazer e afastar a dor, ele busca meios para diminuir a sua capacidade de valer-se da razão – por exemplo, as festas open-bar, eventos de consumo irrestrito de bebidas alcoólicas, responsáveis pela diminuição da capacidade de discernimento do indivíduo. Logo, é possível concluir que o princípio da felicidade utilitarista, segundo Kant, seria perfeitamente aplicável aos animais, porquanto dotados de instinto e desprovidos de razão – mas não ao homem. Então, utilizar a felicidade como critério de correção do agir/decidir humano é simplesmente equivocado. Contudo, pergunta-se: já que o critério não é a felicidade, qual é o critério?

⁸⁰ *Idem, ibidem;*

Se a razão não é vocacionada à felicidade e é faculdade de influência sobre uma vontade⁸¹, seu destino autêntico será a produção de uma boa vontade – isto é, de uma vontade boa em si mesma. Esse é o critério do agir correto kantiano, uma vontade boa em si mesma.

Aqui, já conseguimos responder a uma das perguntas realizadas anteriormente: uma conduta será considerada correta quando pautada numa vontade boa em si mesma. E quando uma vontade é boa em si mesma? Quando o seu ponto de partida for o respeito ao dever. Então, se uma conduta correta é guiada pela boa vontade, e a boa vontade tem como ponto de partida o respeito ao dever, conclui-se: o ponto de partida do agir humano é, em última análise, o respeito ao dever.

Porém, uma importante ressalva: não basta que a conduta atenda às prescrições, ela deve ser praticada *em razão do dever*, e não *conforme* ele:

[...] uma acção praticada por dever tem o seu valor moral, *não no propósito* que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina; não depende portanto da realidade do objeto da acção, mas somente do *princípio do querer* segundo o qual a acção, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada.⁸²

Um sujeito pode agir conforme as prescrições do dever. Porém, se não agir em razão das prescrições, sua conduta não terá valor moral algum. Por exemplo, um pai envia uma criança de 7 anos de idade, sem conhecimento matemático, à mercearia; o comerciante depara-se com a possibilidade de enganar a criança e cobrar um valor maior que o devido, mas ele não o faz. Ele agiu correto, ou não? Tudo dependerá do motivo.

Se o comerciante tem ciência que o pai da criança é um lutador profissional de boxe e deixa de enganá-la com medo de represália, sua conduta não possuirá valor moral. Isso, porque não agiu partindo do dever, mas de uma inclinação egoísta (evitar possível dor). A consonância entre a conduta e as prescrições do dever, nesse caso, é uma mera coincidência.

Contudo, digamos que o pai da criança nunca fosse descobrir a enganação. Nesse caso, se o comerciante ainda assim resolvesse cobrar o valor devido, simplesmente por ser errado cobrar uma dívida inexistente, sua conduta seria moralmente correta. Isso, porque agiu partindo exclusivamente do dever. Nenhuma inclinação influenciou a sua conduta. O sujeito agiu com boa vontade, declinando as inclinações e agindo pelos ditames da razão prática.

⁸¹ Vontade é utilizada por Kant para definir a faculdade humana de transcender o instinto, a inclinação, a pulsão, etc.;

⁸² *Idem*, p. 31;

Portanto, é evidenciado que as consequências da conduta não podem servir de critério de correção. Ao contrário, uma ação medida por suas repercussões denota uma má vontade – aquela não pautada no dever – e não produz valor moral: “Nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral [...]”⁸³.

A conclusão é valiosa: a correção do agir/decidir humano não está sujeita a contingências; não importa as consequências ou o efeito prático no mundo: uma conduta será correta se tiver as prescrições do dever como ponto de partida. Mas, afinal, de onde vem essas prescrições? Se o dever é uma expectativa de conduta na contramão dos desejos e inclinações, não há outro lugar de origem senão a própria razão.

Immanuel Kant explica que “a regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação, qual meio para o efeito, considerado como intenção”⁸⁴. Isto é, as prescrições do “agir correto” advém da razão, que é, aqui, algo *a priori*⁸⁵.

Assim, como conhecimento *a priori*, a razão prática não é condicionada pelo mundo empírico – não é necessário um acontecimento ou um exemplo concreto para um sujeito definir a correção de sua conduta. Então, “agir correto” é agir por princípio, por critérios apriorísticos da razão. Por ser *a priori*, o dever concentra duas características: universalidade e indisponibilidade (necessidade).

O dever é universal, pois as suas prescrições existem antes do agir e são pautados na razão humana, a qual é inerente a toda pessoa. Indisponível/necessário, pois é um dado objetivo da razão *a priori*, ou seja, é um ponto de partida do agir independente das contingências do mundo – não está sujeito a mudanças de conteúdo pelo estado de coisas no mundo.

Em suma, Immanuel Kant propõe uma teoria ética não-consequencialista (deontológica), na qual o agir/decidir somente é correto se tiver um dever apriorístico, universal e indisponível, como ponto de partida. Não é difícil visualizar os pontos de conexão com a jurisdição democrática brasileira.

⁸³ *Idem*, p. 33;

⁸⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 34;

⁸⁵ Immanuel Kant aponta dois tipos de razão: *a priori* e *a posteriori*. Todas elas, em tempo, começam pela experiência. *A priori*, portanto, seria o conhecimento que, apesar de angariado da experiência, não depende dela, sendo universal e não contingencial. A razão prática estaria no âmbito do conhecimento *a priori*, ou seja, apesar de ter o pontapé inicial pela experiência, a sua instrumentalização não é condicionada por ela;

Num Estado Democrático de Direito, os concidadãos determinam (direta ou indiretamente) mandamentos que servem de ponto de partida das decisões judiciais: a Lei – eis a “razão prática” do Direito. Se o Direito, nesse contexto, possui a Lei como característica mais destacada, não é outra a sua finalidade senão a aplicação dela. Logo, é equivocado pensar que a finalidade do Direito (e a função dos juízes) seja promover a justiça. Na democracia, os critérios de justiça são argumentos para criação de uma Lei, a qual, posteriormente, servirá de ponto de partida do juiz, o elemento *a priori* da decisão judicial. Portanto, o critério de correção das decisões judiciais deve ser o “respeito às prescrições legais”. Isto é, um juiz deve decidir em razão das prescrições legais, e nunca apesar delas⁸⁶. Elas são os verdadeiros pontos de partida hermenêutico da decisão. Daí decorre uma conclusão valiosa: o perfil ético do magistrado na democracia deve colocar as prescrições legais como razão apriorística do seu decidir.

Ademais, se a Lei for apresentada como um sistema escalonado de normas, haverá mandamentos a servir de razão *a priori* a outros inferiores e, conseqüentemente, representará o ponto de partida mais elevado e importante da decisão judicial. Eis o verdadeiro *a priori* do Direito. Essa “lei das leis”, no Brasil, é chamada de Constituição da República de 1988.

Contudo, dentre as prescrições da Constituição Federal, apenas um tipo é considerado imutável (cláusula pétrea): os “direitos fundamentais”. Isso, porque, conforme já explicado, os direitos fundamentais são, por estrutura, razões universais e indisponíveis em relação a toda e qualquer forma deliberativa – prerrogativas intocáveis, informadoras da correção de todas as demais prescrições legais do ordenamento jurídico. E essa concepção não pode fugir aos olhos do magistrado.

A atividade jurisdicional brasileira está, portanto, completamente vinculada pelo respeito a essas razões máximas do ordenamento jurídico. Em outras palavras, decidir corretamente, no Brasil, é ter sempre os direitos fundamentais como ponto de partida hermenêutico. E é, aqui, que a filosofia ética kantiana encontra e fundamenta a atividade jurisdicional brasileira – dando-a uma nova orientação moral: o respeito à Constituição.

A esta altura, já é possível afirmar sem dúvidas: o juiz possui uma obrigação ética de decidir a partir de direitos fundamentais. Num ordenamento jurídico escalonado, isso significa realizar um constante crivo de validade substancial das normas e argumentações a serem

⁸⁶ Eventualmente, uma decisão pautada em critérios de justiça pode gerar uma conclusão conforme a Lei. Porém, apesar da conclusão estar conforme os ditames da razão jurídica, ela não possui valor jurídico algum. Isso, porque parte dos critérios equivocados. A consonância entre a conclusão e a prescrição legal, aqui, não passaria de mera coincidência. Uma decisão, para ser jurídica e correta, deve partir, sempre, das prescrições legais.

aplicadas enquanto Direito. Essa obrigação é ainda mais importante na análise judicial de conceitos indeterminados.

Em item anterior, conseguimos visualizar que o problema da ultrainstrumentalização da “ordem pública” não era, propriamente, a discricionariedade judicial – decorrente da indeterminação semântica. Afinal, um juízo discricionário é a escolha de uma resposta dentre múltiplas possíveis. Porém, as respostas utilizadas pelos atores jurídicos são impossíveis, isto é, são incompatíveis com a prescrição legal ou com o ordenamento jurídico.

Na linguagem kelseniana, o problema não é a discricionariedade, mas, sim, a determinação da moldura normativa. Se o juiz não consegue afirmar o que a norma diz, ele possui a obrigação de deixar de decidir pelo que a norma não pode dizer – ele deve saber o que está fora da moldura. Assim, o juiz possui duas obrigações: (a) interpretar as normas ordinárias à luz da Constituição; e (b) realizar um crivo de constitucionalidade dessas normas e das argumentações contrárias à Constituição.

Interpretar conforme a Constituição é atribuir ao texto ordinário o sentido, além de compatível, mais adequado. Com conceitos indeterminados, múltiplas respostas são apresentadas ao magistrado. Portanto, cabe a ele selecionar a resposta que represente o Direito da forma mais íntegra e coerente possível⁸⁷.

No entanto, não é possível manter a integridade e a coerência do Direito (em palavras positivistas, a unidade e a coesão do ordenamento) sem realizar um crivo de constitucionalidade das normas e argumentos a serem aplicados na decisão judicial. Com conceitos indeterminados, os juízes devem dispensar as “proposições jurídicas falsas”, ou seja, contrárias à Constituição.

A partir dessas obrigações, há uma nova abordagem sobre o fenômeno da vagueza do “risco à ordem pública”. Discursos incompatíveis com os direitos fundamentais não conseguem se sustentar, já que enfrentará uma barreira no crivo de constitucionalidade e na necessidade de interpretação conforme a Constituição. E, conforme a célebre e repetida frase de Lenio Streck: não se poderá mais falar qualquer coisa sobre qualquer coisa.

⁸⁷ A integridade e a coerência são critérios propostos por Ronald Dworkin à solução da indeterminação da linguagem no Direito. Segundo ele, o Direito é um “romance em cadeia”. Todos os juízes são responsáveis por escrever um capítulo (decisão) de um romance (Direito). Exceto o primeiro, cada juiz possui uma responsabilidade de dar continuidade à história sem quebrar sua essência, isto é, sua integridade e coerência.

5. CONCLUSÃO

O processo penal é um instrumento de verificação/refutação de uma hipótese fática mediado por direitos e garantias fundamentais, para que, ao fim, caso verificada a hipótese acusatória, seja aplicada uma pena ao indivíduo. A partir desse prisma, o papel da prisão preventiva é garantir a possibilidade dessa verificação/refutação e de eventual punição futura (regular andamento e fim útil do processo).

Porém, o Código de Processo Penal concebe uma outra hipótese de prisão preventiva: o “risco à ordem pública”. Até hoje, ninguém conseguiu, de forma satisfatória, dizer o que é “ordem pública”. Trata-se de um conceito semanticamente indeterminado, isto é, não possui um campo de referência bem definido – e, então, a imaginação do julgador é o limite.

Diante da indeterminação semântica, a utilização da “ordem pública” num contexto decisório exige a supressão da vagueza: ou o locutor, por seu poder de fala, cria uma relação entre a palavra e o objeto, ou o interlocutor, por critérios da pragmática, busca um objeto para salvar a conversação. O juiz, dotado do poder de decidir, (re)produz discursos em nome da “ordem pública”, tais como: “credibilidade do Poder Judiciário”, “risco de reiteração criminosa”, “gravidade concreta do delito”, etc. Todas essas expressões são utilizadas em decretos de prisão cautelar como referências de “risco à ordem pública”.

Em pesquisa empírica realizada nas audiências de custódia da comarca da Capital/SC, entre outubro de 2015 e maio de 2016, descobriu-se que, em 54,56% dos casos, havia decretação de prisão preventiva – *prima ratio*, portanto. Ademais, dentre todos os requisitos de *periculum libertatis* utilizados, 84,78% correspondiam à ordem pública – confirmando o protagonismo da ordem pública no ciclo de encarceramento cautelar. Ademais, dentre todos os discursos de “ordem pública” lançados, 3 (três) deles concentravam mais da metade das fundamentações (58%): antecedentes, resposta à vida criminosa e soltura como estímulo a futuros crimes. Certamente, apesar de pouca expressão na amostra analisada, outros discursos ganham ainda maior expressão nacional: gravidade do delito, credibilidade da justiça, risco de reiteração, periculosidade do imputado, etc.

Submetendo os principais discursos a crivo de constitucionalidade, concluiu-se que os argumentos não estão em conformidade com a Constituição e com Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Os teóricos do direito processual apontam que a ordem pública, como instituto vago e de fácil manipulação retórica, abre um amplo espaço de discricionariedade à atuação judicial – fator determinante à criação de tais discursos. Isto é, há uma tendência em indicar a indeterminação semântica da “ordem pública” e, por conseguinte, a indeterminação semântica como causas à ultrainstrumentalização da prisão preventiva através de discursos de constitucionalidade duvidosa – posição compartilhada por mim ao início da pesquisa. Contudo, essa concepção não encontra amparo na teoria do direito.

Segundo Hans Kelsen, as normas jurídicas serão, eventualmente, indeterminadas, isto é, não apontarão sempre a uma conclusão específica. Às vezes, elas apresentarão ao intérprete mais de uma resposta possível, cabendo a ele escolher uma delas. Essa é a definição de discricionariedade: a liberdade de escolher uma resposta dentre as possíveis. Contudo, a prática da “ordem pública” não reflete esse conceito: afinal, os juízes escolhem apenas respostas impossíveis, ou seja, incompatíveis com o ordenamento jurídico.

Daí decorre a compreensão de que, talvez, o problema não deva ser depositado especialmente sobre a indeterminação da ordem pública e a discricionariedade judicial que dela resulta. Isso, porque os juízes, deliberadamente, colocam a Constituição e direitos fundamentais em segundo plano, fazendo valer suas concepções ideológicas (políticas, econômicas, psicológicas, filosóficas, etc.). Os magistrados, deliberadamente, deixam de considerar a Constituição como ponto de partida hermenêutico da decisão judicial – o que, por certo, é inadequado no contexto de um Estado Democrático de Direito. Estamos, portanto, diante de um problema sobre a postura dos juízes, sobre como eles agem/decidem e como eles deveriam agir/decidir – em última análise, diante de um problema ético. Há uma desorientação ética na atividade jurisdicional brasileira.

Assim, foi necessário recorrer à filosofia para buscar um perfil ético capaz de colocar a Constituição e os direitos fundamentais como ponto de partida da atividade jurisdicional. Para tanto, duas teorias foram selecionadas: o utilitarismo e a deontologia kantiana.

O utilitarismo é uma corrente da filosofia da moral que prega o “princípio da maior felicidade”. A conduta correta é aquela que consegue maximizar a felicidade, ou seja, evitar a dor e aumentar o prazer. Essa teoria, quando pensada à nível coletivo, consagra condutas/decisões hábeis a potencializar a felicidade geral: se a ação aumentar a felicidade geral, ela é considerada moralmente correta. Grande problema é que essa teoria joga a criança fora junto com a água do banho. Afinal, numa equação, se a dor de um indivíduo for um preço pequeno a se pagar pela felicidade geral, o indivíduo deve ser preterido. Em outras palavras, o

raciocínio utilitarista não dá conta dos direitos individuais, principalmente se considerarmos sua função contramajoritária. Então, se queremos legitimar o respeito (não a violação) aos direitos fundamentais, é o caminho contrário que devemos tomar. E o caminho avesso ao utilitarismo é a doutrina kantiana.

Immanuel Kant defende que o agir/decidir correto é agir/decidir por dever. A correção da conduta não advém da felicidade que proporciona – ou de qualquer outra consequência. Ao contrário, a felicidade não faz parte dos critérios de uma conduta moral. Uma conduta é considerada correta se é praticada a partir do respeito ao dever. Trata-se de uma obrigação oriunda da razão *a priori* dos indivíduos racionais e, por isso, universal e necessária a todos eles. Assim, para agir correto, o homem deve agir pelos deveres, sem buscar aumentar seu prazer ou evitar a dor (motivações egoísticas). A proximidade com o Direito é inegável.

Num Estado Democrático de Direito, os concidadãos determinam (direta ou indiretamente) mandamentos que servem de ponto de partida das decisões judiciais: a Lei – eis a “razão prática” do Direito. Se o Direito, nesse contexto, possui a Lei como característica mais destacada, não é outra a sua finalidade senão a aplicação dela. Logo, é equivocado pensar que a finalidade do Direito (e a função dos juízes) seja promover a justiça. Na democracia, os critérios de justiça são argumentos para criação de uma Lei, a qual, posteriormente, servirá de ponto de partida do juiz, o elemento *a priori* da decisão judicial. Portanto, o critério de correção das decisões judiciais deve ser o “respeito às prescrições legais”. Isto é, um juiz deve decidir em razão das prescrições legais, e nunca apesar delas. Elas são os verdadeiros pontos de partida hermenêutico da decisão. Daí decorre uma conclusão valiosa: o perfil ético do magistrado na democracia deve colocar as prescrições legais como razão apriorística do seu decidir.

Se considerarmos a Lei como sistema escalonado, vislumbraremos um mandamento a servir de razão *a priori* a outros inferiores. Essa “Lei das leis”, no Brasil, é chamada de Constituição Federal.

Dentre as prescrições da Constituição Federal, apenas um tipo é considerado imutável (cláusula pétrea): os “direitos fundamentais”. Isso, porque os direitos fundamentais são, por estrutura, razões universais e indisponíveis em relação a toda e qualquer forma deliberativa – prerrogativas intocáveis, informadoras da correção de todas as demais prescrições legais do ordenamento jurídico. E essa concepção não pode fugir aos olhos do magistrado.

A atividade jurisdicional brasileira está, portanto, completamente vinculada pelo respeito a essas razões máximas do ordenamento jurídico. Em outras palavras, decidir corretamente, no Brasil, é ter sempre os direitos fundamentais como ponto de partida hermenêutico. E é, aqui, que a filosofia ética kantiana encontra e fundamenta a atividade jurisdicional brasileira – dando-a uma nova orientação moral: o respeito à Constituição.

Surge, então, uma “nova” responsabilidade judicial: decidir a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais. Isso significa realizar um constante crivo de constitucionalidade, afastando proposições jurídicas contrárias a esses marcos hermenêuticos, independentemente das contingências sociais, políticas ou econômicas.

No processo penal atual, estamos naufragados e jogados numa ilha deserta, como as crianças de Senhor das Moscas. O grupo é dividido e o duelo é travado. De um lado, Jack e seus amigos representam o desejo de viver segundo às leis da felicidade, afastar a dor e diminuir o prazer – seja lá qual for o preço a ser pago. De outro, Ralph em alusão à vontade de agir por dever, segundo o paradigma do certo e errado. Só devemos nos certificar que o nosso final seja distinto ao do livro.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: EDIPRO, 2013;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006;
- CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 08/02/2017;
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. REv. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;
- _____. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;
- _____. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- GIACOMOLLI, Nereu José. Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica - 2ª Ed. - São Paulo: Atlas, 2015;
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2011;
- _____. Crítica da Razão Prática. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017;
- KELSEN Hans. Teoria Pura do Direito. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;
- _____. Sistema de Nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em 30 de março de 2017;
- Martins Neto, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;
- MELO MOURA, Heronides Maurílio. Significação e Contexto: uma introdução a questões de semântica e pragmática. 4ª ed. Insular: Florianópolis, 2013;
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 3ª ed. Rev., Atual. e Ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016;

_____. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

MOREIRA, Rômulo de Andrade. 2017. “A oralidade e o sistema por audiências: uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena”. In GONZÁLEZ, Leonel (Dir.) e BALLESTEROS, Paula (Coord.), Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2017;

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa?. 17ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015;

SENO CHIBENI, Silvio. O que é ciência?. Disponível em: <http://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Acessado em 23/11/2017;

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em 12 de junho de 2017;

STUART MILL, John. O utilitarismo. São Paulo: Hunter Book, 2014