

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

MARIANA COELHO CANTÚ

**A FUNDAMENTAÇÃO PRAGMÁTICA NO PROCESSO PENAL: A
FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS NA LIMITAÇÃO DO CONCEITO DE
“ORDEM PÚBLICA” NA PRISÃO PREVENTIVA**

CURITIBA

2020

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

MARIANA COELHO CANTÚ

**A FUNDAMENTAÇÃO PRAGMÁTICA NO PROCESSO PENAL: A
FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS NA LIMITAÇÃO DO CONCEITO DE
“ORDEM PÚBLICA” NA PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), na linha de pesquisa “História e Jurisdição”, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA

2020

C233f Cantú, Mariana Coelho

A fundamentação pragmática no processo penal: a
fixação de critérios na limitação do conceito de
“ordem pública” na prisão preventiva / Mariana
Coelho Cantú. - Curitiba, 2020.

137 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Processo Penal. 2. Direito Processual Penal – Filosofia.
3. Prisão preventiva. 4. Ordem pública - (Direito). I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

“A hermenêutica está em tudo, mas não é tudo”. Celso Ludwig

“Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos.”

“A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.”

AGRADECIMENTOS

Todo o projeto que me proponho a fazer é rodeado por aqueles que amo. Minha família e meus amigos fizeram parte de cada etapa para a construção deste trabalho, na seara mais importante da vida: a emocional. Com eles me mantive forte para iniciar, desenvolver e finalizar essa dissertação com leveza e equilíbrio.

Nominalmente agradeço ao meu colega de mestrado e amigo de vida Pedro Barausse, quem deixou o dia-a-dia acadêmico muito mais divertido, prazeroso e feliz. Agradeço ao meu amor, Eduardo que me apoiou para começar essa trajetória e também me acalmou em cada momento difícil, sempre me mostrando o lado bom de cada situação ruim.

Agradeço por fim, ao meu professor e orientador Celso Ludwig, a pessoa mais importante para mim na confecção deste trabalho, quem me ensinou a importância da filosofia na aplicação do direito, e com muita atenção e dedicação me ajudou a construir os caminhos dessa dissertação com paciência, maestria, amizade e muito carinho.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO

1. Fundamentação: na Dimensão Filosófica e Processual Penal.....	5
1.1. Conceitos de Fundamentação e a incidência do NCPC no Processo Penal....	20
1.2. A Construção de fundamentos seguros para uma fundamentação válida no processo penal – <i>a hermenêutica está em tudo, mas não é tudo</i>	24
1.3. Considerações quanto a teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy...	29
2. Os Princípios no sentido Filosófico no Paradigma da Linguagem e a relação com Direito Processual Penal.....	35
2.1. O uso de princípios como pilar da fundamentação jurídica no processo penal e o princípio da proporcionalidade.....	40
2.1.1 A máxima proporcionalidade – O princípio da proporcionalidade como pauta para a aplicação do direito processual penal.....	44
2.1.2 A aplicação dos princípios no plano prático do direito.....	49
2.2. Hermenêutica pragmática jurídica: o controle da interpretação realizado pela Escola da Exegese.....	52
2.3. A importância da Máxima Proporcionalidade como limitação da discricionariedade do Poder Judiciário – na Sociedade de Risco.....	60
3. Fundamentação Pragmática – A ausência de controle sobre a interpretação da “ordem pública” e a necessidade de um novo modelo processual penal que estabeleça critérios de fundamentação para a sua aplicação.....	69
3.1. A relação entre a linguagem e os conceitos jurídicos.....	80
3.1.2. O que se entende por “Ordem Pública”?.....	84
3.2. Critério de demarcação: a delimitação da interpretação judicial.....	92
3.2.1. A Periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva como critérios para a aplicação da prisão preventiva sob os nuances da Ordem Pública no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal	97
3.3. Uma proposta de critérios norteadores e a relação com a Lei Anticrime - nº 13.964/2019.....	104

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

Embora o dever de fundamentação das decisões judiciais constitua uma garantia do cidadão, contra o arbítrio daqueles que julgam, percebe-se a constante confusão entre a *fundamentação* e *fundamentalismo*, ou seja, o dever de fundamentar não deve ser confundido com mera motivação ou opiniões, que são constantemente invocadas, fortalecendo assim o uso de decisionismos e arbitrariedades quando lacunas, ambiguidades ou obscuridades da letra de lei não deixam o seu conteúdo claro, dando espaço para uma retórica descompromissada. Sob essas condições o presente trabalho buscou traçar uma metodologia dialético-crítica, especialmente sobre a fundamentação válida para o direito processual penal, de modo que as decisões judiciais pudessem se pautar em alguns critérios para tornarem-se válidas para as partes em cada caso concreto; para que se possa, caso a caso, diferenciar uma decisão fundamentada, mediante a interpretação da lei, daquela decisão motivada com juízos discricionários. Assim, a partir da filosofia de Karl Otto Apel foram analisados os procedimentos da fundamentação e quais são as condições necessárias para construir-se uma fundamentação segura. Na sequência, foi proposto a aplicação da máxima proporcionalidade como o termômetro de validade das decisões judiciais inerentes ao direito processual penal, somado ao tripé de que toda e qualquer decisão judicial deve ser sinônimo da justa proporção entre a situação concreta, a finalidade e o comando legal. Por fim, a lacuna legal, escopo para essa pesquisa sobre fundamentação, qual seja a expressão “ordem pública”, contida no bojo do art. 312, do CPP, foi objeto de estudo em todas as suas faces – conceito e aplicação -, e por verificar-se sua frequente aplicação com juízos de oportunidade e conveniência, o que comina em prisões preventivas decretas sem qualquer critério, foi proposto uma série de critérios que necessariamente teriam que fazer parte da decisão judicial que decreta a prisão preventiva sob o fundamento da “ordem pública”, para esta ser considerada válida para as partes.

Palavras-chave: Fundamentação válida. Fundamentalismo. Máxima Proporcionalidade. Critérios de verdade. Ordem pública.

ABSTRACT

Although the duty to give reasons for judicial decisions constitutes a guarantee of the citizen, against the discretion of those who judge, there is a constant confusion between reasoning and fundamentalism, that is, the duty to give reasons should not be confused with mere motivation or opinions, which are constantly invoked, thus strengthening the use of decisionisms and arbitrariness when gaps, ambiguities or obscurities in the letter of law do not make its content clear, giving room for uncompromising rhetoric. Under these conditions, the present work sought to outline a dialectical-critical methodology, especially on the valid basis for criminal procedural law, so that the judicial decisions could be based on some criteria to become valid for the parties in each specific case; so that one can, on a case-by-case basis, differentiate a reasoned decision, through the interpretation of the law, from that decision motivated with discretionary judgments. Thus, based on the philosophy of Karl Otto Apel, the procedures of the rationale were analyzed and what are the necessary conditions to build a sound foundation. In the sequence, it was proposed the application of maximum proportionality as the thermometer of validity of judicial decisions inherent to criminal procedural law, added to the tripod that any and all judicial decisions must be synonymous with the right proportion between the concrete situation, the purpose and the command cool. Finally, the legal gap, scope for this research on reasoning, which is the expression "public order", contained in the core of art. 312, of the CPP, was the object of study in all its faces - concept and application -, and because its frequent application was verified with judgments of opportunity and convenience, which begins in preventive prisons without any criteria, a series was proposed criteria that would necessarily have to be part of the judicial decision decreeing preventive detention on the grounds of "public order", to be considered valid for the parties.

Keywords: Valid reasoning. Fundamentalism. Maximum proportionality. Criteria of truth. public order.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, vivemos diante do uso corriqueiro das palavras fundamento e fundamentação, as quais são confundidas pelo fundamentalismo, em diversas ocasiões. Fundamentar significa procurar um fundamento para aquilo que precisa ser fundamentado¹.

Nada obstante, quando se fala em conceitos jurídicos, muitos deles são rodeados de discricionariedade judicial, ou seja, uma fundamentação sem critérios, que se alarga na sociedade de risco em que vivemos, ao passo que o fundamentalismo passa a ser sinônimo de fundamentação, sem qualquer metodologia de procedimento e sem a devida observância aos princípios que regem o tema objeto da fundamentação.

O presente trabalho pretende trazer a ideia de que o processo penal como mecanismo de aplicação do controle social sancionador, especialmente no contexto da prisão preventiva, precisa de um controle metodológico considerando as consequências de sua atividade, qual seja a prisão, e nesse trabalho, levando em conta a discricionariedade em torno do termo “ordem pública”.

A exigência da fundamentação não pode ser confundida com uma atitude fundamentalista, seja esta religiosa, política, econômica ou jurídica.

A partir disso, o que se pretende é esmiuçar os pilares de uma fundamentação jurídica imparcial e técnica, considerando a doutrina filosófica e processual, para então demonstrar-se a importância da máxima da proporcionalidade, basilar ao direito processual penal, como norte ou como base de qualquer fundamentação jurídica.

Parte-se do pressuposto de que “o estudo dos princípios gerais do Direito Processual Penal é o que fornecerá a base para uma compreensão sistemática da matéria, e aí transcende a sua importância”² na base da fundamentação jurídica.

¹ LUDWIG, Celso. A Fundamentação nos paradigmas da filosofia.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UTFPR. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v30i0.1892>.

Acredita-se que se as decisões judiciais, utilizarem os princípios gerais que embasem a matéria para construir seus argumentos, a *contradição performativa*, ou fundamentação puramente subjetiva, poderá ser superada. Nessa pesquisa se fala na evolução do princípio da proporcionalidade, qual seja a máxima proporcionalidade, inerente ao direito processual penal, numa tentativa de trazê-la como método que deixará de lado uma atitude fundamentalista e discricionária, ou seja, no que tange o uso do termo “ordem pública” utilizado para fundamentar a prisão preventiva ou prisão processual.

Trabalha-se, portanto, com a seguinte hipótese: *É possível construir-se um método de fundamentação galgado nos princípios que regem a aplicação do direito processual penal para se evitar a chamada contradição performativa?*

Sob esse contexto, a pesquisa tem como objetivo explícito a contestação da discricionariedade em torno do termo “ordem pública” como instrumento legitimador do cárcere (cautelar), isso porque não há qualquer critério limitador da fundamentação “jurídica”, utilizada para motivar sua aplicação.

Sob essas condições, objetiva-se demonstrar que a ordem pública no campo pragmático entra em contradição performativa na medida em que vai contra a máxima proporcionalidade, que tem a finalidade de limitar a atuação do interprete, partindo do pressuposto de que a prisão preventiva decretada sob os nuances da ordem pública é puramente material e não processual.

Embora esse tema já tenha sido alvo de muitos debates, encará-lo como é e está no Código de Processo Penal Brasileiro, é necessário, considerando a gravidade da problemática em seu entorno.

O presente estudo se inicia, portanto, partindo do pressuposto de que toda fundamentação jurídica, seja referente ou não ao direito processual penal precisa partir de algum ponto sob pena de transformar-se em mera motivação. Dizendo de outro modo: *meras opiniões*.

Motivação se distingue de fundamentação ao passo que aquela se baseia em argumentos subjetivos e discricionários, enquanto a fundamentação deve ser construída por meio de critérios interpretativos.

Para a construção de uma fundamentação válida e sólida foi escolhida a utilização dos princípios que embasam a matéria do direito processual penal, pois no decorrer desse trabalho os estudos demonstraram o importante lugar dos princípios no direito, ou seja, os mesmos servem como base para a sua aplicação. Daí resulta a afirmação de que a máxima proporcionalidade serve como pauta de aplicação para o direito processual penal, condição básica para a edificação de uma fundamentação válida.

Percorrendo esse caminho, princípios são, portanto, diretrizes, e é deste modo que se construiu essa dissertação. Se o princípio é adotado como base da decisão judicial, ele “*principia tudo*” e sem eles esse *tudo* corre o risco de tornar-se perdido em meio a tantos subjetivismos que antecedem a aplicação das normas jurídicas, que ganham vida no ato de aplicação.

O ato de interpretar é o ato de aplicar. A interpretação e a aplicação não constituem momentos autônomos, porque quando se interpreta o fato, a aplicação já está se materializando, portanto, interpretar é sinônimo de aplicar e essa interpretação deve se iniciar com o princípio como ponto de partida para então termos uma fundamentação pautada em uma espécie de círculo da nova hermenêutica - da aplicação da norma: *princípio; texto legal; fato; norma; realidade*.

O presente trabalho em que pese tratar da fundamentação inerente ao direito processual penal, cinge-se na análise das fundamentações jurídicas, haja vista que a ciência do direito precisa, considerando cada conteúdo específico que permeia os conceitos que englobam o direito - *aqui especialmente o processual penal* -, estabelecer regras de fundamentação em campos particulares do direito, sob pena de se ver conceitos sem definições legais estipuladas, serem modificados o tempo todo por uma atitude fundamentalista.

O Código de Processo Penal brasileiro abarca expressões que não foram conceituadas pelo legislador – por exemplo, a *ordem pública* -, permitindo assim um espaço legislativo oriundo do paradoxo do risco, ou seja, o preenchimento desses conceitos pelo Poder Judiciário, que explora a discricionariedade sem qualquer limitação.

Não se fala aqui no dever de motivar as decisões, o qual já é há muito tempo preconizado pela Constituição da República, mas sim em como fundamentar as decisões por critérios norteadores e limitadores da interpretação.

Partindo desse pressuposto, a finalidade dessa pesquisa é a fixação de um procedimento metodológico, pois talvez esse seja o único caminho possível, sem prejuízo de outros tantos (metodologia do procedimento), para que a fundamentação não seja motivada a partir do fundamentalismo (pensamentos ideológicos que ganham contornos de fundamentação), o que não é válido para o direito, pois gera insegurança jurídica.

Sob essas condições, a filosofia de APEL tece as devidas considerações quanto a necessidade de estipular-se critérios para a fundamentação, regras para o discurso empregado, com fins de garantia da validade daquele conhecimento utilizado para fundamentar.

Neste prisma, adota-se alguns pilares para uma fundamentação segura, como o uso da máxima proporcionalidade – inerente a jurisdição penal – como um termômetro quanto a fundamentação válida ou inválida juridicamente, seguido da propositura de critérios de demarcação para a aplicação da fundamentação utilizada sob o mando de conceitos indeterminados, como por exemplo a ordem pública, os quais tem a função de aclarar o termo, produzindo segurança jurídica para todas as partes.

E a partir de então, toma-se como possível a aplicação do termo “ordem pública”, na prisão processual.

1. FUNDAMENTAÇÃO: NA DIMENSÃO FILOSÓFICA E PROCESSUAL PENAL

Quando se fala em fundamentação, a mente humana prontamente pensa em dar uma resposta para alguma coisa, mas essa resposta precisa ter um porque, um argumento, uma fundamentação e, estes porquês precisam ser aceitos, sob pena do receptor não os aceitar e invalidá-los. É nesse sentido que se busca descobrir os caminhos das fundamentações oferecidas pela filosofia e pelo direito processual penal em torno da resposta conferida ao significado do termo *ordem pública*, no que concerne sua aplicação na prisão preventiva.

Na dimensão filosófica, foi escolhida a filosofia de Karl Otto Apel no presente trabalho, o que se faz a partir do seguinte sentido: A ciência do direito³ precisa, considerando cada conteúdo específico que permeia os conceitos que englobam o direito processual penal – por exemplo a *ordem pública* -, criar regras de fundamentação em campos particulares de cada matéria que englobam o direito, em meio aos seus significados e significantes.

Acredita-se, deste modo, que a filosofia transcendental pragmática de APEL possa contribuir para a construção de uma fundamentação jurídica processual penal que não permita o preenchimento de espaços legislativos com critérios discricionários criados pelo Poder Judiciário.

Isso porque, a fundamentação pragmática transcendental se baliza por meio de condições de pretensão de verdade – não aquela verdade real inerente as doutrinas do direito processual penal - mas a aquilo que pode ser verificado, nas regras do discurso. Isso significa dizer que as preposições podem ser “examinadas e ser demonstradas como intersubjetivamente válidas (capazes de consenso) ou falsas, utilizando certos critérios”⁴.

³ O termo “ciência do direito” é aqui empregado no sentido de entender-se os significados dos termos que a circundam por meio do método científico, ou seja, por meio de fundamentos e explicações verificáveis através de critérios objetivos que permitem, portanto, a descrição de verdades e não subjetividades.

⁴ APEL, Fundamentação última não-metafísica? In: Stein, Ernildo; Boni, Luís A. de. (Orgs) Petrópolis: Vozes. 1993, p. 312

Em sua essência, fundamentação significa procurar um fundamento para aquilo que precisa ser fundamentado⁵, ou seja, a fundamentação é o que explica uma preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra. Fala-se em fundamentação todas as vezes em que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável⁶.

Nada obstante, com o fim de evitar o abuso do uso desregrado da fundamentação para se justificar mera opinião, APEL mostra a necessidade em testar argumentos por meio do cuidado metodológico, o que implicaria em uma “comunidade de discursos e argumentações”, que dispõe de uma “linguagem que formula seus problemas e cogita soluções”⁷.

Fundamentação é definida como “dedução de um algo de outro algo”⁸. Em outras palavras, fundamentar significa a reunião de elementos retirados de uma determinada situação fática, para justificar essa ou aquela motivação.

No cotidiano das pessoas é muito corriqueiro o uso das palavras fundamento e fundamentação, trata-se então de noções inerentes ao senso comum, mas que são aplicadas também na produção do saber científico, pois a fundamentação das coisas é perquirida nas mais diversas situações, e especialmente no mundo científico e jurídico, o uso do fundamento ou da fundamentação é utilizado como premissa dessa ou daquela tese, dessa ou daquela motivação ou argumentação.

Essa palavra, noção, categoria ou conceito acompanha, para afirmá-la ou refutá-la. Os significados mais recorrentes de fundamento e de fundamentação podem ser mapeados paradigmaticamente, com a finalidade de reunir argumentos que possam indicar o “Estado da arte nesse particular em tempos atuais, e a partir dessa moldura pensar o sentido do tema, ou então sua falta de sentido”⁹.

⁵ LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos paradigmas da filosofia. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. Editora Juruá. Curitiba, 2009, p. 27.

⁶ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 485 – 487.

⁷ LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. Editora Juruá. Curitiba, 2009, p. 27.

⁸ APEL, K-O. Transformação da Filosofia. São Paulo: Loyola, 2000. V. 1.

⁹ LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos paradigmas da filosofia. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. Editora Juruá. Curitiba, 2009, p. 27.

Partindo desse pressuposto, acredita-se que um procedimento metodológico é um caminho possível, sem prejuízo de outros tantos (metodologia do procedimento), para que a fundamentação não seja motivada a partir do fundamentalismo.

Por isso é que o tema da fundamentação está também relacionado inevitavelmente ao tema do *fundamentalismo* e daí emerge a necessidade de se fazer as pertinentes distinções conceituais.

Referida distinção é prudente a fim de evitar-se que a ideia de *fundamentação* reste relacionada ao *fundamentalismo* ou aos *fundamentalismos*. A exigência da fundamentação não pode ser confundida com uma atitude fundamentalista, seja esta religiosa, política, econômica, jurídica ou até mesmo intelectual.

O fundamentalismo na condição de tema contemporâneo ganha força, portanto, na medida em que as fundamentações são cada vez mais baseadas em pensamentos ideológicos, fato que transforma o direito processual penal de ciência jurídica para ciência política, mundo em que se prega a opinião daquele partido, por essas ou aquelas razões, mas sem cientificidade ou metodologia.

Porém, embora como atitude e como tendência o fundamentalismo possa estar presente em todas as religiões e práticas espirituais, bem como possa ser encontrado em todos os sistemas, tanto na cultura, na ciência, na política, no direito, na economia, nem por isso a busca de fundamentos necessariamente significa uma atitude fundamentalista.

Há, portanto, que se distinguir o que é distinguível. A atitude fundamentalista se apresenta em qualquer sistema na medida em que “alguém ou uma ação se arvora a condição de portador exclusivo da verdade ou da solução única para os problemas¹⁰”. Nesses casos estamos diante de *atitudes fundamentalistas*. Pois, em geral podemos dizer que o fundamentalismo não é uma doutrina, mas a forma de conceber uma doutrina, a forma de compreendê-la, de interpretá-la e principalmente a forma de vivê-la, como verdade única, absoluta, fechada e imutável.

Fundamentalismo representa a atitude daquele que confere caráter absoluto ao seu ponto de vista. Não é uma doutrina, mas uma forma de interpretar e

¹⁰ LUDWIG. Celso. Política da Libertação. Notas Introdutórias a partir da filosofia de Henrique Dussel. Estado, Poder e Jurisdição. 1ª Ed. Rio de Janeiro, 2015. Mundo Jurídico.

viver a doutrina. É assumir a letra das doutrinas sem cuidar de seu espírito e de sua inserção no processo sempre cambiante da história, que obriga a contínua interpretação e atualizações, exatamente para manter sua verdade essencial¹¹.

Um dos problemas do fundamento para o direito, portanto, é a atitude fundamentalista, ou seja, um espaço legislativo oriundo do paradoxo do risco¹², local em que passamos de um mundo de certezas para um mundo de probabilidades¹³, e estas probabilidades se relacionam diretamente com a máxima proporcionalidade, que embasa as fundamentações do direito processual penal.

Essa afirmação se dá pelo grau de subjetividades empregadas nas interpretações legislativas dos conceitos *abertos*, que permitem interpretações inteiramente discricionárias, as quais vão, muitas vezes ao encontro do que está sendo dito pela sociedade – consubstanciando-se assim uma fundamentação política.

O caminho da fundamentação aqui proposto com base na filosofia de APEL, demanda sempre respeito as regras do jogo de linguagem que o diálogo está inserido e para isso remanesce a necessidade de critérios de demarcação científica para argumentar. Isso porque, a fundamentação é sempre uma resposta dada por alguém. Qualquer pessoa que se vale da linguagem assume a existência de regras para o uso linguístico, pois é o que permite aos seres humanos argumentarem.

Sob esse contexto advém a necessidade de critérios para a fundamentação, regras para o discurso empregado, com fins de garantia da validade daquele conhecimento utilizado para fundamentar.

No que concerne a essa proposta de metodologia do procedimento, tendo como ideia a aplicação de normas pragmático-transcendentais, é fundamental a presença do conhecimento científico específico. Explica APEL:

...la fundamentación concreta de las normas está abierta también a la consideración del saber de los expertos sobre las consecuencias y subconsecuencias previsibles que están vinculadas, por lo general, al cumplimiento de las normas que se van a fundamentar.

¹¹ BOFF, Leandro. A Globalização e o Futuro da Humanidade. Ed. Sextante. 2002.

¹² A relação da sociedade de risco com a fundamentação das decisões judiciais está abordada no segundo capítulo deste trabalho – Vide Item 2.1.

¹³ PRIGOGINE, Ilya. **Flecha do tempo e fim das certezas**. In: As chaves do século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 28

Obviamente, las normas situacionales se convierten, de esse modo, en resultados revisables de un procedimiento falible de fundamentación; sólo el principio procedimental, fundamentado pragmático-trascendentalmente y que contiene también las condiciones de sentido de la posible revisión de las normas, conserva siempre su validez incondicionada¹⁴.

A ética do discurso pressupõe uma cooperação de saberes entre a Filosofia e a Ciência. A partir do trabalho filosófico é possível auferir-se as proposições da fundamentação do direito como um todo, e aqui especialmente, no direito processual penal. Isso porque, sem a intervenção da ciência, não há criação de fundamentação técnica especializada, necessária para o direito, ao passo que a fundamentação discricionária, fundamentalista ou subjetiva representa extrema insegurança jurídica para aqueles que julgam, aqueles que são julgados, e para os demais operadores do direito.

Quanto a esse conhecimento especializado, APEL confia a responsabilidade pelas consequências que os efeitos de uma argumentação qualquer podem causar, nas diversas situações concretas, nas quais ela possa influir. Pressupõe, portanto, uma ciência que vá muito além da mera descrição de uma realidade de acordo com o olhar subjetivo. Pressupõe uma ciência com preocupações concretas, uma ciência pragmática¹⁵, que se preocupe, sobretudo, com os efeitos reais de determinada fundamentação em relação ao contexto que aquela norma está inserida.

Consensos argumentativos em situações especiais demandam, como condição de validade, o cumprimento de normas específicas, cuja criação cabe a cada ciência particular.

No direito se perfaz extremamente necessário que as fundamentações sejam submetidas às condições normativas pensadas pela própria Ciência Jurídica, aqui pode-se fazer uma analogia no uso do princípio da proporcionalidade em todas as fundamentações de direito e processo penal, uma vez que toda e qualquer motivação

¹⁴ APEL, Karl-Otto. Teoría de la verdad y ética del discurso. Barcelona: Paidós, 1998. P. 160.

¹⁵ Pode-se dizer que um paradigma consiste num modelo de racionalidade, num padrão teórico, hegemônico em determinados momentos da história e aceito pela comunidade que o utiliza como fundamento do saber na busca de compreensões e soluções. LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. Editora Juruá. Curitiba, 2009, p. 21.

somente será válida se atender os critérios da máxima proporcionalidade, neste campo do direito.

Não existe a pretensão de ditar-se uma regra apta para resolver todo e qualquer problema da fundamentação, mas sim o encontro de um procedimento na tentativa de solucionar-se o problema da fundamentação empregada no conceito de *risco* à ordem pública – ou *risco da* ordem pública - na prisão preventiva prevista pelo Código de Processo Penal no artigo 312¹⁶.

Na filosofia de APEL, a fundamentação válida pressupõe a racionalidade as normas, ou seja, a interpretação da norma, a aplicação do direito, depende que a norma seja obtida por meio de uma situação argumentativa na qual regras procedimentais são indispensáveis, sob pena da fundamentação se pautar em elementos puramente livres, volitivos e subjetivos – *maleáveis* -, portanto, nas mãos do operador do direito.

A importância do procedimento metodológico ou regras procedimentais – critérios de descrição de verdade - , reside no fato de que normas são falseáveis; procedimentos de formação de normas são aprimoráveis ou refutáveis, ou seja, procedimentos argumentativos garantem o controle da racionalidade da fundamentação¹⁷.

A ética Apelina, dentro dessa totalidade, disserta que é tarefa da ciência do Direito a avaliação dos fundamentos e sugestão de normas de validação do discurso jurídico – *tarefa tão difícil quanto necessária*.

¹⁶ A antiga redação do Art. 312, do CPP, revela: 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares ([art. 282, § 4º](#)). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 04/12/2018. Essa dissertação foi finalizada em dezembro de 2019, logo, antes da vigência da Lei Anticrime, no então, em que pese os avanços principalmente do novo art. 315, CPP, a ordem pública ainda não foi delimitada, ou seja, os mesmos problemas ainda vivem.

¹⁷ FOLLONI, André. A Filosofia Transcendental Pragmática de Karl-Otto Apel e sua contribuição para a definição do papel contemporâneo da ciência do direito. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiDrujCAhWlH7kGHUdwBN8QFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dd40590c3ee951eb9&usg=AOvVaw3jUa3k_Z6rZu2hU-wjBoQy. Acesso em 01/02/2019.

A discussão reside, portanto, no campo pragmático, pois é na prática que se vislumbra os efeitos da fundamentação jurídica. Logo, o pragmatismo não se consubstancia tão somente como um problema afeto à ciência do direito, mas é um problema cuja solução dela depende.

Desse modo sintetiza, Adela CORTINA:

...tampoco cabe decir con científicistas y emotivistas que, puesto que sólo en él ámbito teórico cabe hablar de verdad, sólo en él cabe racionalidad. Muy al contrario: en el ámbito práctico se puede y debe argumentar, dar razones que permitan distinguir una norma meramente vigente de una válida¹⁸.

Sob esse raciocínio, importante mencionar que uma decisão não é algo solitário. Quem decide, decide baseado em um conjunto de condições que influenciam essa decisão de modo direto. O meio social, a família, a cultura, a escola frequentada, incontáveis fatores que formam um ser humano influem na decisão a ser tomada.

O homem compreende a partir de pré-conceitos – juízos prévios – produzidos na história. Tal situação – a historicidade assim qualificada – se constitui “na condição transcendental” de toda compreensão humana. E, portanto, a tradição não está a nosso dispor, como objeto dado, manipulável pela vontade do sujeito. Toda compreensão se dá no horizonte originariamente se encontra numa situação de sujeição. Toda compreensão se dá no horizonte de uma tradição de sentido, registra suas marcas, e mais ainda, torna-a possível.

Da mesma maneira os conhecimentos, as valorações, as decisões, as interpretações e o fazer, partem da tradição, condicionando a própria consciência. É nesse sentido que os juízos prévios integram, assim, a estrutura de toda compreensão, sendo inelimináveis inteiramente, ainda que haja a pretendida atuação vigilante da razão crítica. Eles não se limitam a estar presentes na consciência do sujeito, pois são parte da sua base. Daí emerge a necessidade de critérios que condicionem as decisões, caso contrário a interpretação é manipulável pela vontade do sujeito.

¹⁸ CORTINA, Adela. Introducción. In: KARL-OTTO APEL. Teoría de la verdad y ética del discurso. Barcelona: Paidós, 1998. p. 21.

No direito, quem decide por uma entre muitas possibilidades de interpretação e aplicação, seja no âmbito concreto jurídico das normas positivas, seja no âmbito abstrato ou discricionário, põe, na comunidade jurídica, um fundamento *novo*.

O grande problema reside na insegurança jurídica¹⁹ gerada pelo fundamento *novo*, quando o mesmo é aplicado sem nenhum critério, ou seja, mediante uma fundamentação meramente fundamentalista. Decisões postas no âmbito jurídico, tanto por quem faz a lei, quanto por quem decide casos concretos com base na lei, são decisões que devem apresentar fundamentos no âmbito técnico-jurídico, ou seja, livres do livre convencimento – *motivado ou não*²⁰.

¹⁹ A insegurança jurídica é utilizada neste trabalho como sinônimo de incerteza quanto ao que é válido para o direito processual penal e aquilo que não é, ou seja, há extrema necessidade de se ter o conhecimento quanto as hipóteses de aplicação e de não aplicação da prisão preventiva, caso contrário o direito será feito de surpresas, as quais dependerão da compreensão individual de cada julgador.

²⁰ STRECK. Lênio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre Convencimento do NCPC. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 08/05/2018. Quanto ao livre convencimento, importante mencionar que o mesmo fora, pelo menos legalmente, extirpado do ordenamento processual com o advento do novo Código de Processo Civil/2015. O relator Paulo Teixeira entendeu o problema da seguinte forma: “A nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por duas razões: a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a duas, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente”.

Salienta-se que não se está aqui falando quanto ao dever de fundamentar, o qual é garantido tanto pela Constituição Federal/88²¹, pelo Novo Código Civil²² e pelo Código de Processo Penal²³, no direito brasileiro.

É preciso que se estabeleçam quais as fundamentações podem e quais as fundamentações não podem ser acolhidas diante do direito processual penal. Essa é uma função fundamental e cabível à Ciência do Direito do que diz respeito a sua cientificidade. É necessário o estabelecimento de critérios quanto ao regular procedimento argumentativo no campo especializado da aplicação da prisão preventiva para se assegurar a ordem pública e para tanto, para que conceitos indeterminados, vagos ou com alguma ausência de clareza ganhem um norte no sentido de um controle técnico das decisões jurídicas, já que o Poder Judiciário não pode invocar fundamentos subjetivos e discricionários para fundamentar o uso de conceitos indeterminados, critérios de demarcações se perfazem necessários.

Dessa forma, APEL propõe o abandono do “eu penso” pelo “eu argumento”. E, para que o “eu argumento” não seja diretamente fundamentado pelo “eu penso”, a fundamentação deve ser coordenada por certos critérios e procedimentos.

Pensamos que somente assim o processo da fundamentação jurídica não cairá na chamada contradição performativa²⁴.

²¹ CF, art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

²² NCCP, art.489. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

²³ O art. 3º, do [Código de Processo Penal](#) estabelece que no processo penal admite-se (como é óbvio, aliás!) a aplicação dos princípios gerais do Direito.

²⁴ O conceito de contradição performativa em linhas gerais advém da filosofia de Karl-Otto Apel e é empregada nesse trabalho no seguinte sentido: deve ser observada em toda situação concreta os

Na doutrina processualista penal, a lógica que permanece é a lógica da subsunção²⁵, ou seja, a decisão judicial parte de duas vertentes: a *lei* e os *fatos*.

Contudo, existe um caminho a ser traçado entre a lei e os fatos, e esse caminho é chamado de interpretação, a qual pode ser arbitrária e legitimadora do resultado dessa ou daquela decisão, como afirma Habermas²⁶.

Este modelo de fundamentação e decisão, confere um espaço para o chamado “Gambito de Franklin”, em homenagem a Benjamin Franklin, segundo o qual: “é tão conveniente ser uma criatura racional, uma vez que permite que encontremos ou elaboremos um motivo para tudo que queremos fazer”²⁷.

Essa realidade aparece no ato de conceituar a chamada “ordem pública”, do art. 312, do Código de Processo Penal, por exemplo, ou ainda, sobre o que seria a famigerada “razoável duração do processo”.

Muitos juristas acabam por não se atrelar aos fatos, e se mantêm conectados ao paraíso dos conceitos, nos quais se pode proibir, autorizar, obrigar condutas, sem a devida fundamentação.

MORAIS DA ROSA diz que a volatilidade da produção das decisões, com propostas de conceitos sem racionalidade, com maior amplitude, no qual aparente irracionalidade (emoções, raiva, rancor, amor), tem interferência direta e compõe a matriz da decisão, é o local aonde reside o problema²⁸.

princípios que a embasam, sendo necessária a compreensão do princípio do falibilismo (Do latim *fallibilis*, que pode falhar, errar) é o princípio filosófico de que os seres humanos podem estar errados sobre suas crenças, expectativas ou sua compreensão do mundo e ainda assim se justificarem na realização de suas crenças incorretas), pois dele depende toda a fundamentação. *Partindo do pressuposto que quem argumenta contra os princípios da argumentação cai em contradição performativa, quem, no processo penal, argumenta contra os princípios que regem a aplicação desse direito público, também incorre na chama contradição performativa.*

²⁵ MORAIS DA ROSA. Alexandre. Teoria dos Jogos no Processo Penal. Ed. Empório do Direito. Florianópolis. p.835.

²⁶ HABERMAS. Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU. V1, 2010; BRITO, Claudia Aguiar Silva. Processo Penal Comunicativo: comunicação processual a luz da filosofia de Jugen Habermas. Curitiba. Juruá.

²⁷ KAY, Jhon. A beleza da ação indireta. Tar. Adriana Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Beste Seller, 2011, p. 11.

²⁸ MORAIS DA ROSA. Alexandre. Teoria dos Jogos no Processo Penal. Ed. Empório do Direito. Florianópolis. P. 836.

Quando uma norma não diz aos juristas o que ela realmente significa, a retórica argumentativa invade a fundamentação. A possibilidade de que a explicação para aquela decisão judicial será infinita.

A exigência do novo Código de Processo Civil, em seu art. 489, §2º, determina que o julgador explicita os significantes, dificultando a articulação e justificação da decisão, especialmente para que essa não possa sofrer a chamada “bipolarização”. Nada obstante, o diploma legal ter aplicação direta no processo penal, por força do art. 3º, do Código de Processo Penal, na prática o que se observa, ainda, é a falta de critérios – objetivos²⁹ - para a estruturação de uma justificativa adequada da decisão, guardando coerência com as anteriores e as futuras, com os fatos e com os princípios orientadores da matéria.

“A frase “não é justo”³⁰ manifesta-se como sentimento individual que pode ser materializado pelo jurídico. No entanto, depender da compreensão individual do critério de Justiça sempre desagua em *decisionismo*. Há uma autonomia do Direito que deveria impedir que cada um encontrasse a Justiça que mais deseja, seja eterna, de Deus, do Diabo, de uma Seita Jurídica ou do próprio jogador”³¹.

Uma decisão processual - penal, em sua singularidade, deve respeitar os limites do processo e do direito penal, bem como as condições de possibilidade daquele caso concreto em análise – subsunção do fato a norma.

A ideia de fundamentação, em especial de fundamentação do conhecimento, surge, ao que parece, com Parmênides. Em seu poema³² encontram-se indícios sobre a necessidade de um conhecimento qualificado, de caminhos (métodos) e de tipos de conhecimento (*epistêmico e dóxico*). Além disso, uma **fundamentação metafísica** do conhecimento, critério último para avaliar se um determinado conhecimento é verdadeiro ou falso.

²⁹ A palavra “objetivo” é aqui empregada no sentido de que critérios de demarcação são objetivos e não subjetivos, ou seja, devem ser estabelecidos com aquilo que tenha possibilidade de descrição da verdade objetiva e não subjetiva, com interferências internas.

³⁰ BADIOU, Alain *Justicia, Filosofia y Literatura*. Rosário: Homos Sapiens, 2007.

³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; TRINDADE, André Karam. *Que Deus dos juspastores e suas seitas jurídicas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-02/diario-classe-deus-livre-juspastores-seitas-juridicas>.

³² O poema de Parmênides divide-se em três partes: o prólogo, o caminho da verdade e o caminho da opinião. O método do conhecimento verdadeiro estende-se do fragmento 2 ao fragmento 8; o caminho do conhecimento dóxico inicia-se a partir do penúltimo parágrafo do frag. 8. Ver BORNHEIM, Gerd A. *Os filósofos pré-socráticos*. 3a. ed. São Paulo: Cultrix, s.d., p. 53-63.

A necessidade de um conhecimento fundamentado, parece resultar na concepção parmenídica, mais do que de um desejo, de um imperativo “deves saber tudo”, da “verdade bem redonda” e de “opinião de mortais”.

Seria a antecipação da teoria socrática da identificação entre *saber* e *bem*? Quanto aos caminhos de investigação possíveis, há um que conduz à verdade: “diz que o ser é e que o não-ser não é”.³³ O outro, indicado no mesmo Fragmento, “que não é e, portanto, que é preciso não ser”. A deusa diz que este caminho não gera *certezas*, apenas *opiniões*.

Quanto a fundamentação intersubjetiva, ou seja, o paradigma da linguagem, tem maior relevância nesse trabalho, pois não existe direito sem fundamentação e como consequência lógica, toda a fundamentação de qualquer ordem passa necessariamente pela mediação do discurso.

A necessidade da construção de novo paradigma filosófico, no contexto da chamada crise da modernidade e da filosofia da consciência, reacendeu a discussão em torno da necessidade e/ou possibilidade da fundamentação e até mesmo da fundamentação última na atividade da razão.

O *discurso* argumentativo representa, portanto, a instância última de fundamentação: o discurso como *lugar intranscendível* de toda a fundamentação. Em termos gerais, quer dizer que toda a fundamentação, seja ela de ordem filosófica ou científica, seja semântica ou pragmática, seja na esfera da racionalidade estratégica ou da racionalidade ética, deve passar pela *mediação do discurso*. Daí advém o processo da fundamentação³⁴.

O discurso desempenha a função de fundamento necessário, na medida em que toda crítica cética em relação ao tema tem como pressuposto condições de validade inarredáveis, garantia de sentido dos discursos que visam a afastar qualquer possibilidade de fundamentação definitiva de conhecimentos³⁵.

Essa função de fundamento necessário, se consubstancia na máxima de que não há direito sem fundamentação. Se fosse diferente, o juízo formulado não atingiria

³³Fragmento n. 2 do Poema **SOBRE A NATUREZA**.

³⁴ LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos paradigmas da filosofia.

³⁵ LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009, P. 25.

sua finalidade. Portanto, aquele que formula um juízo *pressupõe*, pelo menos implicitamente, que *há pretensões*. Pretensões quanto ao *sentido*, quanto à *validade*, quanto à *compreensão* e quanto à *verdade*. As proposições semânticas podem ser qualificadas como válidas ou inválidas, verdadeiras ou falsas, porque pressupomos a existência de *pretensões de validade* em toda linguagem. Por isso, o *discurso* desempenha a função de meio ou mediação de toda pretensão levantada, inclusive aquelas pretensões que objetivam a rejeição de toda e qualquer possibilidade de fundamentação³⁶.

Em resposta à segunda questão - *por que o discurso seria o lugar intrascendível?* - Cabe ressaltar que as condições necessárias para a validade de toda pretensão discursiva, não podem ser ultrapassadas, sob pena de incorrer em *autocontradição performativa*.

Com efeito, qualquer tentativa que queira negar uma ou todas as pretensões de validade contradiz-se, pois para que haja efetividade é necessária a presença das próprias pretensões que se tenta refutar. Dessa forma, o discurso não pode ser transcendido, pois nele residem as condições irrefutáveis, sempre pressupostas na efetivação de qualquer enunciado.

A relação da contradição performativa com a fundamentação válida advém da filosofia de Karl-Otto Apel e é empregada nesse trabalho no seguinte sentido: deve ser observada em toda situação concreta os princípios que a embasam, sendo necessária a compreensão do princípio do falibilismo³⁷, pois dele depende toda a fundamentação.

Partindo do pressuposto que, quem argumenta contra os princípios da argumentação, cai em contradição performativa. Quem, no processo penal, argumenta contra os princípios que regem a aplicação desse direito público, também incorre na chamada contradição performativa.

³⁶ LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009, P. 26.

³⁷ Do latim (*fallibilis*, que pode falhar, errar) é o princípio filosófico de que os seres humanos podem estar errados sobre suas crenças, expectativas ou sua compreensão do mundo e ainda assim se justificarem na realização de suas crenças incorretas.

Esse conceito para APEL está na distinção pragmática entre o ato de falar e o conteúdo falado; entre a parcela performativa e a parcela proporcional do falar humano. Então, é uma contradição que resulta entre a incoerência, entre o que é dito e o contexto pragmático no qual aquilo é enunciado.

Dá-se contradição performativa, sempre que alguém tentar negar, com seu desempenho, o que implicitamente precisa aceitar, para poder então ter tal performance. Assim, todo aquele que nega os pressupostos de APEL (princípios), torna impossível sua própria argumentação.

A base de constituição de uma contradição performativa, ocorre quando o ato de se fazer um enunciado torna o próprio enunciado falso. Por exemplo: “Eu não estou dizendo nada agora”. A chamada contradição performativa também pode aparecer em casos de enunciados normativos. Por exemplo, o termo “*ordem pública*”, contido no art. 312, do Código de Processo Penal, lá está para a chamada tutela do processo, nada obstante, por incontáveis vezes recebe fundamentação inerentes a prisão *pena* e não a prisão *provisória* revelando, deste modo, uma fundamentação puramente política e ideológica.

Nesse sentido é que a ideia posta na filosofia de APEL ganha força neste trabalho, na medida em que invoca também no campo pragmático, a necessidade de um método para fundamentar um procedimento com a instituição de critérios.

O papel dos *pressupostos transcendentais* do discurso argumentativo, no processo de fundamentação, diz respeito ao fato de que o fundamento não se efetiva com a presença empírica do discurso. Este pode ser válido ou inválido, com ou sem sentido, verdadeiro ou falso, justo ou injusto. Essas condições só podem, em geral, serem avaliadas em situações concretas. No entanto, os pressupostos são transcendentais, reconstruídos por estrita autorreflexão e representam o critério último, enfim, a fundamentação última.

A autorreflexão mostra a relação necessária entre a fundamentação e o fundamentado. Portanto, no discurso, o intranscendível, enquanto ineliminável, diz respeito não ao discurso em si, mas às condições que o tornam possível³⁸.

³⁸ LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009, P. 28.

Tecidas tais considerações, APEL mostra a necessidade³⁹ e até mesmo a urgência, de uma fundamentação filosófica específica em nosso tempo, reconhecendo que tal tarefa seria possível tanto na filosofia teórica – na teoria do conhecimento e na teoria da ciência, por exemplo – quanto na filosofia pragmática.

Isso porque, o problema da fundamentação trata-se de uma questão multifatorial, pois não há um único fundamento para uma determinada questão, mas sim uma infinidade de fundamentos – distintos e variados -, em constante mudança de acordo com o tempo vivenciado, com espaço para novas perspectivas e novos fundamentos.

A fundamentação é concebida, sempre a partir de pressupostos, condições intrínsecas àquela determinada matéria, princípios constitutivos da existência daquele plano (político, jurídico, moral, por exemplo). Tais condições, princípios, orientam a ação da fundamentação empregada “com o fim de limitar firmemente a ação prática quanto aos modos, meios e fins”⁴⁰.

Não é qualquer ação, qualquer meio adotado para o atingimento daquela fundamentação, que é dotada de validade e tampouco qualquer fim escolhido, mas tão somente aquela que for possível e factível diante dos princípios que servem como referência. Portanto, a base da fundamentação são os princípios, que possuem a finalidade de estabelecer marcos estritos, firmes e sólidos para a atividade de fundamentar – para a atividade prática, “tanto no que se refere aos fins a alcançar como aos meios de luta utilizados, e, por derradeiro, aos modos de luta”⁴¹.

Intimamente ligada a questão dos princípios como referência, está o chamado critério-fonte, como ponto de partida para uma fundamentação concreta, a partir daquela realidade que é apresentada a aquele que tem a função de fundamentar.

³⁹ A preocupação em testar os argumentos tem o sentido de prevenir ataques contrários, seja dos céticos, seja dos cínicos. Por isso, encontramos a postura em Apel, em Habermas e em Dussel, entre muitos outros. O cuidado metodológico, portanto, se justifica ante tal possibilidade, motivo que leva a considerar alguns pensamentos nessa linha, como é o caso dos defensores do princípio do falibilismo sem limites, que não apenas consideram uma fundamentação filosófica última de princípios de conhecimento *impossível*, mas também *desnecessária*. (APEL, 1993, p. 310)

⁴⁰ LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009, P. 29-31.

⁴¹ LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009, P. 31.

Esse critério quer dizer que o fundamento deve partir do concreto, do modo de realidade que está sendo visto, sem subjetividade, para que a mesma possua critérios de validade frente ao assunto que estiver sendo tratado.

Sob essas condições, o cenário da simples motivação das decisões perde força para a necessidade da construção de um método – como fundamentar uma decisão para que a mesma não se desvirtue e passe ao fundamentalismo, transformando-se em mera opinião.

1.1. CONCEITOS DE FUNDAMENTAÇÃO E A INCIDÊNCIA DO NCPC NO DIREITO PROCESSUAL PENAL⁴²

A doutrina processual penal, bem como a jurisprudência muito falam acerca da fundamentação das decisões judiciais, no entanto, não há forma definida sobre o que seria o conceito de fundamentação – e talvez se houvessem requisitos para uma fundamentação válida, esses poderiam servir como método na prolação de uma decisão judicial.

Em linhas gerais, a fundamentação representa a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário. Nada obstante, a quem incube esse controle? Partindo dessa condição, percebe-se que boa parte da doutrina tem a fundamentação como (a) uma garantia como o arbítrio judicial; (b) condição para a imparcialidade do juiz; (c) ferramenta para que se possa controlar a conformidade das decisões ao direito e que desempenha tanto funções endoprocessuais, tendentes a viabilizar a impugnação das decisões, quanto extraprocessuais, para que não somente as partes possam estabelecer constrangimentos epistemológicos as decisões proferidas pelo Poder Judiciário⁴³.

Na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, verificam-se apenas a existência do dever de fundamentação das decisões judiciais, as quais restringem o dever de fundamentação a um mero ônus de justificar, mas desprovido de qualquer conteúdo,

⁴² Insta ressaltar que essa dissertação foi redigida antes da vigência da Lei Anticrime, nada obstante o art. 315 do Código de Processo Penal, em muito se assemelha com o art. 489, do NCPC, ao passo que ambos visam delimitar a fundamentação do interprete de modo a afastar argumentos pautados em convicções e subjetividades.

⁴³ TARUFFO, Michelle. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975. p. 237.

ou seja, basta a apresentação de qualquer justificativa à decisão judicial para a mesma ser considerada fundamentada⁴⁴.

Em um primeiro momento de considerações sobre um possível conceito de fundamentação, se perfaz necessária a distinção entre fundamentação e escolha, isso porque a decisão não deve ser fundamentada com base em argumentos morais, políticos e pessoais⁴⁵.

A fundamentação se perfaz como a condição de possibilidade para a decisão tomada. Logo, o interprete ao realizar o ato de interpretação já está fundamentando aquela decisão, e assim não pode deixar de verificar sua possibilidade diante dos fatos tratados, da lei e do direito.

No direito brasileiro, verificamos diversos sistemas de motivações judiciais, os quais são aplicados por cada julgador de acordo com o seu entendimento, daí emerge a necessidade metodológica, a qual não é tratada pela Constituição Federal e tampouco no Código de Processo Penal.

Nesses ditames, pela força do artigo 3º, do Código de Processo Penal, e compulsando o novo Código de Processo Civil/2015, observa-se que o artigo 489 do NCPC/2015 criou mecanismos de imposição quanto a fundamentação das decisões judiciais, servindo estes como requisitos mínimos de fundamentação.

Partindo desse pressuposto é inegável sua influência no processo penal, pois as fundamentações judiciais, no processo como um todo, devem ser guiadas por uma metodologia, sob pena de tornar-se mera formalidade protocolar, vazia em seu conteúdo, ou contra o princípio do contraditório⁴⁶.

⁴⁴ STRECK. Lênio. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/1400-5106-1-PB%20artigo%20fundamentação%20para%20dissertação.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁴⁵ Fundamentação x fundamentalismo.

⁴⁶ “O contraditório precisa ser analisado por um duplo enfoque. Sob um aspecto positivo, significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial; sob um aspecto negativo, constitui uma proibição as chamadas decisões surpresas”. Ou seja: como um caminho a fundamentação válida garante o cumprimento ao princípio do contraditório. “Nesse sentido, o artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro é, sem dúvida, um dos mais importantes dispositivos do Código, na medida em que vê o contraditório sob novos olhos, ao proibir o juiz de proferir decisão, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. STRECK. Lênio. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/1400-5106-1-PB%20artigo%20fundamentação%20para%20dissertação.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

O NCPC/2015, criou essas alterações com base no princípio da segurança jurídica, ou seja, o legislador ao alterar a legislação vigente reduziu a liberdade dos julgadores nas decisões judiciais, isso porque uma interpretação irrestrita e aberta dos dispositivos legais, podem gerar violações aos princípios da igualdade e do contraditório, e assim desencadear em instabilidade e perda da credibilidade no Poder Judiciário⁴⁷.

Quanto a fundamentação das decisões judiciais, José Rogério Cruz Tucci, interpretando o art. 489, §1º do NCPC/2015⁴⁸ trouxe quatro requisitos para a formação do conceito de fundamentação: (a) reconstrução dos fatos que circundam o caso concreto; (b) exposição dos motivos não somente as partes, mas a todos os interessados no processo; (b) motivação como discurso judicial, onde as razões de fundamentação devem ser objetivas e com respaldo legal para amparar a escolha do julgador; (d) motivação como atividade crítico-intelectual, uma vez que a motivação teria que ser um conjunto de reflexões de fato e de direito do juiz no seu julgamento, sem interferências morais ou estéticas.

Seguindo esses requisitos, o conceito de fundamentação seria perfeito, pois estaria formando um caminho lógico para se chegar até o veredito⁴⁹.

Com base no novo CPC/2015, que dita diretrizes para a motivação judicial, pode-se concluir que fundamentar é a exposição dos fatos daquele determinado caso concreto, somado aos direitos que o circundam, aos elementos que influenciaram o juiz a proferir sua decisão, bem como a justificação formal dos motivos apresentados.

⁴⁷ BARBOSA. Vitor Carvalho. A fundamentação de decisões judiciais no novo CPC. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/viewFile/19841/13260>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁴⁸ Código de Processo Civil Brasileiro. 2015. Seção II - Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 18 de outubro de 2019.

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 11-14.

Dentro desse contexto, a teoria que regeu o novo CPC/2015, no que concerne a motivação das decisões judiciais é chamada teoria da incidência, instituto segundo o qual o aplicador do direito precisa, necessariamente, demonstrar a hipótese normativa geral e abstrata em sua decisão e realizar a subsunção do fato a norma, por meio de seu ato judicial, sem abstrações neste caminho⁵⁰, de maneira clara e precisa, por meio da utilização de critérios, portanto.

Fundamento para o dicionário de filosofia⁵¹ é *causa*, no sentido de razão de ser. Esta é uma das significações principais do termo *causa*, graças à qual contém a explicação e justificação racional daquilo do que é *causa*.

Aristóteles diz que *causa* é razão, pois não só permite compreender a ocorrência de fato da coisa, mas também o seu "não poder ser de outra maneira", sua necessidade racional. Na doutrina aristotélica, portanto, assim como em todas as que dela derivam, a *causa-razão* é um conceito ontológico que expressa a necessidade do ser enquanto substância⁵².

Nesse exato sentido Hegel ensina: "O Fundamento é a essência que é em si e esta é essencialmente Fundamento". Fundamento, portanto, é "a essência posta como totalidade", é a razão da necessidade de uma coisa, como julgava Aristóteles⁵³.

Já em Leibniz, essa noção adquiriu sentido diferente e específico, distinguindo-se nitidamente da noção de *causa* essencial ou substância necessária: passa a designar uma conexão falha de necessidade, mas capaz de possibilitar o entendimento ou a justificação da coisa; o princípio desta conexão é chamado de princípio de razão suficiente (*Principium rationis sufficientis*, *Satz vom zureichenden Grund*)⁵⁴.

O fundamento ou razão suficiente explica a possibilidade da coisa, explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de certa maneira.

⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵¹ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 485 – 487.

⁵² Ibidem 35.

⁵³ Ibidem 35.

⁵⁴ Ibidem 35.

O princípio de razão suficiente, se desmembra em: *do ser* e *do agir*. O do ser, rege as relações entre os entes matemáticos, e o princípio de razão suficiente do agir, rege as relações entre as *ações* e seus *motivos*, sendo o fundamento o caminho entre as ações e seus motivos⁵⁵.

Neste sentido, a fundamentação é o que explica uma preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra. Fala-se em fundamentação todas as vezes em que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável e viável⁵⁶.

O iluminismo alemão foi a corrente responsável pela elaboração do conceito de fundamentação do séc. XVIII, e também elaborou a noção de *método do fundamento*, cujas regras seria um o caminho seguro da ciência aplicando os princípios que regem a matéria a ser fundamentada com regularidade, determinando os conceitos com clareza, procurando o rigor das demonstrações e negando-se a dar saltos na dedução das consequências. O método da fundamentação consiste em aduzir o fundamento, ou seja, a razão justificativa, a cada passo do filosofar, e dele a filosofia ainda pode esperar uma salvaguarda do arbítrio⁵⁷.

É nesse sentido que a inovação do CPC/2015 deve, necessariamente, incidir sobre as fundamentações do direito processual penal, afinal toda e qualquer fundamentação, seja de direito processual ou material, deve ser clara, precisa, guiada por um método de rigor, sempre sob os olhos do instituto que a ampara, os fatos e o dispositivo legal, sem espaço para a subjetividade, mas sim para aquilo que pode ser percebido, pois objetivo.

1.2. A CONSTRUÇÃO DE FUNDAMENTOS SEGUROS PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA NO PROCESSO PENAL – A HERMENÊUTICA ESTÁ EM TUDO, MAS NÃO É TUDO

Como já mencionado anteriormente, não é novidade *legal* o dever de fundamentar. No entanto, esse dever advindo principalmente da norma Constitucional,

⁵⁵ Ibidem 35.

⁵⁶ Ibidem 35.

⁵⁷ Ibidem 35.

preconizada no art. 93, IX, da Constituição da República deve estar atrelado aos conceitos que permeiam a norma, sob pena dessa ou daquela fundamentação fugir ao sentido daquilo que foi estabelecido pelo legislador, nascendo deste modo diferentes concepções quanto ao dever de fundamentar, o que acarreta, invariavelmente na bipolarização jurídica.

Evidentemente, motivação não é o mesmo que fundamentação. Isso porque aquele que decide já está fundamentando, caso contrário a escolha se confundiria com a fundamentação e daria lugar a motivação daquele que já foi escolhido. O processo se consubstancia como um instrumento de garantias contra arbitrariedades e é assim que a fundamentação emerge, para assegurar essas garantias.

No entanto, a presença do fundamentalismo nas fundamentações faz com que cada motivação judicial se justifique a partir dessa ou daquela posição adotada pelo operador do direito que está em análise. A fundamentação está ganhando contorno de mera justificação de uma opinião, desprovida de qualquer conteúdo científico e, é dentro desse contexto que a fundamentação não pode se tornar uma simples escolha, mas sim conter critérios próprios de validade, processuais e constitucionais, que não se confundam com argumentos morais e políticos, sob pena de termos uma decisão que não pode ser controlada pelo próprio Poder Judiciário.

Por isso se faz necessária a adoção de critérios, para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada a partir de fundamentos válidos, ou seja, condizentes com a norma debatida.

Sob esse contexto, o princípio do contraditório guarda influência direta com a fundamentação das decisões, ao passo que estamos tratando aqui do direito processual penal. O contraditório se perfaz como o movimento da parte em possuir condições de atuar junto às decisões judiciais, ou seja, de se ter a possibilidade não só de ser ouvido, produzir provas e alegações.

“As partes tem direito a uma resposta que compreende o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes”⁵⁸.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340

O contraditório conduz ao direito de audiência e as alegações mútuas das partes na forma dialética⁵⁹, ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade. Por isso falamos que uma decisão argumentada sob o prisma do fundamentalismo restringe a parte de falar no processo, legitimamente. Isso porque, o princípio do contraditório deve ser visto sob duas dimensões:

“No primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades”⁶⁰.

O fundamento seguro, para a teoria do conhecimento de APEL, seria portanto, aquele que não vem do cotidiano, pois as ciências – aqui a ciência jurídica – produzem um saber, o qual é mais sistemático que a produzida no dia a dia, metodicamente mais seguro e sobretudo bem fundamentado e que, por isso mesmo deve ser preferido ao saber do cotidiano.

Critérios racionais de demarcação que possibilitem a resposta a partir da delimitação da norma, propiciam a consagração do contraditório e o contrário sua violação. Com efeito, “a fundamentação deveria ser estruturada de modo a justificar a decisão”⁶¹. Assim, existiria certo controle sobre a validade das razões empregadas para aquela determinada motivação.

Streck aduz que tal controle deve advir do binômio individualização da norma aplicável ao caso concreto e suas consequências jurídicas, somado aos enunciados fáticos e jurídicos que lhe são apresentados face ao ordenamento jurídico. Assim, a fundamentação se tornaria válida e/ou racional⁶².

Para quem aspira fundamentos válidos, ou seja, aceitos por todas as partes, até mesmo pela parte que não teve seu argumento aceito, nada obstante legal e proporcional, existe a exigência de remeter todos os juízos a fundamentos sólidos: não apenas aquelas com exigência de conhecimento, mas também todas as outras

⁵⁹ LOPES, Jr. Aury. Direito processual penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.94.

⁶⁰ LOPES, Jr. Aury. Direito processual penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.94.

⁶¹ STRECK. Lênio. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/1400-5106-1-PB%20artigo%20fundamentação%20para%20dissertação.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁶² Ibidem 46.

convicções, como aquelas de caráter normativo. A consequência disso é a concordância de que somente enunciados devidamente fundamentados podem ter direito a um reconhecimento geral.

Essa é a ideia metodológica, a qual para a condução à uma fundamentação racional deve vir atrelada a força da lei e aos princípios que embasam a matéria, seguido do estabelecimento de critérios de demarcação científica, que não se confundem com escolha ou subjetividade.

As leis emprestam sua força da necessidade de orientar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente fizeram ao rei⁶³.

O intérprete da lei, portanto, é o soberano, e não o juiz, ou seja, a tarefa do juiz consiste em examinar o conteúdo produzido pelo soberano, se é ou não contrário a lei maior. O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro⁶⁴.

Sabe-se que a motivação das decisões judiciais é um dos pilares do Poder Judiciário, e nesse sentido, aquele que perdeu o processo saberá como e por quê, tão somente pela fundamentação empregada. É afastar toda arbitrariedade. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de maldizer os juízes. “A sentença validamente motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão”⁶⁵.

A motivação concreta e individual abre as portas para a incidência de juízos de valor no direito, logo, cabe ao magistrado recorrer às técnicas argumentativas para tornar suas decisões aceitáveis para os juristas, para as partes e para a sociedade.

⁶³ BECCARIA. Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2018. P.112.

⁶⁴ Idem 30.

⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 210.

Contudo, a aplicação da lei escrita emanada pelo Poder Legislativo, não pode dar lugar a pura e simples retórica exercida sem qualquer critério delimitador, bem como a argumentação jurídica falseada por convicção pessoal e parcial.

Desta feita, o papel do juiz é componente da judicialidade e motivação de qualquer norma que tenha aplicação na persecução penal, logo a retórica e argumentação jurídica estão diretamente inseridas em seus atos, os quais atingem intimamente a esfera de direitos fundamentais do indivíduo, pois completamente atrelada a justificativa da resolução do mérito da causa, bem como em cada ato da persecução penal – *regados pelo contraditório e ampla defesa*.

A “reserva de jurisdição”, entendida como uma garantia constitucional decorrente do Estado Democrático de Direito e da cláusula do devido processo legal, atribuído ao Poder Judiciário, e somente a ele, o poder/dever de decidir conflitos ou controvérsias sobre a norma aplicável em uma situação concreta⁶⁶. Nada obstante, esse poder de decidir deve obediência aos preceitos constitucionais, logo, a motivação galgada na Constitucional da República, deve ser observada na explanação judiciária, caso contrário, não passa de mera retórica, a qual não é passível de ser excluída na interpretação legislativa, no entanto a explicitação dos motivos necessita de um controle que permita verificar se os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima.

Nesse sentido, as considerações de Antônio Magalhães Gomes Filho, detalham o raciocínio:

"A motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais transcende o âmbito próprio do processo, alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional⁶⁷."

⁶⁶ LOPES, Jr. Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed; São Paulo: Saraiva, 2015, p. 412.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O que se exige é que haja uma consciência judicial, de modo que as motivações expressem com clareza todos os caminhos fáticos e jurídicos escolhidos na decisão judicial. Sem com isso se deixar guiar por razões outras que se distanciem dos fatos demonstrados no processo, das razões constitucionais impostas pela lei e pelo comando dado pela norma processual penal. As razões jurídicas devem ser formadas por dois critérios, portanto: *situação fática do caso estudado e adequação a norma*.

1.3. CONSIDERAÇÕES QUANTO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

Quando se fala em fundamentação e argumentação jurídica, inevitavelmente é preciso também falar sobre a retórica. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy é vasta e ampla, o que não se pretende esgotar neste trabalho. No entanto, serão destacados alguns aspectos característicos dessa teoria que auxiliam no desenvolvimento do tema proposto.

Sabe-se que o Poder Judiciário é provocado a decidir os inúmeros casos que chegam ao seu conhecimento. Cabe aos Magistrados, Desembargadores, Ministros a justificação dos argumentos fáticos e legais eleitos para fundamentar sua decisão. Dentro dessa eletividade, uma infinidade de argumentos começa a emergir. Entender qual é a exegese mais racional para uma sentença judicial implica em conhecer as teorias que regem a argumentação jurídica. Principalmente em casos envolvendo a concessão de liberdade ou decretação da prisão preventiva, em uma sociedade em que a violência aumenta em graus astronômicos e assombra todos os seus membros, em todos os níveis e classes sociais.

O porquê do desenvolvimento da argumentação jurídica é explicado por Anizio Pires Gavião Filho:

Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento de criação do Direito, para uma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade da teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição jurídica particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser

alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então como um caso especial (Sonderfall) do discurso prático geral⁶⁸.

A teoria da argumentação jurídica precisa, portanto, ser discutida, uma vez que, em grande número de casos, a proposição legal expressa em um julgamento, não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas válidas, tomadas em conjuntos com fatos comprovados ou com o direito posto. Essa situação pode ocorrer pela imprecisão da linguagem do Direito; pela existência de conflitos entre as normas; em casos em que não há norma jurídica válida e existente e em casos especiais, pela possibilidade de a decisão contrariar textualmente a lei. Por isso, a fundamentação jurídica se perfaz necessária, com o fim da proposição legislativa vir acompanhada das melhores razões e justificativas racionais⁶⁹.

Cabe ressaltar que existem diversas formas de discussão jurídica, debates jurídicos e discussões em torno de questões legais. Nas diversas discussões há semelhanças e diferenças, mas o mais importante é a existência de argumentos jurídicos racionais, os quais pressupõe a fundamentação válida⁷⁰.

Por sua vez, “os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos”⁷¹. Destaca-se que, em alguns momentos, Robert Alexy denomina justificação de fundamentação. Dois aspectos da justificação podem ser observados: *a justificação interna e externa*.

A primeira etapa é denominada de justificação interna, fase de descobertas das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas das regras ou dos princípios – nesse sentido é que se fala da construção da fundamentação jurídica processual penal, com base no princípio da proporcionalidade. A segunda etapa é denominada de justificação externa, fase de justificação das premissas, dos critérios, quando as premissas elencadas na etapa

⁶⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 143.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 17.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 213.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 211.

anterior serão de fato fundamentadas e demonstradas. É na justificação externa que a relação entre fato e norma precisa ser completada de maneira objetiva.⁷²

A respeito da justificação de uma decisão judicial, exige-se que ela possa ser reconstruída, de modo que a proposição normativa eleita para o caso, siga logicamente das proposições apresentadas na justificação da mesma, livre de contradições⁷³.

Dentre os diversos aspectos da teoria da argumentação jurídica apresentados por Alexy, a dogmática jurídica aparece como uma atividade racional e não emocional⁷⁴, de modo que “o objetivo da dogmática jurídica é apresentar o Direito como um sistema coerente fundamentado por meio de razões gerais”⁷⁵.

Embasam as razões gerais a categoria dos precedentes, a qual consubstancia-se como um método de argumentação requerido por motivos práticos gerais, pautado no princípio da universalizabilidade. No entanto, casos semelhantes podem ter decisões diferentes, pois a abordagem referente à circunstância é alterada. Nesta situação, exige-se o respeito ao precedente como questão de princípio, admitindo-se exceções sujeitas a imposição do encargo do argumento⁷⁶. Isso porque o precedente tem função estabilizadora, contribui para a certeza jurídica e a proteção de confiança na tomada de decisão judicial. A regra do precedente é um *método* de argumentação racional e prático, limita o argumento geral prático, mas seu uso pressupõe utilização de outros argumentos⁷⁷.

Ainda, há formas especiais de argumentos jurídicos, tal como a analogia, que deve ser justificada no discurso jurídico, sem esquecer que o discurso jurídico é uma espécie de discurso prático racional geral.

⁷² GEREMBERG, Alice Leal Wolf. A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’. Tese de doutorado apresentada na Puc -Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.P DF>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019. P. 85.

⁷³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 164.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 257.

⁷⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 214.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 258-259.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 260.

(...) o discurso jurídico, enquanto espécie do 'discurso prático racional geral' respeita seus princípios e bases e, por conseguinte, em diversos momentos, a argumentação prática geral, será utilizada na 'argumentação jurídica', atuando como um reforço e complemento desta (GEREMBERG, 2006, p. 106).

A partir dessas premissas, constata-se a clara complementaridade existente entre a argumentação geral, argumentação jurídica e fundamentação válida. Entretanto, apesar desta relação de complementaridade, observa-se que o surgimento do discurso jurídico advém da subjetividade impregnada nas diferentes formas do discurso prático geral que não levam a nenhum resultado ou a um resultado inconclusivo diante de uma fundamentação racional. Essa situação, implica, portanto em uma limitação do alcance do que é possível discursivamente de modo racional e o que não é, em termos de conteúdo⁷⁸.

Diante disso, verifica-se que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral. "Consiste num procedimento racional, discursivo e intersubjetivo, o qual intenta legitimar decisões propiciando ao Direito correção e justiça"⁷⁹.

O Direito promove, necessariamente, uma pretensão e correção, o que significa: i) a afirmação de uma correção; si) a garantia da justificação e iii) a esperança do reconhecimento e da correção. Desta forma, quando um juiz submete a norma jurídica ao caso concreto para decidi-lo, há a pretensão de que esta proposição esteja adequada, por meio da devida justificação, a qual tem que ser considerada correta pelos operadores do direito, bem como pelas partes⁸⁰.

A Teoria da argumentação jurídica racional contemporânea traz à baila um entendimento de como argumentar racionalmente quando as condições lógicas no processo não existem (conflito entre leis ou precedentes e lacunas). Essas situações dão nascimento ao ato de cognição do juiz, envolvendo o elemento discricionário, o qual deve vir atrelado em uma argumentação racional. A decisão judicial preenche a

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 267.

⁷⁹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'. Tese de doutorado apresentada na Puc -Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.P DF>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019. P. 107.

⁸⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 153.

lacuna⁸¹ da lei, de acordo com padrões da razão racional,⁸² e é aqui que a função da metodologia se encaixa para não permitir que a fundamentação alcance fins subjetivos.

Nesse sentido, há necessidade de estudos analíticos quanto a estrutura do argumento em decisões particulares, científicas; e das regras que precisam ser seguidas; das formas de argumentação utilizadas nas diferentes áreas do direito e das decisões, o que contribuiria para o surgimento de uma teoria de argumentação jurídica racional.

Sob essas condições, a argumentação jurídica possui um papel fundamental no sentido da busca por uma solução que se entenda como válida, através do desenvolvimento de uma atividade racional, de forma que se trata de um instrumento importante para todos os operadores do direito.

Ainda, importante é a relação entre a argumentação jurídica e a técnica de ponderação. Ponderação “(...) pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (...) em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”⁸³. Seja envolvendo normas constitucionais ou infraconstitucionais, a subsunção não é a técnica mais adequada, mesmo porque há casos que se encaixam em mais de uma norma jurídica válida.

A respeito da ponderação, Alexy ⁸⁴esclarece que essa técnica se subdivide em três estágios. O primeiro consiste no estabelecimento do grau de interferência ou não-satisfação no primeiro princípio; o segundo estágio consiste no estabelecimento da importância em se satisfazer o segundo princípio envolvido, e por fim, no terceiro

⁸¹ “A grande lacuna da ordem pública sustenta-se, desse modo, na ausência de um conceito sobre o que seria esse termo, ordem pública. O qual, no presente momento, se perfaz como um alvará de prisão, aberto para prender e fundamentado nas mais diversas motivações, o que desenha o abismo argumentativo aduzido, ou, iguala a ordem pública como a um “coringa” no processo penal, fato que clama por soluções, pois processo penal não se faz com coringas, e coringas não estão na lei”. (CANTÚ, Mariana Coelho. *Jurisdição Penal com os Pés de Barro: “Ordem Pública” no Imaginário Sistema Punitivista Brasileiro – Parte 01*. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/jurisdicao-penal-com-ospes-de-barro-ordem-publica-no-imaginario-sistema-punitivista-brasileiro-parte-01>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 08/10/2019).

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 33-34.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 75.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. P. 297.

estágio verifica-se se a satisfação do último princípio justifica a não-satisfação ou interferência no primeiro.

Assim, a relação entre a argumentação jurídica e a ponderação são complementares. A Argumentação jurídica justifica, por meio de cadeias argumentativas, as escolhas da ponderação dos princípios⁸⁵.

Toda a argumentação e interpretação deve ser pautada em uma interpretação constitucional ancorada em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma, e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução fundamentada para o caso concreto⁸⁶.

A partir das premissas aqui expostas, no tocante especificamente aos motivos descritos nas decisões para a decretação da prisão preventiva, verifica-se que necessariamente aqueles que decidem, que opinam e que requerem, fazem uso da argumentação jurídica, pois a resolução da questão encontra-se em uma norma jurídica de conteúdo *aberto*, que permite as mais variadas motivações.

Ocorre que, - neste caso específico da prisão preventiva, foco da fundamentação analisada nesta dissertação, especialmente no que concerne o termo “ordem pública” - com fulcro em uma “suposta fundamentação”, em uma “falsa argumentação jurídica” e numa retórica baseada exclusivamente no fundamento do termo “*ordem pública*”, conceito vago e genérico, que permite o encaixe dos mais variados argumentos, aprisionam todos os dias milhares de pessoas, mesmo que a fundamentação aplicada para tanto não contenha pressupostos de validade, pois isenta de critérios de demarcação.

⁸⁵ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’. Tese de doutorado apresentada na Puc -Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.P DF>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019. P. 25-26.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 376.

Nesse sentido é que a argumentação jurídica não pode ser transformada em mera retórica, sem qualquer pressuposto de racionalidade ou validade. Por tais razões, se defende a construção de uma argumentação jurídica criteriosa, baseada em um método para que a “ordem pública” seja aplicada de forma racional e não emocional ou política.

2. OS PRINCÍPIOS NO SENTIDO FILOSÓFICO NO PARADIGMA DA LINGUAGEM E A RELAÇÃO COM DIREITO PROCESSUAL PENAL

Toda a fundamentação jurídica, seja ou não no direito processual penal, precisa partir de algum ponto, sob pena de tornar-se mera motivação. Os princípios então se consubstanciam como esse ponto de partida, que tem a função de dar causa ou embasar o fundamento perquirido.

Ambos os significados, “ponto de partida” e “causa” estão permanentemente atrelados na noção de fundamento para a filosofia jurídica. Aristóteles enumera os significados de *princípios* no seguinte sentido: (a) ponto de partida de um movimento, ou seja do caminho a ser percorrido; (b) aquilo que facilita a compreensão de uma coisa, ou seja, que dá uma direção; (c) alicerce de uma casa, ou seja, o que dá base para a fundamentação; (d) causa externa de um processo ou um movimento, ou seja, aquilo que provoca a fundamentação ou de que parte um processo de conhecimento⁸⁷.

Para Aristóteles, por vezes os princípios passavam a assumir o papel de elemento constitutivo das coisas ou dos conhecimentos, uma vez que são considerados incorruptíveis, ou seja, aquele que adere ao princípio como ponto de partida de uma fundamentação, seja para a criação de critérios científicos, para a aplicação da exegese jurídica ou para o estudo de um caso concreto, estaria caminhando por um caminho de fundamentação válida⁸⁸.

⁸⁷ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 792

⁸⁸ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 793

A Ética do discurso de Apel e Habermas tem a ideia da criação de um critério procedimental na linguagem argumentativa, com a finalidade de atingir-se uma fundamentação racional de normas morais, afastando a fundamentação subjetiva. Destarte, “a validade de uma norma é determinada pelo consenso alcançado entre sujeitos capazes de linguagem e ação”⁸⁹, ou seja, o objeto da ética do discurso é uma locução terminológica com sentido preciso.

Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel, propunham uma perspectiva filosófica transcendental com foco na intersubjetividade e na dialogia, fundamentalmente numa filosofia da comunicação, ensejada mediante procedimentos formais de argumentação⁹⁰.

A teoria da Ética do Discurso, engendrada em perspectiva crítica, opõe-se aos modos de sujeição dos indivíduos e comunidades ao buscar elementos de elaboração de consensos mediante práticas argumentativas entre interlocutores que tenham liberdade e possibilidades de expressão iguais. Pressupõe princípio discursivo e democrático associados a práticas comunicativas isentas de contaminação e violência a fim de que se possam buscar elementos comuns de ação. Trata-se de teoria cuja caracterização reivindica constituição comunitária ideal, no que há de demonstrar alguma fragilidade significativa e vulnerável às críticas⁹¹.

A intersubjetividade construída em uma comunidade de comunicação, por exemplo, na comunidade jurídica que trata de temas pertinentes ao direito e processo penal, se perfaz como um elemento inovador proposto pela Ética do Discurso, pois a tradição filosófica anterior não evidenciava elementos intersubjetivos ou dialógicos num âmbito exclusivamente humano para validade da verdade⁹², e notadamente, da verdade moral enquanto orientadora de conduta. Assim, a Ética do Discurso erige-se como teoria ou método de compreensão ética autônoma e distinta da convencional desde o último quartel do século passado, com as elaborações havidas no frutífero intercâmbio de pesquisas e discussões entre Habermas e Apel.

⁸⁹ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 793.

⁹⁰ PONZILACQUA. Márcio Henrique Pereira. Ética no Discurso. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1ª Ed, maio/2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/144/edicao-1/etica-do-discurso>. Acesso em 08 de dezembro de 2019.

⁹¹ PONZILACQUA. Márcio Henrique Pereira. Ética no Discurso. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1ª Ed, maio/2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/144/edicao-1/etica-do-discurso>. Acesso em 08 de dezembro de 2019.

⁹² Deve-se salientar que quando falamos em verdade, fala-se daquilo que é possível ser identificado por todos os sujeitos que estão se relacionando em busca de um discurso para um determinado fato e não da busca da verdade real, o que realmente aconteceu, e se é possível atingir-se essa verdade real – discussão não pertinente a esse trabalho.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que a linguagem mediatiza as relações intersubjetivas e que, portanto, está presente em todas as fundamentações, argumentações e comunicações humanas, Habermas fala de um jogo linguístico – metodológico – que é submetido a certas regras, sobre as quais é necessário um mútuo entendimento, tanto sobre as regras quanto sobre o sentido das palavras usadas nesse jogo e o sentido das coisas mediadas pelos significados das palavras.

Tais regras são “[...] regras semânticas constitutivas do discurso [...] decisivas para o significado, e, desse modo, também são decisivas para o procedimento de verificação e para o consenso. Ou seja, trata-se aqui de regras que possuem um caráter eminentemente pragmático”⁹³.

Quando se fala em fundamentação da ética do discurso, Habermas guia sua norma formal e procedimental a partir do chamado *princípio do discurso*, o que confere base para a argumentação, uma vez que serve para enfatizar a ideia de que um discurso só pode ser considerado válido se a argumentação eleita seja construída de modo racional e de forma não coercitiva ou arbitrária. Constitui também norma procedimental, o fato de que os falantes devem ter chances iguais para expressar seus argumentos, ideias e opiniões, fato que se consubstancia na garantia ao princípio do contraditório no direito processual penal. Ou como afirma o próprio Habermas:

Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento⁹⁴.

Além disso, a ética do discurso, tal como definida por Habermas, tem por objetivo a construção de relações comunicativas, participativas e solidárias, tendo a linguagem como meio de integração social, sendo inclusive uma proposta para uma ética do “viver bem”, a qual caso seja violada torna inválida qualquer fundamentação proposta para um determinado acontecimento ou fato.

⁹³ ZANELLA, Diego Carlos. [A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas](#). **Thaumazein**, Santa Maria, ano V, n, 10, 2012. p. 134.

⁹⁴ ZANELLA, Diego Carlos. [A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas](#). **Thaumazein**, Santa Maria, ano V, n, 10, 2012. p. 137

Dentro do contexto aqui abordado, a exposição de Josef Esser quanto a utilização dos princípios é de grande valia. Esser diz que os princípios constituem a causa, o critério e a justificação de uma coisa, muito embora não os enquadrem como mandamento, indica que eles devem funcionar como “condição imanente do ser e das regras”⁹⁵.

Essa condição de princípio tem relação direta com paradigmas. Fazendo uma análise da filosofia com o direito processual penal, é possível dizer que o sistema inquisitório, onde o sujeito é o “senhor dos sentidos”⁹⁶, está diretamente ligado ao paradigma da consciência, uma vez que é umbilicalmente ligado a subjetividade na relação sujeito-objeto⁹⁷.

O sistema inquisitório também guarda relação com a fundamentação inválida, ao passo que exsurge da produção da prova *ex officio*, da decretação da prisão preventiva motivada e não fundamentada, e da prevalência de princípios como o do livre convencimento do juiz⁹⁸.

⁹⁵ ESSER, Josef. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. De Eduardo Valenti Fiol. Barcelona, Bosch. 1961. p. 66 e 67.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2019.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2019. Pg. 3 – “O esquema sujeito-objeto está relacionado ao paradigma da filosofia da consciência. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva. É improvável ou extremamente difícil que o jurista/pesquisador/operador possa vir a entender o imbróglio decorrente do debate” “sistema inquisitivo-sistema acusatório” sem compreender esse “problema filosófico.” A cultura estan-dartizada que permeia o direito, embora já tenhamos avançado nesse campo, continua a olhar a filosofia de soslaio, como se esta fosse um mero adereço ou adorno da ciência jurídica. Daí a minha insistência em ancorar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro linguístico-ontológico. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes à Husserl, o sujeito da subjetividade “imanente” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquisição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência. Essa consciência é a “consciência de si”. O “eu mesmo” é dado de modo imediato. É como se o sujeito (desse “esquema” S-O) possuísse “representações exatas” da realidade. O “inquisidor”, com o seu “estar certo” (ter a representação “exata”) dispensa a pergunta pelo sentido. Daí a pergunta: por que é tão difícil relacionar o que foi dito com as mazelas que decorrem do inquisitorialismo? Antes de mais nada, sugiro, para começar a discussão, que desconfiemos da frase “eu julgo conforme a minha consciência”. Não há democracia e igualdade no âmbito de qualquer inquisição. Trata-se de uma impossibilidade filosófica-paradigmática”.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2019. STRECK. Pg. 3.

Por consequência, e por corolário tema desse trabalho, o sistema acusatório é o modo pelo qual temos uma aplicação igualitária do direito e processo penal em relação a todas as partes desse procedimento, é a recepção do paradigma da linguagem, “o giro linguístico-ontológico, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem”⁹⁹. Dizendo de outro modo: “trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem”.

Dentro dessa ótica, sob o prisma do paradigma da linguagem, tem-se que uma regra somente será clara quando nos colocamos de acordo com seu sentido, e aqui está a função máxima do princípio, princípios não permitem a discricionariedade da interpretação, mas sim “fecham” a interpretação, de modo que a interpretação, ou seja, a aplicação não permeiem sob o caminho da discricionariedade.

Em resposta a seguinte indagação, como os princípios lógicos podem ser aplicados na aplicação de norma jurídica? Kelsen dita que “os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”¹⁰⁰.

Esse é o modo em que Kelsen relaciona verdade e validade, pois considerando que as normas jurídicas podem demonstrar contradição, os princípios devem determinar qual preposição é verdadeira, e como consequência lógica, os princípios irão indicar a norma válida ou os critérios para que determinada norma seja válida a partir da adoção desse ou daquele fundamento.

Observa-se então que a ligação dos princípios com o direito processual penal, influi diretamente na aplicação das normas pelo juiz, que deve lançar mão de argumentos de princípios e não de política, pois desse modo nasceria uma espécie

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2019.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista machado. São Paulo: martins Fontes, 1985.

de “blindagem as importações de convicções pessoais e morais; contra discricionarismos”, na defesa da democracia¹⁰¹.

Esse é o papel dos princípios, filosoficamente, que deve ser importado para o Direito, para se resolver o problema do esquema sujeito-objeto, considerando que essa questão não parece estar devidamente esclarecida e compreendida pela teoria do direito.

Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a applicatio, não desoneram o aplicador (juiz) dos Begründungsdiskurs Revista de Informação Legislativa¹²⁶(discursos de fundamentação). E isso faz a diferença¹⁰².

Se o princípio é adotado como base da decisão judicial, ele “principia tudo” e sem eles esse *tudo* corre o risco de tornar-se perdido em meio a tantos subjetivismos que antecedem a aplicação das normas jurídicas.

2.1. O USO DE PRINCÍPIOS COMO PILAR DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípios são as diretrizes de todos os ramos do direito. Funcionam como um mandamento para que aquela decisão ou manifestação, atinja todos os seus fins legais, em consonância com a Constituição da República, bem como com a espécie do direito em análise. São os pilares que sustentam nosso sistema normativo e consequentemente que devem embasar as fundamentações jurídicas.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência¹⁰³.

Robert Alexy, ensina que: os princípios são mandados de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.¹⁰⁴

Princípios devem ser interpretados como regras, sob pena de não serem incorporados quando da interpretação da norma, considerando que os mesmos não são transcendentais. Logicamente que aqui a referência que se faz é relativa aos princípios de direito positivo, princípios que em verdade são regras, pois não necessitam de positividade.

Wroblewski conceitua princípios, sucintamente, como regras, palavras ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação, daí sua equiparação com uma regra, haja vista que sem eles qualquer argumentação fica carente de base sólida e técnica para a fundamentação¹⁰⁵.

É importante mencionar que os princípios que embasam o direito, aqui falando do direito penal e do direito processual penal não são princípios alheios ao ordenamento ou criação jurisprudencial, mas sim fazem parte da regulamentação do direito, de maneira intrínseca, por isso a conjunção mútua entre normas e princípios é necessária, portanto, a ideia de discricionariedade judicial é sintomática, pois ela simplesmente não existe, ao passo que o juiz ao se deparar com hipóteses de lacunas

¹⁰³ CRETELLA JUNIOR, José. *Filosofia de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 35.

¹⁰⁴ CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa - no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá. P. 101.

¹⁰⁵ Genaro Carrió indica 7 focos de significação assumidos pelo vocábulo princípio: "a) príncipe positif du droit: c'est la norme explicitement formulée dans le texte du droit positif, à savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions - princípio positivo do direito: esta é a norma declarada explicitamente no texto do direito positivo, ou seja, uma provisão legal ou uma norma construída a partir dos elementos contidos nessas disposições; b) príncipe implicite du droit: c'est une règle traitée comme prémisses ou conséquence des dispositions légales ou des normes - princípio implícito do direito: é uma regra tratada como premissa ou consequência de disposições ou normas legais; c) príncipe extrasystémique du droit: c'est une règle traitée comme principe, mais qui n'est ni principe positif du droit, ni principe implicite du droit - princípio extra-sistêmico do direito: é uma regra tratada como um princípio, mas que não é um princípio positivo do direito nem um princípio implícito do direito; d) príncipe-nom du droit: c'est le nom caractérisant les traits essentiels d'une institution juridique - princípio-nome do direito: é o nome que caracteriza as características essenciais de uma instituição legal; e) princípr-construction du droit: c'est la construction du légis-lateur rationnel ou parfait, pré-supposée dans l'élaboration dogmatique du droit ou dans l'application et l'interprétation juridique - princípio da construção da lei: é a construção do legislador racional ou perfeito, pressuposto na elaboração dogmática da lei ou na aplicação e na interpretação legal" – CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1990, p. 318.

normativas, toma decisões vinculado ao direito positivo que aplica, e consequentemente aos princípios que regem esse direito positivo¹⁰⁶.

Eros Roberto Grau equipara princípios a regras, aliás, afirma: “princípios são regras”¹⁰⁷. Princípios do direito, aqueles explícitos, os quais são afirmados de forma expressa pelo texto legal ou da Constituição da República e os implícitos, aqueles que advêm da interpretação de preceitos constitucionais ou de uma lei. Sob esse contexto, os princípios tem a função precípua de orientar o discurso de um determinado direito. Princípios do direito, aqueles atinentes a determinada matéria, estão ligados intimamente ao discurso jurídico¹⁰⁸.

Na filosofia de Dworkin, os princípios informam as normas comuns ou regras de tal sorte que a literalidade da regra poderá ser desconsiderada pelo julgador quando violar um princípio considerado importante para aquele caso específico em função do seu conteúdo e força argumentativa¹⁰⁹.

No que concerne à violação dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos¹¹⁰.

Isso porque a base que forma o alicerce dos comandos emanados pela norma, nascem dos princípios, daí surge a equiparação realizada por Eros Grau, de que “princípios são regras”¹¹¹.

Dando um destaque sob o mesmo prisma, mas diferenciando princípios e regras¹¹², Canotillho, aduz que os princípios são superiores as normas positivadas,

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 104.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 101

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 101.

¹⁰⁹DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Readução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 01).

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO. (Org.). Direito Administrativo na Constituição de 1988. 1991.p. 923.

¹¹¹ Idem 21.

¹¹² Aqui deve-se asseverar que o foco desse trabalho não é diferenciar ou equiparar princípios a regras, ou princípios de regra, mas sim demonstrar a importância dos princípios na aplicação da lei processual penal.

uma vez que guiam o interprete para uma melhor interpretação em relação ao caso concreto, ou seja, para que a interpretação na aplicação da norma não seja conflitante com a Constituição Federal ou não seja repleta de arbitrariedade.

Os princípios interessar-nos-ão aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante o condicionalismos fácticos e jurídicos, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in al-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem, exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica de tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standardas que, em primeira linha devem ser realizados; as regras contem fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)¹¹³.

O chamamento aqui do princípio da proporcionalidade se deve a sua principal característica: o princípio da proporcionalidade consubstancia-se como pauta de aplicação do direito e por isso passa a ser considerado como a máxima proporcionalidade e não tão somente princípio. Assim, no que concerne a aplicação do direito penal, guarda estrita relação, pois tem o condão de condicionar a aplicação da melhor medida possível de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, para aquele cidadão submetido as medidas de restrição do processo penal. O princípio da proporcionalidade então, nas lições de Robert Alexy, equivale a noção de “máxima proporcionalidade”, a qual não se presta a ponderação, pois seu *descumprimento* equivale a ilegalidade.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almeida, 1999. P. 1087-1088.

2.1.1. A MÁXIMA PROPORCIONALIDADE – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PAUTA PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A “máxima proporcionalidade” estaria mais apropriadamente catalogada como regra, tal como afirmado incessantemente por Eros Grau. Para Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade, portanto, *não* é um princípio, uma vez que princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito não deve ser ponderado diante de algo ou de algum objeto, ou seja, *não significa dizer que ele tem procedência algumas vezes e outras não*. O que se deve indagar é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, ou se sua observância tem como consequência a ilegalidade.

É nesse sentido que o princípio da máxima proporcionalidade aparece como *método da fundamentação* jurídica nos temas e procedimentos que envolvem o direito processual penal, pois tem a função de limitar a função do Poder Judiciário, de modo que os conceitos abertos e/ou indeterminados não sejam supridos por fundamentalismos, ou motivações discricionárias.

A máxima proporcionalidade deve ser observada quando da aplicação da lei, quando a matéria das coisas sob a ordem prática – quando a mesma estiver sendo aplicada – se revestir de ilegalidades ou irregularidades. Por tais razões, quando o legislador preconiza uma norma ambígua, obscura, abstrata ou colidente, é função do interprete corrigir referida omissão, pelo silogismo do legislador, ou seja, o que o legislador faria se estivesse diante daquela situação, presente naquele momento. O que faria constar na lei? – simplesmente por questão de equidade. Aristóteles sustentava a aplicação da lei por meio da correção da justiça desse modo¹¹⁴.

Nada obstante, esse ato de pensar conforme o legislador, revela o subjetivismo na aplicação da lei, ato repudiado pelo direito moderno, muito porque, há escassez de

¹¹⁴ ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. 7ª tir., trad. De. J. Tricot. Paris, J. Vrin. Pg. 10-20.

método que condicione a interpretação para que a mesma não sucumba em discricionariedade.

Entretanto, referida equidade vem sendo substituída pelo princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, em dezenas de fundamentações, para tentar-se tomar uma decisão mais justa, isso porque atua na norma da decisão e não na elaboração do texto legislativo.

De forma prática, como exemplo, da simples leitura do art. 319 do Código de Processo Penal, norma que prescreve a utilização de medidas cautelares diversas a prisão, revela-se na hora da aplicação como interpretação da proporcionalidade pelo interprete, pois é o interprete-juiz que irá fundamentar o cabimento ou não dessas medidas, de acordo com o princípio da proporcionalidade, por isso sua prestação se faz *in concreto* e não *in abstracto*.

Como supracitado no primeiro capítulo, para APEL a fundamentação válida é aquela que não contradiz os princípios que embasam a matéria. A máxima proporcionalidade aparece, portanto, como o alicerce máximo do direito processual penal de aplicação. Isso porque o princípio da proporcionalidade tem como seu fim ancoradouro, a finalidade de limitar o Poder Executivo em relação às medidas de restrições administrativas da liberdade individual. Já em sentido amplo, também chamado do princípio da proibição de excesso, no direito alemão, foi erigido à categoria de princípio constitucional¹¹⁵.

Em uma perspectiva direcionada a atividade jurisdicional, o princípio da proporcionalidade reclama certa relação entre o meio utilizado pelo órgão do Poder Judiciário e o fim perseguido pela decisão judicial. Deve ser estabelecida uma relação de justa proporção entre a situação, a finalidade e a decisão.

É nesse tripé que se ampara a necessidade da criação de um método para a fundamentação processual penal e como metodologia racional para tanto, o uso do princípio da proporcionalidade, sem prejuízo de outros métodos, pode ser condição de validade para a fundamentação.

¹¹⁵ CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e teoria... cit,p. 266-267.

Tal raciocínio se justifica ao passo que o princípio da proporcionalidade é relativo à Jurisdição, ou seja, funciona como um parâmetro que vincula toda decisão judicial, a qual deve guardar relação com o valor maior, que deve balizar todo ordenamento jurídico: *a justiça, no sentido de decisão justa*.

Aury Lopes Jr., ao tratar da principiologia referente a medida cautelar, assim alude quanto a proporcionalidade:

“O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado (...) Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes”¹¹⁶.

O princípio da proporcionalidade tem a função de modular as fundamentações judiciais. Conforme anota CANOTILHO, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – princípio da justa medida - , quer dizer a aplicação de uma lei restritiva, ou seja, que se adeque ao momento processual em que vive aquele processo ou procedimento; que se adeque as liberdades e garantias previstas pela Constituição e pelo Processo Penal, de modo a se aplicar a medida mais apropriada, proporcional e exigível, mas que tais fundamentos para a caracterização desses requisitos, não venham do fundamentalismo e sim do processo¹¹⁷.

A máxima proporcionalidade teria, portanto, o condão de submeter a fundamentação do julgador a *triagem da lei, dos fatos e do caso concreto – pauta de aplicação*. Para tanto não bastaria sua invocação, pois o que é proporcional para um, não é proporcional para o outro. Seria necessária a conjunção de sua função à lei que está sendo conjugada, sem espaços para o emprego de fundamentalismos.

É dentro da discricionariedade advinda do direito administrativo que emergiu o princípio da proporcionalidade no direito processual penal, ou seja, a interpretação

¹¹⁶ LOPES Jr. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. P. 200-201.

¹¹⁷ NETTO, José Laurindo de Souza. A Efetividade dos Direitos do Acusado no Processo Penal Brasileiro. Tese de Doutorado apresentada no Curso de Pós-Graduação do Setor de Ciências Jurídica da UFPR, sob a orientação do Prof. Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. p 86.

inerente ao Poder Judiciário quando do fundamento de suas decisões, em que pese atreladas ao conteúdo da norma, doutrina e jurisprudência, deve possuir margem reduzida com os elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade, simultaneamente.

Logo, a interpretação de termos indeterminados ou plurissignificativos contidos na norma, não podem estar à mercê do Poder Judiciário em face aos direitos individuais.

Raquel Denize Stumm, coloca o princípio da proporcionalidade como um subprincípio inerente ao Estado Democrático de direito:

Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito a Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência de sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência ao conteúdo da proporcionalidade, ou seja, a exigibilidade, a adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de justa medida¹¹⁸.

Em face ao exposto, tem-se que a máxima proporcionalidade possui elevado grau de importância em relação as fundamentações judiciais, isso porque restringe a interpretação do direito servindo como supedâneo a concretização do Estado Democrático de Direito, pois além de consubstanciar-se como proibição de excesso, vai além de vedar esse excesso, veda ainda a omissão, e, por conseguinte, a omissão nas motivações judiciais vazias e desprovidas de conteúdos válidos.

O próprio Código de Processo Penal o traz de forma expressa no artigo 282, a observância da necessidade e adequação da medida a ser aplicada, no entanto, tal dispositivo acaba não ganhando a importância que deveria e passando distante da aplicação da prisão cautelar.

Desta forma, a máxima proporcionalidade se perfaz como um método a solução dos conflitos, pois ao mesmo tempo que limita as decisões (fundamentação) proferidas pelo Poder Judiciário, direciona a fundamentação das decisões judiciais quando o juiz se depara com termos e definições jurídicas indeterminadas.

¹¹⁸ STUMM, Raquel Denize. Princípios da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. 1995, p. 121-122).

É nesse sentido que os elementos da máxima proporcionalidade entram em ação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A adequação ou idoneidade, é também denominada como princípio da pertinência, haja vista que pelo elemento da adequação a decisão judicial somente será considerada válida se demonstrar ser idônea ao atingimento do resultado pretendido.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, acerca do princípio da proporcionalidade aduz que a adequação indica a qualidade instrumental do meio utilizado para se alcançar aquela finalidade, ou seja, qual foi o caminho percorrido pelo magistrado para tomar aquela decisão; exigindo que esse caminho tenha uma adequação entre meio e fim¹¹⁹.

A professora ainda ressalta a importância deste princípio na esfera penal, perfazendo-se pressuposto indispensável, para que a intervenção estatal seja idônea para determinado bem jurídico e, *para que a finalidade da norma possa ser por ela alcançada*¹²⁰.

Uma vez que o princípio da proporcionalidade no direito penal indica que a pena aplicada deve ser adequada aquele bem jurídico protegido (quantitativamente e qualitativamente); no direito processual penal a adequação aparece para regular a finalidade da norma quando da sua interpretação. E assim, percebe-se que o direito penal e o direito processual penal estão permanentemente ligados, já que o controle na discricionariedade das decisões ligadas ao processo penal, implicam diretamente na prisão ou não do indivíduo, seja ela a prisão preventiva ou a prisão pena.

Uma lei, portanto, quando de sua edição, pode parecer adequada, mas, no momento de sua aplicação concreta, ou porque as circunstâncias se alteraram, ou porque deixou-se de considerar questões relevantes e de implicação prática direta, pode ocorrer de ela não se apresentar apta a contribuir para o fim instituído¹²¹.

¹¹⁹ GOMES. Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. P. 126.

¹²⁰ GOMES. Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. P. 126.

¹²¹ BIANCHINI. Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. P. 118.

Sob esse prisma, sempre que os fundamentos de uma decisão judicial não são apropriados a realizar o fim almejado, não há adequação. Sempre que os meios destinados a alcançar um fim não são por si só idôneos, não existe adequação.

A lei processual penal, portanto, deverá ser aplicada de forma a garantir o princípio (de jurisdição), que embasa a matéria, visando sempre o cumprimento do pressuposto da *adequação*.

A necessidade, por sua vez, surge a partir da intervenção mínima do direito penal, ou seja, a decisão judicial não deve ser desproporcional ao fim colimado, sendo imprescindível uma escolha proporcional dentre as escolhas que são permitidas.

Isto é, trazendo a questão sob a ótica da prisão preventiva, foco desse trabalho, a prisão preventiva somente poderá ser decretada se absolutamente necessária, ou seja, deve ser aplicada à medida que o menor ônus seja aplicado ao indivíduo; sendo a prisão somente utilizada quando nenhuma outra medida se demonstrar adequada¹²².

Somado a esses dois vetores do princípio da proporcionalidade, esse como princípio jurídico em sentido estrito, garante aos indivíduos uma proteção as arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Poder Judiciário e também a Administração Pública, ou seja, esse princípio é supedâneo para a concretização do Estado Democrático de Direito, limitador das condutas desarrazoadas do Poder Judiciário, considerando a existência de uma infinidade de normas que permitem a discricionariedade daqueles que julgam.

2.1.2. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO PLANO PRÁTICO DO DIREITO

O ato de interpretar é o ato de aplicar. A interpretação e a aplicação não constituem momentos autônomos, porque quando se interpreta o fato, a aplicação já está se materializando, portanto, interpretar é sinônimo de aplicar.

¹²² Aqui, a fundamentação válida se apresenta como de suma importância e tem que ser estudada ao lado do princípio da proporcionalidade, haja vista que não adianta a análise dos elementos desse princípio limitador se sua aplicação for fundamentada em fundamentalismos.

O interprete irá discernir quanto ao caso e sua adequação a norma quando der concretude a lei, isto é, na sua aplicação. Gadamer explica que “existe uma equação entre interpretação e aplicação, pois não se trata de dois momentos distintos, porém frene a uma só operação. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, superpõem-se”¹²³.

Interpretar o direito é concretar a lei em cada caso; nenhum caso é igual ao outro, por isso a interpretação deve ser unitária, caso a caso. Por isso pode-se dizer que a interpretação é feita a partir do texto que abrange o caso concreto.

Sob esse prisma, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, local onde inexistente distância entre o direito posto no caso concreto e a realidade, ou seja, a articulação *ser* e *dever-ser* - a relação entre norma e fato não é somente uma questão atinente a filosofia, mas predominantemente a aplicação do direito, a transposição da norma para o terreno prático.

Não há uma divisão entre elementos normativos de um lado e elementos reais ou empíricos de outro, por isso a articulação do texto normativo paira sobre o mundo do *dever-ser* e do *ser* – dados colhidos do texto legal e também da realidade¹²⁴.

Por isso inexistem soluções prontas e por isso é que a máxima proporcionalidade se perfaz como pauta de decisões. Cada solução jurídica é nova e sempre será renovada. Por isso a aplicação do direito se perfaz como a moldura do fato a norma, concomitantemente a moldura do texto e da realidade, o que tem o condão de estabelecer critérios de aplicação dentro do contexto que a norma será aplicada¹²⁵.

Os princípios nascem a partir da interpretação/aplicação. E, portanto, devem fazer parte dessa análise realizada pelo intérprete, formando assim uma espécie de círculo da nova hermenêutica - da aplicação da norma: princípio; texto legal; fato; norma; realidade.

¹²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verda y método*. 4ª edição. Trad. De Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme. Pg. 397.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verda y método*. 4ª edição. Trad. De Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme. Pg. 145-146.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios)*. 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 57.

Lênio Streck formula a tese de que “os princípios são responsáveis pela introdução do “mundo prático” no direito”¹²⁶, ou seja, responsáveis por fazer o texto normativo e/ ou constitucional atingir a fase da aplicação para determinada situação e indivíduo. Isso porque é por meio dos princípios que nasce o debate envolvendo a interpretação, a liberdade, o *ethos*, que se relacionam de forma direta e umbilical com o discurso de forma racional – fundamentação jurídica, pois o *pathos*, além de ser o discurso emocional, beira a patologia.

Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica (*ontologische Differentz*). É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. É neste contexto que deve ser entendida a relação entre fenomenologia hermenêutica com o direito, isto é, do mesmo modo como o mundo prático é introduzido na filosofia (esse é o papel da viragem lingüístico-ontológica), também o direito sofre uma viravolta¹²⁷.

O tema abordado no item anterior ganha nesse tópico “prático” particular importância, na medida na distinção ou similitude entre regra e princípio, bem como na questão da ponderação de princípios, levantada por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica.

Muitos princípios somente são compreendidos em sua fórmula teórica, mas sem a adequada transposição para o campo prático, por isso ganham a investigação em um contexto meramente semântico-sintático. A ponderação realizada por Alexy, somente é possível porque o autor os coloca em uma posição muito distante das regras. A teoria de Robert Alexy, conceito o princípio e quando houver – no campo pragmático, um conflito entre eles, surge a possibilidade de ponderação em relação àquela determinada regra, fato que seria apto a solução dos chamados *hard cases*.

Logo, há total delegação ao interprete quanto a aplicação desse ou daquele princípio, sob os olhos da ponderação. Em outras palavras: sob os olhos da subjetividade.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. op. cit., p. 175.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. op. cit., p. 175.

Portanto, há nesse trabalho concordância entre o sinônimo de regras e princípios, ao tempo que o contrário legitima a discricionariedade ao invés da interpretação, o que afasta o caráter da legalidade.

A ponderação entre princípios é operada pela doutrina e jurisprudência, a margem da discricionariedade, no que concerne a interpretação/aplicação do direito, conduzindo a insegurança ou incerteza jurídica.

A distinção entre uma e outra necessariamente deve ficar clara: “interpretação se consubstancia no direito posto e discricionariedade no direito pressuposto”¹²⁸. “Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercida mediante a formulação de juízos de oportunidade”¹²⁹.

Juízo de legalidade é a atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos¹³⁰.

Por isso, em que pese existir uma diferença ontológica entre regra e princípio, estes devem ser aplicados como se regras fossem. Pois os princípios se manifestam um caráter de transcendentalidade. “Não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras. A diferença entre eles se dá no plano prático, local aonde acontecem – sempre em unidade.

2.2. HERMENÊUTICA PRAGMÁTICA JURÍDICA: O CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO REALIZADO PELA ESCOLA DA EXEGESE

Muito se exige da história quando na reconstrução de conceitos; na busca dos conceitos e/ou termos pela sua origem; como se ela fosse capaz de reproduzir o passado, ou ainda, ratificar as políticas do presente. No entanto, a história é um saber

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o direito pressuposto. 8ªed. São Paulo, Malheiros Editores. 2014. p. 208.

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 117.

¹³⁰ Idem 43.

frágil, sujeito as observações de distintos olhares, que na grande maioria das vezes, só se voltam para o passado quando precisam explicar o tempo presente¹³¹.

Quando o assunto tratado é a fundamentação das decisões judiciais, imediatamente vem à mente as incontáveis jurisprudências que, em tese, estabelecem parâmetros para a aplicação da lei, muitas vezes discricionários, tomados em um determinado caso concreto. Aqui, utiliza-se a expressão “*em tese*”, pois desde a primeira metade do séc. XIX, vivemos diante da “proliferação de opiniões desencontradas, sobretudo com a falta de um norte para as decisões jurisprudenciais, que confundem ou transformam interpretação em discricionariedade, o tempo todo”¹³².

Fato é que o direito falado, ou seja, aquele posto no papel por meio de um despacho ou uma *sentença*, há tempos vive entre a lei e os particulares entendimentos quanto a algum tema, chamados na atualidade de subjetivismos. “Nas primeiras Cortes, muito cuidado se recomendou quanto à limitação da *discricionariedade* dos juízes, que traziam do Antigo Regime, a Lei da Boa Razão¹³³”.

Observando o cenário atual, preceituado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, tem-se a impossibilidade de o Judiciário avocar para si competências do Legislativo – transformando a decisão naquilo que deveria ser a letra da lei. Nada obstante, apesar disso, a fundamentação aplicada nas decisões judiciais desfaz as bases instituídas pela Constituição, na medida em que lacunas legislativas são utilizadas para suprirem lacunas de modo discricionário e subjetivo.

Na Constituição Portuguesa de 1822, algumas medidas para restringir o arbítrio judicial foram tomadas. É nesse sentido que o art. 196 da Constituição Portuguesa, prevê: “Todos os magistrados e oficiais da justiça serão responsáveis pelos abusos de poder e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos”¹³⁴.

¹³¹ HESPANHA. Antônio Manuel Botelho. “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, enviado para publicação nas actas do III Colóquio Internacional de História do Direito, Curitiba, Setembro, 2007, p. 204.

¹³² IDEM 99.

¹³³ Promulgada em 18 de agosto de 1769 – “Em 18.08.1769, sob influência pombalina, é promulgada pelo Rei Dom José, a Lei da Boa Razão. Foi assim chamada porque autorizava a aplicação subsidiária do Direito Romano somente quando este se achasse fundado na boa razão, isto é, nos princípios essenciais do direito natural e das gentes”. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/6358985>. Acesso em 27/01/2019.

¹³⁴ Art.196, Constituição Portuguesa de 1922. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjOivyR1Y7g>

Em matéria penal, ficou determinado pela Constituição Portuguesa que os juízes que infringissem as disposições relativas ao capítulo das prisões, tais como legalidade e garantias, deveriam ser castigados com as penas que as leis declarassem – art. 210¹³⁵.

Seguindo essa linha, a referida Constituição, preconizou junto ao “art. 176, o equilíbrio entre o princípio da independência do poder judicial e o de que os juízes deviam julgar de acordo com o direito”¹³⁶. Tal tentativa foi demasiadamente custosa, na medida em que o legislativo não possuía controle sob as jurisprudências, as quais representam a ideia de liberdade do Poder Judiciário.

Na França, em 1970, fora criado o *Tribunal de Cassation*¹³⁷, o qual era controlado pelo Poder Legislativo e tinha a finalidade de limitar ou cassar as decisões dos tribunais, mas não a substituir.

No Brasil, o que se vê é que não há qualquer limitação do direito exercido pelo Poder Judiciário, já que não existem condições formais e materiais para tanto. Por isso, a necessidade de aplicação de um método.

A existência do Supremo Tribunal Federal de nada adianta quando o próprio órgão colegiado discorda entre si por opiniões meramente politizadas, e mais, quando os demais Tribunais não observam as orientações emanadas, fechando-se no interior do entendimento de determinada Câmara ou Turma. Fato que abre espaço para julgamentos não metodológicos e repletos de arbitrariedade, ao passo que a discricionariedade permanente sobre os termos indeterminados não é regrada pela máxima proporcionalidade, quando da aplicação do texto legal.

[AhXiK7kGHc5aCYUQFjABegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2FAnexos%2FInvestigacao%2F7511.pdf&usg=AOvVaw3M-pf8ubRGhcBOimAJT_vJ](https://www.fundaj.gov.br/portal/arquivos/pdf/AhXiK7kGHc5aCYUQFjABegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2FAnexos%2FInvestigacao%2F7511.pdf&usg=AOvVaw3M-pf8ubRGhcBOimAJT_vJ).

¹³⁵ IDEM 101.

¹³⁶ IDEM 99.

¹³⁷ O *Tribunal de Cassation* (mais tarde, *Cour de Cassation*) foi criado pela lei de 27.11/01.12.1790, colocado sob o controlo directo do Corpo Legislativo “Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du corps législatif”, artº 1), como forma de reduzir a jurisprudência à pura e simples aplicação da lei.. A sua função nuclear era a de vigiar o cumprimento das regras processuais nos julgamentos judiciais, bem como a conformidade das decisões dos tribunais com a lei (cf. V. Art. 20, Constituição de 1791). Caso uma decisão enfermasse de qualquer destes vícios, ela devia ser anulada, sendo o reexame da questão de fundo reenviada para um novo tribunal. Sobre a história da *Cour de Cassation*, Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution* (1790 – 1799), Paris, LGDJ, 1987.

Não parece *direito* que dois indivíduos responsabilizados pelo mesmo fato, sob as mesmas condições, recebam determinações judiciais distintas.

A abertura a um direito para além da lei – ou mesmo contra a lei, correspondia as fontes herdadas do Antigo Regime, momento em que se tinha uma concepção alargada do “direito”, bem como a amplitude da autonomia dos juristas para dizerem o direito como correspondendo à ordem natural das coisas¹³⁸.

Sob esse contexto, e analisando o período em que vivemos hoje - Século XXI - observa-se ainda, que a discricionariedade dos juízes vai se perpetuando de épocas em épocas, sem, contudo, nenhum critério ou método limitador.

Orientações Jurisprudenciais não podem ser contrapostas. O mais complexo é que, não se está nesse Século, somente diante de um ponto de fricção entre o direito legislado e o direito dos juízes, há um intenso confronto entre *direito dos juízes entre juízes, pois o intérprete produz a norma, dá vida a norma*.

Por tais razões, é que se propõe, critérios delimitadores para as decisões judiciais, de modo que as mesmas não sejam aplicadas sob o manto da discricionariedade ou fundamentalismos.

A Escola da Exegese, aparece dentro desse conjunto de ideias, como um momento histórico que encontrou uma espécie de solução positivista – ou pelo menos a *procurou* - para as lacunas legislativas, por meio da elaboração de critérios objetivos norteadores da decisão judicial – que vinham no momento antecedente a aplicação da norma; mas com serventia para o momento da interpretação/aplicação, razão pela qual essa Escola Clássica é abordada no presente trabalho.

A Escola da Exegese surgiu na França no Século XIX, logo após o advento do Código Civil de Napoleão (1804). Sua ideia central é um sistema normativo codificado de leis que visem garantir os direitos subjetivos do homem, ou seja, estabelecer regras para cada situação e defender a aplicação da lei para disciplinar todas as relações, de modo geral.

¹³⁸ IBIDEM 99.

A chamada escola da exegese é tida uma escola de estrito legalismo ou dogmatismo. Para os adeptos dessa escola, em um primeiro momento, pode-se afirmar que a lei era autossuficiente, ou seja, o texto legal estava acima de tudo e poderia ser considerado a solução para a resolução de todos os conflitos. A função do intérprete era restringida ao Código.

GENY, alega que a codificação exerceu influência decisiva sobre a interpretação jurídica¹³⁹, na medida em que deu direcionamento as decisões.

A palavra exegese vem do grego: *ex + gestain* e significa “conduzir para fora”. Para essa escola, o papel do interprete se reduziria a aplicar precisamente a lei ditada pelo legislador, independentemente do decurso do tempo.

Para a escola da Exegese então, o papel do jurista é sinônimo de rigor absoluto ao texto legal e a revelação do seu sentido. O Código seria, sob esse contexto, suficiente para aplicação do direito, pois a lei continha todo o direito, logo, a interpretação da lei, para suprir eventual lacuna, teria que se dar com foco total à vontade do legislador. Em um primeiro momento então ao intérprete somente era delegada a função da aplicação do texto legal.

Segundo Miguel REALE, sob “...o nome Escola da Exegese entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito, ou seja, na hermenêutica pragmática.

Demolombe, asseverava que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para aprender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações¹⁴⁰.

A Escola Clássica preceituava o seguinte lema: a intenção do legislador ao editar a norma, sendo que qualquer interpretação que fosse contrária a essa intenção,

¹³⁹ GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1932. p. 20-24.

¹⁴⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p. 280.

não era tida como válida. Portanto, o juiz ao aplicar a norma deveria observar a intenção do legislador (o que poderia levar a subjetividade), para não se desvirtuar ao decidir o caso concreto, e a partir dessa ideia, o ponto crucial da Escola da Exegese reside justamente na questão problemática das *lacunas legislativas*.

HESPANHA, descreve a Escola da Exegese da seguinte forma:

Perante isto, à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc... Quanto à integração das lacunas, a prudência deve ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto¹⁴¹.

Se a lei corresponde ao direito e este a lei, não haveria espaço para interpretações. E, apesar da França ter se destacado quanto a elaboração doutrinária da Escola da Exegese, o exercício de uma interpretação limitada aos textos legais foi um procedimento comum nos países que aderiram a codificação.

Nada obstante, a interpretação limitada foi fundada mediante algumas características, tais como a riqueza da legislação, os recursos fornecidos por analogias no caso de eventuais lacunas e a interpretação conforme a vontade do legislador, tendo em vista ser este o autor da lei.

Assim, percebe-se que a Escola da Exegese é um sistema hermenêutico que pressupõe a plenitude e a perfeição da lei escrita, considerada esta como uma revelação completa e acabada do direito.

A Escola da Exegese a partir de um método notadamente dogmático, uma vez que baseado tão-somente na análise dos textos legais, passou a elaborar métodos – critérios de interpretação, com o fim do jurista não inovar ou não invocar elementos que não fazem parte da lei interpretada¹⁴². Esses critérios delimitavam a interpretação do juiz, para que a mesma não ganhasse contornos de discricionariedade.

¹⁴¹ HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio. P. 268.

¹⁴² LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos. V. 97. 2008. P. 112.

Sob essas condições, foram instituídos critérios de interpretação pela Escola da Exegese, sendo que o primeiro passo do intérprete ao se deparar com o caso concreto se apresenta como a análise da norma interpretada quanto ao seu sentido literal ou gramatical¹⁴³.

Isso se deve a concepção adotada de que a lei é uma declaração de vontade do legislador e, portanto, deve esta ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Se o texto for claro, não havendo dúvidas quanto a intenção do legislador, ou seja, um texto com redação limpa, sem lacunas e/ou ambiguidades, deve-se aplicá-lo nos seus próprios termos. Para tanto, faz-se necessário, muitas vezes, descobrir o sentido exato de um vocábulo ou até mesmo proceder-se a sua análise do ponto de vista *sintático*. De toda forma, a interpretação assim realizada será puramente gramatical ou literal.

Este método literal, consiste no primeiro movimento do intérprete, que se volta para a literalidade do texto, de modo que a interpretação atenda a forma escrita escolhida pelo legislador, procurando estabelecer qual é o sentido que este quis conferir a cada vocábulo, frase ou período, que esteja preceituado no código.

Após a utilização do método gramatical, caso a norma interpretada ainda exigisse maiores indagações, por ser *obscura* ou *incompleta*, não traduzindo fielmente o pensamento do legislador, caberia ao intérprete proceder a utilização do segundo critério, denominado como *método lógico*, desvendando, assim, o valor lógico dos vocábulos, com a finalidade de suprir as deficiências da interpretação gramatical.

Ao fazer o uso do método lógico, os adeptos da Escola da Exegese defendiam a tese de que uma interpretação *stricto sensu* dos textos legais seria suficiente para fornecer os elementos necessários a compreensão do seu sentido e alcance¹⁴⁴.

Ela se valia da lógica dos textos legais, ou seja, todos os argumentos e regras definidos pelo legislador para reconstruir sua vontade e cessar eventual obscuridade estaria disposta no código em que aquela norma estaria inserida.

¹⁴³ LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos. V. 97. 2008. P. 113.

¹⁴⁴ LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos. V. 97. 2008. P. 112.

Seguido do método lógico, aparece como terceiro critério, o método sistemático, que consiste na análise da norma interpretada considerando o corpo do texto legal do qual ela faz parte e com o qual deve ser lida e estar em harmonia.

Isso se deve ao fato que o sistema legislativo é um conjunto orgânico em que toda e qualquer lei tem um lugar específico e determinado, de modo que umas preponderem sobre outras e umas completem o sentido das outras.

Nesse ponto, fazendo uma interpretação da hermenêutica pragmática preceituada pela escola da exegese, o “*risco a ordem pública*” como requisito para a prisão preventiva, somente poderia ser interpretado dentro no contexto em que é inserido, ou seja, para acautelar o processo, e nunca sob argumentos que não guardem relação alguma com o processo em análise; com o caso concreto em análise, já que esse termo encontra-se disposta no Código de Processo Penal no capítulo das prisões cautelares¹⁴⁵.

Todo esse conjunto de procedimentos adotados pela Escola da Exegese, representam uma contradição ao pensamento imediato de que essa é uma escola que não permite nenhum método interpretativo e revela um único e fidedigno objetivo: a Escola da Exegese não permite nenhum fim discricionário, conduto preza pelo estabelecimento de condições e critérios que limitem a interpretação da norma, sem ponderações fundamentalistas e/ou parciais, ou seja, o controle para uma decisão não arbitrária. O controle das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. É sob esse ponto de vista que se traz a abordagem da Escola da Exegese nesse trabalho, na tentativa de demonstrar que a criação de métodos e critérios interpretativos é mais que possível, é necessária, sob pena também do intérprete ficar refém do texto legal – códex.

Fato é que apesar do impactante papel desempenhado pela escola clássica no campo hermenêutico ao longo do Século XIX, seus postulados encontram-se superados pois a busca da vontade do legislador – de forma absoluta – torna-se mera ficção científica¹⁴⁶, pois:

¹⁴⁵ Capítulo III – Da Prisão Preventiva – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

¹⁴⁶ BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989. P. 217.

Por maior rigor técnico-científico, o código não pode assimilar todos os fatos sociais. Por maior que seja a previsão do legislador, muitas situações inapelavelmente escapam-lhe à percepção.

Ou seja, fatalmente a discricionariedade e não interpretação acabaria assumindo os contornos desta suposta “vontade do legislador”.

O texto desta dissertação tem a intenção de ser baseado a partir da realidade. Ou seja, a Escola da Exegese não pode ser compreendida a partir do contexto histórico que se vivencia hoje, isso porque a hermenêutica moderna não mais perquire a vontade do legislador. A lei que é criada ganha vida no ato da aplicação, da interpretação, portanto possui existência autônoma.

Em que pese essas considerações, a Escola da Exegese não se trata, portanto, de mera subsunção do fato a lei, mas sim do oferecimento de um método que primazia a segurança jurídica para aquele que é julgado, dentro do contexto histórico em que foi elaborada e é como uma forma de exemplo de elaboração de critérios de controle da hermenêutica jurídica que se faz aqui, essa abordagem.

2.3. A IMPORTÂNCIA DA MÁXIMA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER JUDICIÁRIO - NA SOCIEDADE DE RISCO

A partir do texto produzido até o momento, parece pertinente expor neste tópico algumas considerações quanto a sociedade do risco à qual se refere o sociólogo alemão Ulrich Beck, principalmente no que diz respeito às incertezas fabricadas, as quais reforçadas pela modernidade acelerada, criam nova paisagem de risco global.¹⁴⁷

Em um primeiro momento pode parecer que a “Sociedade de risco” não guarda relação com o tema aqui tratado, contudo, falar-se em sociedade de risco significa

¹⁴⁷ BECKER. Ulrich. Incertezas Fabricadas. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/Entrevista%20Ulrich%20Becker.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

dizer que vivemos em um mundo fora de controle, ou seja, não há nada certo além da *incerteza*. E é nesse sentido, de incerteza jurídica que foi construída a exposição do tema.

Sob essa égide, Beck diz que risco é um conceito moderno, na medida em que pressupõe decisões que tentam fazer das consequências imprevisíveis, decisões previsíveis e controláveis¹⁴⁸.

Essas incertezas também se relacionam com a ciência jurídica, isso porque os riscos no direito não são mensuráveis, pois não é matéria governada pela probabilidade, onde tudo é calculável. A sociedade de risco aparece como sinônimo de constantes “incertezas fabricadas”, portanto.

O direito penal contemporâneo e por consequência o processo penal que delimita o procedimento de aplicação deste, vivem em um era marcada pela expansão de um novo contexto social. Novos tipos penais e institutos dogmáticos estão surgindo e se desenvolvendo. A interpretação, nascimento e desenvolvimento de conceitos jurídicos estão atrelados ao modo de organização da sociedade, e esse ponto é o essencial e crucial para este trabalho¹⁴⁹.

Diante deste contexto, aparece o instituto jurídico da prisão preventiva no que concerne sua aplicação sempre que houver o dito “*risco a ordem pública*”. Explica-se: empreender um estudo de um instituto jurídico pela averiguação dos contextos que o constituem exige o emprego de um método dialético-realista (aqui – *trata-se da fundamentação válida somado a aplicação da máxima proporcionalidade e estabelecimento de critérios científicos*¹⁵⁰) que permita analisar o objeto escolhido como “resultado de um processo social e histórico que o precede e com o qual guarda referência contínua”¹⁵¹.

No que concerne os “conceitos jurídicos” que são alvos de conflitos, Pierpaolo Bottini assevera que as relações sociais interferem nos discursos jurídicos, de modo que a análise técnica das expressões jurídicas, com conceitos indeterminados

¹⁴⁸ BECKER Ulrich. Incertezas Fabricadas. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/Entrevista%20Ulrich%20Becker.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

¹⁴⁹ CORREAS, Crítica, passim, ALVES, Linguagem, p. 106, REALE JR. Teoria do delito. P. 15.

¹⁵⁰ O tema dos critérios será abordado na terceira parte desse trabalho.

¹⁵¹ ALVES, Linguagem, p. 7.

demandariam um estudo da “origem desses conceitos; do seu processo de desenvolvimento; dos interesses que o contemplam e da funcionalidade que apresentam em um sistema social”¹⁵².

O direito penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem, ainda que constituam um sistema estruturado e autônomo em relação a outros sistemas de regulação¹⁵³.

Diante dessa assertiva, a forma de compreensão do contexto atual de sociedade é que decorre sua estrutura e interferem diretamente no plano jurídico.

Logo, a afirmação de que vivemos hoje em uma sociedade de risco¹⁵⁴, se coaduna com a modernidade do direito penal, considerando que ela traz ao direito penal e aos demais discursos e institutos jurídicos que dele decorrem, um novo papel: o do *perigo*¹⁵⁵; que se torna uma espécie de norte para a aplicação dos fundamentos que revestem as decisões judiciais¹⁵⁶.

O positivismo clássico conceitua perigo como uma construção subjetiva do ser humano. Essa ideia indica que o homem compreende o mundo a sua volta por meio de generalizações e abstrações, ou seja, o perigo existe no imaginário do indivíduo que tem uma imagem meramente subjetiva, não real, baseando-se por sua experiência, probabilidade ou possibilidade da produção ou ocorrência de um resultado lesivo¹⁵⁷.

¹⁵² BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 28-29.

¹⁵³ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 29.

¹⁵⁴ A sociedade de risco caracteriza-se como um modelo social desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo da Universidade de Munich, BECK, em sua obra, *La sociedad del riesgo*, originalmente publicada em 1986. A temática dos riscos não é nova nas ciências sociais, mas coube a este autor sua projeção da teoria social. GUIVANT, A trajetória, p. 3.

¹⁵⁵ A origem do termo “risco” não é precisa. Para GIDDENS, a palavra provem, provavelmente, de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significaria *correr para o perigo ou ir contra uma rocha*, enquanto outros autores afirmam que o termo deriva do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, ou seja, atuar perante a possibilidade de perigo – esta posição é a adotada neste trabalho, pois o que se vê é uma atuação exacerbada frente ao “perigo” apresentado GIDDENS. *As consequências*, p. 38.

¹⁵⁶ Importante observar nesse ponto a nova redação do art. 312, do Código de Processo Penal, dado pela Lei Anticrime, vigente deste janeiro/2019, considerando que se tornou obrigatória a demonstração concreta do perigo para a decretação da prisão preventiva.

¹⁵⁷ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 33.

Sob essas condições, o perigo diz respeito à apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que somente existe porque o homem desconhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos. Logo, o perigo para ser considerado juridicamente, necessita transmutar o campo subjetivo e passar a ostentar uma realidade objetiva¹⁵⁸. Essa realidade objetiva seria preenchida pela probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar, ou seja, argumentos não fáticos, como a decretação da prisão preventiva sob o *risco* a ordem pública, diante do descrédito do poder judiciário ou gravidade do crime – inerente ao tipo penal lesionado e ainda o clamor público, são fundamentalismos que fogem a essa realidade objetiva.

Nas decisões judiciais que decretam a prisão preventiva para a garantia a ordem pública, se encontra na maioria das vezes a palavra *risco*, ou seja, o agente coloca em *risco* a garantia da ordem pública. “O *risco* refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele”¹⁵⁹. “*Enquanto o perigo é destino, o risco relaciona-se com medição*”¹⁶⁰, daí a importância da utilização da máxima proporcionalidade como método na fundamentação da aplicação do *risco à ordem pública*, na prisão preventiva. Isso porque com medição, proporção e planejamento, o *risco* propiciará ao ser humano a aplicação de várias opções para a contenção do suposto perigo, evitando-se a prisão quando for adequada e proporcional a tomada de outras soluções¹⁶¹.

Sob essa esteira, faz-se necessário a incorporação ou criação de mecanismos de gerenciamento de riscos – aqui ganha força, novamente, a máxima proporcionalidade, ao passo que a consolidação da sociedade de riscos impacta na construção e a compreensão do discurso no direito penal. Explica-se: A norma penal é chamada a controlar os riscos provenientes do desenvolvimento das relações

¹⁵⁸ Nesse sentido, no terceiro capítulo, serão abordados critério para a aplicação da prisão preventiva, fundamentada no *risco* a ordem pública. É aqui que se reveste a ideia de criação de critérios objetivos para a interpretação da aplicação do *risco* a ordem pública como fundamento da prisão preventiva.

¹⁵⁹ Nas palavras de FERNANDES, o tópico central do discurso do *risco* é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho, citado por MORAES, um direito penal do *risco*. P. 112.

¹⁶⁰ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 53.

¹⁶¹ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 53.

econômicas e sociais, que enaltecem e incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico da sociedade:

A dúvida sobre a medida e o grau da pena, sobre quais comportamentos arriscados realmente interessam ao direito penal, os conflitos políticos subjacentes à atividade de gestão de riscos far-se-ão presentes em todas as etapas, da construção à aplicação dos tipos, da atividade legislativa ao labor interpretativo¹⁶².

Por isso, as características dos riscos contemporâneos clamam pela propagação do discurso pela extensão do direito penal. Primeiro porque o risco vem da idealização do perigo, ou seja, tem procedência humana¹⁶³.

Essa situação traz ao direito penal uma posição de limitador das condutas humanas. Assim, a contenção de atividades ditas como de risco ganha força com o direito, de modo que os seres humanos são destinatários de disposições jurídicas.

Sob esse contexto, o direito penal age como prevenção e inibição de algumas atividades que possam representar o perigo, a causação de um mal, mas antes da real afetação do bem jurídico protegido.

O direito processual penal, ao regulamentar essa inibição da causação de um mal por meio do instituto da prisão preventiva, à aplica quando esse mal é, em tese, causado pelo agente criminoso e quando este é dito como um risco a garantia da ordem pública – uma das hipóteses de aplicação do artigo 312, CPP - as demais não guardam relação direta com a dogmática proposta nesse trabalho – e, portanto, merece ser custodiado provisoriamente.

Essa assertiva revela que o direito penal e o direito processual penal direcionam seus elementos e procedimentos ao perigo – *destino e futuro*, de modo que essa estrutura alberga hoje o chamado direito penal de riscos, “voltado para a inibição de ações arriscadas, independentemente de suas consequências

¹⁶² BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 51.

¹⁶³ FIGUEIREDO DIAS declara que a sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente a extinção da vida. Direito Penal, p. 128.

concretas”¹⁶⁴, ou seja, as decisões não são pautadas na medição – proporção, do risco.

Essa é a maneira de como a prisão preventiva decretada sob o manto da ordem pública vem se apresentando, voltada a tutela antecipada sob a imaginação de um perigo meramente abstrato e subjetivo¹⁶⁵.

Faria Costa afirma que “uma das razões de elevação do perigo a categoria jurídico-penal, é a noção do dano absoluto. Vivemos, pela primeira vez na história à escala humana, a possibilidade de o homem se destruir, e se destruir enquanto espécie”¹⁶⁶.

Nesse sentido, a norma penal torna-se uma atividade primeira do Poder Judiciário para conter os riscos da periculosidade. Riscos esses que são constantemente potencializados pelas informações veiculadas pela mídia. O clamor de uma atuação mais intensa do direito penal advém do descrédito ou incapacidade de outros meios de controle social.

"A cultura do medo vem do paradoxo de que as instituições feitas para controlar o medo produzem exatamente o seu descontrole"¹⁶⁷, constata Ulrich Beck. Daí reside a dificuldade em estabelecer critérios ou conceitos dogmáticos quando se está diante do direito penal do risco.

A chamada novidade da sociedade de risco repousa no fato de que as decisões civilizacionais/ de direito, envolvem consequências que por diversas vezes contradizem radicalmente a linguagem institucionalizada, ou seja, do controle.

A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em branco, a fluidez dos bens jurídicos protegidos decorre, em última instância, do paradoxo do risco, pois, ao mesmo tempo em que

¹⁶⁴ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 51.

¹⁶⁵ Com o advento da Lei Anticrime, que passou a exigir a demonstração de perigo concreto para a decretação da prisão preventiva, se espera que no ato da aplicação se verifique algumas mudanças nesse sentido.

¹⁶⁶ Costa, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. P. 357.

¹⁶⁷ BECKER. Ulrich. Incertezas Fabricadas. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/Entrevista%20Ulrich%20Becker.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

desejamos sua supressão, dependemos dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual¹⁶⁸.

A legislação penal direciona sua aplicação em contextos genéricos e cada vez mais genéricos, o que indica uma produção legislativa propensa de aplicação discricionária pelo Poder Judiciário, pois o chamado gestor do risco, personagem a quem pode-se atribuir ao papel do legislador, deixa de fixar os limites necessários para a aplicação ou execução de determinadas atividades, abrindo assim, espaços discricionários conferidos a avaliação pessoal desse ou daquele magistrado, dessa ou daquela Câmara, ao se deparar com um conflito concreto.

As regras estabelecidas de atribuição e responsabilidade – causalidade, culpa e justiça – quebraram-se. Isso significa que sua cuidadosa aplicação à pesquisa e jurisdição tem o efeito contrário: os perigos aumentaram e sua “anonimatização” (anonymization) é legitimada¹⁶⁹.

Dentro desse cenário, observando a prática do judiciário no que tange a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, é que se incorpora a dinâmica da sociedade de risco, pois, acredita-se que no tempo em que estamos vivendo hoje:

A motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais transcende o âmbito próprio do processo, alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional¹⁷⁰.

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal, isso porque a norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos e, por isso mesmo, sofre o

¹⁶⁸ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 87.

¹⁶⁹ BECKER. Ulrich. Incertezas Fabricadas. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/Entrevista%20Ulrich%20Becker.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

¹⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

paradoxo que incide sobre os demais mecanismos de contenção de atividades inovadoras¹⁷¹.

No paradoxo do risco, o que se vê na sociedade atual é a incessante busca por inovações. “A estrutura das relações econômicas exige o emprego de esforços constantes na modernização”¹⁷².

Desse jeito, a organização social da sociedade é caracterizada pelo manto do poder ideológico para a manutenção do sistema de produção. Aqui, insta ressaltar que não há defesa desse ou daquele modelo, mas o retrato da sociedade atual e real.

As estruturas sobre as quais se sustenta o modo de produção atual, como a família, as relações tradicionais de trabalho, a produção científica, as relações políticas de representação, são desestruturadas pela intensificação do próprio modelo que as criou. Este paradoxo do risco é o elemento de desmoronamento das bases de organização da sociedade¹⁷³.

Sob essas condições, este paradoxo do risco é responsável pelo desequilíbrio não só da ordem social e econômica, mas sim afeta a compreensão e a construção dos institutos jurídicos.

O direito é vinculado, e decorre das estruturas de organização social: logo, seus *critérios* devem ser operacionais e eficazes para a manutenção das relações sociais basilares, sob pena de colapso do sistema existente¹⁷⁴.

Por ser o direito um instrumento de gestão do risco, o conflito existente na sociedade interfere diretamente no sistema jurídico, refletindo em uma espécie de disputa entre discursos, bem como na “construção do direito positivo por meio de normas e regulamentos ambíguos, abertos, sem referenciais claros e, em muitos momentos, conflitantes entre si”¹⁷⁵.

¹⁷¹ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 85.

¹⁷² BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 47.

¹⁷³ BECK, La sociedade del riesgo, passim, e GIDDENS, As consequências, passim.

¹⁷⁴ ALVES, Fundamentos, p. 319. A transformação técnico-científica dos processos e econômicos, tendo alcançado determinado nível de desenvolvimento – como já verificado – entra em conflito dialético com a tradicional forma de vida social, isto é, com a organização das relações sociais fundadas no capital, abrindo-se um tempo de crise geral no sistema.

¹⁷⁵ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 49

Assim, nasce a discricionariedade do termo *ordem pública*, que impacta diretamente na construção dogmática, “revelando conceitos e definições de difícil precisão, que podem ser preenchidos por conteúdos materiais diversos”¹⁷⁶ para se prender preventivamente, pois elementos quanto ao perigo daquele indivíduo são aventadas o tempo todo, mesmo quando a prisão decretada vai contra ao preconizado pela máxima proporcionalidade ou ainda, mesmo quando requisitos objetivos vão contra ao perigo aventado, pois não há medição quanto ao risco que pode ser causado por aquele indivíduo sem critérios objetivos – aqueles que são objeto de verdade, ou seja, que podem ser observados por todos.

A máxima proporcionalidade foi pensada como método para a fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva sob o *risco* à ordem pública, considerando a sua natureza, ou seja, essa máxima na perspectiva jurisdicional possui relação direta entre o meio utilizado pelo órgão do Poder Judiciário e o fim perseguido pela decisão judicial. Assim deve ser estabelecida uma relação de justa proporção entre a situação, a finalidade e a decisão¹⁷⁷, sob os olhos da situação fática que aquela determinada situação delituosa está transmitindo no processo, sob os olhos do gerenciamento do risco que vem apresentado faticamente e não do perigo que está no campo da *imaginação*. Caso contrário, qualquer situação considerada com gravidade exacerbada será seguida da decretação de prisão preventiva.

O Poder Judiciário assume, portanto, o papel do gestor do risco que lhe é apresentado. Sua tarefa, portanto, sempre partindo do uso da máxima proporcionalidade, e conhecendo o risco é a análise da periculosidade daquele determinado comportamento, analisando as possíveis consequências e ações desse risco; e os atos e causas que podem advir da realização do mesmo.

CEZAR, preconiza que “a análise do risco consiste na aplicação de um conjunto de conhecimentos disponíveis na identificação de efeitos adversos potencializados por um determinado agente”¹⁷⁸.

Desta forma, propõe-se que a máxima proporcionalidade, pauta de aplicação do direito penal e conseqüentemente do processo penal, norteie a análise do risco

¹⁷⁶ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 49.

¹⁷⁷ SOUZA. Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Almedina, 2018. Pg. 83.

¹⁷⁸ CEZAR. Princípio da precaução. P. 253.

que está diretamente relacionada àqueles conceitos que permitem – mesmo que indiretamente - uma atuação discricionária do Poder Judiciário, ou seja, em uma lei que contém expressão geral, aberta e sem um conceito que norteie sua aplicação, surgem inúmeras fundamentações ao seu redor e essa discricionariedade não é controlada, diferentemente do que ocorre com o ato administrativo, que pode sofrer controle por Parte do Poder Judiciário. Por isso, é que a máxima proporcionalidade tem a função de reduzir essa margem de discricionariedade, condicionando a interpretação inerente aos conceitos/termos indeterminados, os quais ganham força na sociedade de risco, uma vez que a materialidade das relações sociais interfere nos discursos jurídicos, o que demanda do jurista uma análise estritamente técnica desses conceitos, para que seus interesses não sejam desvirtuados e percam a funcionalidade (processual).

3. FUNDAMENTAÇÃO PRAGMÁTICA: A AUSÊNCIA DE CONTROLE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA “ORDEM PÚBLICA” E A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO PROCESSUAL PENAL QUE ESTABELEÇA CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NA SUA FUNDAMENTAÇÃO

A partir do contexto traçado nos dois primeiros capítulos, percebe-se que a investigação exposta nesse trabalho parte do seguinte problema: o abismo argumentativo em que se encaixa o termo “*ordem pública*”, inserido no artigo 312, do Código de Processo Penal, como requisito autorizador da prisão preventiva, haja vista que este não apresenta nenhum critério norteador para sua aplicação, ou seja, em muitas vezes não há relação entre o meio utilizado pelo órgão do Poder Judiciário e o fim perseguido pela decisão judicial. Daí permeia-se a escuridão, ambiguidade ou obscuridade da interpretação, considerando a ausência de critérios delimitadores entre situação, finalidade e decisão, o que desencadeia o problema de suprimimento das lacunas jurídicas.

O caminho traçado para a fundamentação válida depende, portanto, que estradas fundadas em fundamentalismos deem lugar as diretrizes da fundamentação, as quais dependem necessariamente de critérios que limitem uma atuação discricionária do juiz.

É nesse sentido que surge a máxima proporcionalidade como limitadora do uso do risco a ordem pública como elemento autorizador da prisão preventiva, pois se perfaz como pauta de aplicação, consubstanciando-se em espécie de norte para a aplicação deste termo, com o fim único de ver a prisão preventiva decretada sob o risco à ordem pública sob o um viés fundamentado, ou seja, longe de juízos discricionários.

Nada obstante a máxima proporcionalidade seja o alicerce do direito processual penal, a mesma foge aos seus institutos no ato da aplicação. Isso porque, não há nenhuma orientação ou qualquer metodologia procedimental que situe a atuação do juiz – no ato de aplicar - no que concerne o emprego da prisão processual sob o risco à “ordem pública”, uma vez que a pergunta que se faz é: *qual ou quais são as situações que ensejam risco a ordem pública?*

Partindo do pressuposto já analisado neste trabalho de que, a validade da fundamentação pressupõe racionalidade às normas (regras procedimentais) – Filosofia de Apel -, imediatamente percebe-se que esse não é o contexto apresentado quando da aplicação da prisão preventiva decretada sob o prisma da “ordem pública”.

Essa obscuridade permeia há décadas o processo penal brasileiro e tal fato é facilmente observado, compulsando a grande maioria das decisões judiciais e jurisprudências que aplicam a ordem pública para fundamentar a decretação ou manutenção de qualquer prisão preventiva que não guardem relação a aplicação da lei penal ou a garantia da instrução processual penal¹⁷⁹. Logo, todas as motivações que não atentem contra a instrução processual penal ou a aplicação da lei penal, passam a se encaixar, portanto, no risco à “ordem pública”.

Precisamente quanto ao tema prisão preventiva, tem-se que o capítulo da Prisão Cautelar – artigos 311 a 318 do Código de Processo Penal¹⁸⁰ de 1941, ditava

¹⁷⁹ Nenhuma pesquisa empírica foi adotada neste trabalho, por essa pesquisadora. Nada obstante utilizou-se os parâmetros da pesquisa realizada na Cidade de Campo Largo/2019 por essa pesquisadora e pelo coautor Pedro Barausse Neto, ocasião em que foram analisadas 95 decisões proferidas pelas Varas Criminais de Campo Largo/PR em audiências de custódia, no período de junho/2016 e agosto/2018, em prisões pela prática em tese do delito de tráfico de drogas. Também foi utilizada como base da pesquisa quanto a aplicação do termo ordem pública para se justificar a prisão preventiva a pesquisa do Prof. Mestre Paulo Silas, que foi estruturada pela análise jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, no período de 2007 a 2017.

¹⁸⁰Os artigos 311 e 312, do Código de Processo Penal, em 1941 preconizavam : “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da

que “a prisão do “delinquente” (acusado/investigado), satisfazia a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena”¹⁸¹.

No mesmo sentido, a fundamentação usual da prisão preventiva, na época da promulgação do códex, considerando as posições doutrinárias e jurisprudenciais dominantes ditavam que:

A prisão preventiva – é uma medida de segurança, um meio de instrução e uma garantia de execução do julgamento. (...) É um estado de privação da liberdade pessoal reclamado pelo interesse social, o qual pode ser imposto ao acusado até o julgamento. Seus principais objetivos são os de – obstar a fuga do presumido responsável e tolher-lhe a faculdade de fazer desaparecer quaisquer outros vestígios dos crimes, além dos já indicados, de subornar, amedrontar as testemunhas e concertar-se com os seus possíveis cúmplices¹⁸².

Ainda, quando da promulgação do Código de 1941, a prisão preventiva (*processual ou cautelar*) era tida como obrigatória em decorrência da *gravidade do crime cometido*, ou seja, se ao crime fosse cominada pena máxima igual ou superior a 10 anos, “a prisão cautelar era operada de forma automática, no início da persecução penal”¹⁸³.

Tecidas tais singelas considerações quanto ao Código de Processo Penal de 1941, percebe-se que *não* havia possibilidade da aplicação de nenhuma

instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

¹⁸¹MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 215.

¹⁸²FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. V. II. 2ª ed. Fortaleza: Record: 1960. P. 51.

¹⁸³MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 214.

fundamentação processual, pois a máxima proporcionalidade entre a conduta e a medida cautelar se fazia sonogada, ou seja, não tinha como ser medida pelo julgador no caso concreto. Fundava-se, portanto, única e exclusivamente, na gravidade abstrata do crime e na necessidade de se dar uma satisfação à opinião pública.

Em que pese ainda vigente, o Código de Processo penal de 41 sofreu ao longo de todos esses anos algumas alterações legislativas. Especialmente, em 2011, a prisão preventiva sofreu alteração pela Lei 12.403/2011, quanto a sua duração, pressupostos e requisitos de aplicabilidade¹⁸⁴. Recentemente a prisão preventiva sofreu algumas alterações pela Lei Anticrime nº 13.964/19, no entanto a fundamentação sob o risco a *ordem pública* ainda carece de critérios para sua aplicação¹⁸⁵.

Contrapondo-se a ideia exposta acima, a inovação legislativa de 2011 trouxe a prisão preventiva não como regra, mas sim como exceção, devendo ser aplicada somente quando não houver nenhuma outra medida capaz de resguardar a ordem pública e econômica, a instrução processual penal e a aplicação da lei penal (máxima proporcionalidade), ou seja, a prisão preventiva, mesmo para os crimes com gravidade acentuada, tornou-se exceção, ao menos perante ao texto legal, considerando que o que se vê nas jurisprudências atuais e dominantes, é um retrocesso para a obrigatoriedade da prisão preventiva, de modo que a lacuna em torno do termo *ordem pública* fomentada pelo Código de Processo Penal vem sendo suprida por hermenêuticas demasiadamente particulares, sem qualquer parâmetro ou critério de interpretação.

No que concerne a aplicação da prisão processual para a garantia da ordem pública – a qual aqui é chamada de coativa, pois não traz em seu bojo nenhum elemento de cautelaridade -, a garantia da dita Ordem Pública ganha protagonismo, pois inaugura o ponto crucial enfrentado pela Escola da Exegese, ou seja, as *lacunas*.

A grande lacuna sustenta-se, desse modo, em dois pilares: a ordem pública não encontra definição que se coadune com o momento processual em que é aplicada, bem como é constantemente desvirtuada, pelos inúmeros juízos

¹⁸⁴Lei 12.403/2011 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm.

¹⁸⁵ Esse ponto melhor abordado no último tópico desse capítulo.

discricionários que recebe. Não havendo, desse modo, nenhuma lógica formal perante a norma, e tão somente lógica jurídica¹⁸⁶.

Sob esse contexto, é possível afirmar, em que pese tal afirmação barrar-se diante a realidade, pois a aplicação da ordem pública é vigente, que esse termo, inserido no contexto da prisão cautelar, se perfaz como uma medida de coerção¹⁸⁷, aberta e geral pronta para prender, mas não apta, pois motivada nas mais diversas argumentações, o que desenha uma espécie de abismo argumentativo, ou iguala a ordem pública como *o estado de privação da liberdade pessoal reclamado pelo interesse social*, inerente a escolha/intenção legislativa de 1941, não de 2011 e tampouco de 2019. Aqui reside o problema hermenêutico.

O Conceito de lacuna jurídica diz respeito a uma incompletude no sistema jurídico considerado como um todo, o que inclui, além da legislação, o direito consuetudinário, por sua vez, reduz o sistema jurídico ao direito legislado. Nessa acepção restritiva, a expressão “lacuna jurídica” identifica-se com a expressão “lacuna da lei”¹⁸⁸.

No sistema processual penal vigente, a ausência de parâmetros dos conceitos que permeiam o termo “ordem pública” comporta motivações materiais inconstitucionais que determinam a prisão processual.

É necessário, portanto, aceitar que o termo está na lei e, deste modo, será utilizado com fundamentos materiais e não processuais. Essa discussão, para o presente trabalho mostrou-se superada com a pesquisa na medida em que, não faz sentido a *negação*, sem a tentativa de se propor soluções – e essa não se perfaz uma visão utilitarista, mas sim de proporcionalidade diante das condições fáticas e jurídicas que são apresentadas aos operadores do direito, bem como pelo fato da ordem pública se mostrar vigente no projeto do novo Código de Processo Penal¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Na concepção de Chaïm Perelman a lógica formal se difere da lógica jurídica, na medida que a lógica formal é a descrição da norma na lei, e a lógica jurídica surge para suprir as omissões, lacunas e ambiguidades da lógica formal.

¹⁸⁷ Maurício Zanoide de Moraes adota referida expressão, na medida em que a ordem pública não possui contornos de medida cautelar, já que essa é aquela com finalidade processual e pela qual se visa assegurar o processo e seu resultado.

¹⁸⁸ ENGISH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª edição. p. 276-277).

¹⁸⁹ COUTINHO. Jacinto de Miranda. Considerações quanto ao projeto do Novo Código de Processo Penal por Jacinto de Miranda Coutinho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

Tais subjetividades representam obstáculos para o irrestrito emprego do princípio da legalidade, ou seja, a prisão cautelar deve vir lastreada por fundamentos válidos (*da nova hermenêutica - da aplicação da norma: princípio; texto legal; fato; norma; realidade*), e aqui não se está dizendo que a ordem pública é *anti-processual*, mas sim que a mesma precisa de critérios argumentativos que a delimitem e transformem sua aplicação quando realmente se mostrar necessária diante do fato concreto. Isto é, em casos que apresentem justificação proporcional.

Fato concreto nesse contexto, surge como a interpretação da lei que busca um “sentido”. Por isso, “não se pode reduzir a interpretação a um problema metodológico ou de simples técnica jurídica. É um problema filosófico, pois a interpretação tem muito que ver com a facticidade”¹⁹⁰.

Para Gadamer, em sua hermenêutica jurídica, “a compreensão do direito somente será possível por meio da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta”, pois a função normativa do Direito é interpretar a norma e regular comportamentos. Para tanto a compreensão normativa é fundamental¹⁹¹.

Comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada¹⁹².

Isso se deve a singularidade de cada situação que demanda a atuação do direito. Cada situação é única, logo, a decisão deve ser interpretada conforme as particularidades daquele caso concreto específico. Cada situação reclama uma nova aplicação da norma, por isso um dos pilares da fundamentação válida se perfaz como a análise do fato concreto¹⁹³.

No Direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que somente nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade.

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991. 459-482.

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991. 459.

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991. 379.

¹⁹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991. 380.

Desse modo, percebe-se que a raiz do problema do termo ordem pública se encontra não somente no método de aplicação da norma, mas também em sua subsunção ao caso concreto.

Realizando justiça ou injustiça, a prática judiciária é linguagem e comunicação¹⁹⁴. Portanto, cabe a dogmática jurídica o reconhecimento das consequências (*des*) humanas de suas elaborações, afastando os conteúdos não científicos. Daí reside a importância de uma interpretação restritiva.

Nesse sentido é que se faz a crítica a retórica e a argumentação desmedida e desregrada. Em uma concepção quanto ao suporte fático da presunção de inocência, as restrições devem ser lançadas com justificção constitucional e guardar proporcionalidade com o momento histórico que se vive.

Sob tais condições, as marcas dos dispositivos de 1941 são claramente observáveis na cultura jurídica de hoje, tanto é que, não obstante os vinte anos da atual Constituição Federal, ainda se vê o emprego do mesmo raciocínio da gravidade¹⁹⁵ da infração – inerente ao tipo penal e não ao caso concreto - para se determinar a prisão provisória ou se negar a liberdade do preso¹⁹⁶.

Não é que a gravidade do fato não possa fundamentar a prisão preventiva, mas quando a mesma advém de critérios subjetivos, ou da chamada gravidade abstrata, essa fundamentação se transforma em mera motivação ou fundamentalismo, que conforme já abordado se perfaz como o conjunto de vontades de um indivíduo. Logo, se a fundamentação vier pautada na gravidade concreta do delito, comprovada por critérios objetivos, o risco à ordem pública restaria então consubstanciado.

Nesse ponto, importante ressaltar que não se sugere o engessamento do conceito ou termo de “ordem pública”, mas sim que o juiz trabalhe com hipóteses

¹⁹⁴ BENJAMIN, W. (1992) Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política. Tradução de Maria Amélia Cruz et al. Lisboa: Relógio D'Água.

¹⁹⁵ Em que pese a vedação legal da fundamentação genérica e abstrata para a prisão provisória, alguns crimes tidos como de alta gravidade ganham fundamentação inerente ao tipo penal e tornam a prisão obrigatória, justificada nas mais variadas motivações.

¹⁹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pg. 217.

concretas, a partir de justificações não arbitrárias e ideológicas, ou seja, partindo da máxima proporcionalidade, somado as condições fáticas e jurídicas que circundam o caso concreto.

Qualquer impressão, razão ou causa de decidir judicial que se funde em aspecto estranho ao fato imputado representa um afastamento da análise do caso concreto, passando-se a determinar prisões por fatores emotivos, voltados a punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi, e não pelo que eventualmente tenha feito. Abre-se a possibilidade de se afirmar como “razões materiais”, ou seja, que deveriam advir do ato a ser julgado, motivos, na verdade, institucionais, ou de “eficientismo punitivo”, ambos totalmente alheios e desconectados com a causa a ser decidida¹⁹⁷.

A invocação de fundamentalismos na motivação da decisão judicial que forjam o atual Código de Processo Penal, o qual é cotidianamente interpretado segundo a cultura autoritária do início do Século XX¹⁹⁸, deve, portanto, ser rechaçada. Isso porque a expressão “ordem pública”, serve-se de juízo crítico para alguém ficar preso preventivamente.

Tal expressão, não possui qualquer limitação sistêmica para evitar que sirva de porta de entrada de muitos influxos subjetivos, desproporcional e sem qualquer justificação constitucional¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 490.

¹⁹⁸O seguinte exemplo da história do Supremo Tribunal Federal: “1. *Primário é o criminoso que não sofreu condenação criminal anterior. Todavia, pode ser pessoa perigosa pelo fato de haver cometido infrações que não foram sequer noticiadas, nem verificadas oficialmente. Assim também o réu de bons antecedentes, visto que estes podem ser desconhecidos da justiça criminal. Por conseguinte, a primariedade e os bons antecedentes podem indicar ausência de periculosidade do réu, mas o certo é que isso não constitui algo absoluto, indiscutível, pois o indício, qualquer que seja, deve ser apreciado com cautela, visto que ele desaparece diante de prova contrária daquilo que inculca.* 2. *Se o réu, pelo crime terrível que praticou, demonstra que é perigoso ao convívio social, é de se lhe decretar a prisão preventiva, mesmo que tenha 19 anos de idade, viva em companhia dos pais e esteja empregado, seja primário e tenha bons antecedentes visto que a primariedade e os bons antecedentes não excluem aquilo que haja de perigoso na sua personalidade, como se conclui de sua conduta quando provocou a vítima para matá-la em circunstâncias densamente comprometedoras.* 3. *Prisão preventiva denegada pelo juiz de primeiro grau mas concedida, em recurso estrito, pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, e confirmada pelo Supremo Tribunal ao indeferir em julgamento uniforme, a petição de habeas corpus formulada em favor do réu*” (STF – 1ª T. – HC 58.825 – rel. **Antonio Neder** – j. 09.06.1981 – DJU 03.07.1981).

¹⁹⁹ MAGALHÃES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Saraiva, 1991. Pg. 66-69.

Considerando a porosidade do conteúdo que permeia a “ordem pública”, bem como a ausência de parâmetros internos ou externos, é que a doutrina e a jurisprudência a conceituam como “gravidade da infração; periculosidade do agente; reiteração criminosa; clamor público, credibilidade das instituições, etc. A infinidade de conceitos estabelecidos pela doutrina processual penal é incalculável²⁰⁰, mas não há o estabelecimento de critérios que pautem a aplicação da ordem pública, por isso é que se diz que esse requisito é utilizado como um *curinga*, nas mãos dos magistrados.

Essa situação se desdobra na “interpretação” discricionária das leis. Beccaria aduz que a função dos juízes não contempla a interpretação das leis, pois não são legisladores²⁰¹. Nesse ponto, deve-se fazer valer o texto exposto na segunda parte desta dissertação quanto ao uso dos princípios na diferença entre discricionariedade e interpretação.

Isso porque, princípios não permitem a discricionariedade da interpretação, mas sim orientam a interpretação fazendo com que a aplicação aconteça de forma racional e não fundamentalista.

Nesse sentido é que a elaboração de um novo sistema, com critérios pré-determinados para a aplicação da “ordem pública” pode ter a função de evitar prisões desproporcionais e ilegítimas, este último porque não guardariam relação com o fato concreto e a máxima proporcionalidade.

O caminho da aplicação da máxima proporcionalidade e o caso concreto, portanto, fazem parte de um processo interpretativo da aplicação da norma, e é nesse momento que é possível compreender o seu sentido, pois, compreensão, interpretação e aplicação são interdependentes.

²⁰⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 220.

²⁰¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 19 de ago de 2018. P. 11-12.

Assim, uma norma adquire todo o seu sentido apenas quando é aplicada, pois só nesse momento é que sua validade pode ser avaliada, “lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia”.²⁰²

Logo, pode-se dizer que as leis emprestam sua força a necessidade de orientar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente fizeram ao rei²⁰³. O intérprete da lei, portanto, é o soberano, e não o juiz, ou seja, a tarefa do juiz consiste em examinar o conteúdo produzido pelo soberano, se é ou não contrário a Constituição da República e a lei que está exercendo o comando naquele determinado fato. O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for estrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, todo o conteúdo torna-se incerto e obscuro²⁰⁴.

Nada obstante, a retórica tenha alto valor de convencimento, a mesma nasce repleta de subjetividades, o que não valida a fundamentação jurídica, pois se satisfaz unicamente com a lógica jurídica e *fundamentalismos*, olvidando a lógica formal e o comando da lei, gerando imensa insegurança jurídica e afastando-se do processo de uma fundamentação válida, a qual é composta pela *situação fática do caso estudado e adequação a norma*. Sabe-se que a fundamentação das decisões judiciais é um dos pilares do Poder Judiciário, e nesse sentido, aquele que não teve seu intento deferido no processo saberá como e por quê, através da fundamentação, a qual equivale ao afastamento de toda e qualquer arbitrariedade, quando a mesma for empregada com racionalidade jurídica, bem como a realização máxima do princípio do contraditório.

A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de maldizer os juízes. A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão²⁰⁵.

²⁰² GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991. 389.

²⁰³ Idem 19.

²⁰⁴ Idem 19.

²⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 210.

A fundamentação concreta e individual formulada com subsunção ao fato, vem então para substituir a pura e simples retórica, exercida sem qualquer critério delimitador, bem como à argumentação jurídica falseada por convicções pessoais e parciais. Com o emprego da racionalidade jurídica, a fundamentação se torna válida, mesmo para aqueles que discordem desse ou daquele argumento, mesmo para a parte que não tiver atendido o seu intento.

Diante dessa assertiva, o papel do juiz é componente da judicialidade e fundamentação de qualquer norma que tenha aplicação na persecução penal, logo a retórica e argumentação jurídica estão diretamente inseridos em seus atos que atingem intimamente a esfera de direitos fundamentais do indivíduo, pois completamente atrelada a justificativa da resolução do mérito da causa, bem como em cada ato procedimental inerente ao processo penal.

A “reserva de jurisdição”, entendida como uma garantia constitucional decorrente do Estado Democrático de Direito e da cláusula do devido processo legal, atribuído ao Poder Judiciário, e somente a ele, o poder/dever de decidir conflitos ou controvérsias sobre a norma aplicável em uma situação concreta²⁰⁶. Nada obstante esse poder de *decidir* deve obediência aos preceitos constitucionais, logo a fundamentação, galgada na Constituição da República deve ser observada na interpretação judiciária, caso contrário, não passa de mera retórica.

Não se está dizendo que a retórica na aplicação da lei deve ser excluída, pois existe certa margem a “discrecionalidade interpretativa”, contudo, a explicitação dos motivos necessita de um controle que permita verificar se “os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima”²⁰⁷.

O que se exige então é que haja uma consciência judicial, de modo que as fundamentações expressem com clareza todos os caminhos fáticos e jurídicos escolhidos na decisão judicial. Sem com isso se deixar guiar por razões outras que se distanciem dos fatos demonstrados no processo, das razões constitucionais impostas pela lei e pelo comando dado pela norma processual penal.

²⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 412.

²⁰⁷ *Idem* 23.

Neste ponto os dois primeiros capítulos aparecem de forma nítida, de modo que as razões jurídicas devem ser formadas por três critérios, portanto: *princípio que embasa a norma*, elementos da *situação fática do caso estudado* e *adequação a norma*.

Resta, evidente, deste modo, que a prisão cautelar, no curso na persecução penal precisa se estruturar na restrição da hermenêutica empregada quanto ao termo “ordem pública”, com a competente elaboração de um método – critérios - de *aplicação da norma ao caso concreto*.

Referida ação, a aplicação da norma ao caso concreto, é a concretização do direito, sendo que para tanto os princípios ganham especial valor, na medida em que constituem pontes que permitem e viabilizam essa construção jurídica da prática judiciária, ou seja, da subsunção da norma ao caso concreto.

3.1. A RELAÇÃO ENTRE A LINGUAGEM E OS CONCEITOS JURÍDICOS

A partir das considerações acerca do termo “ordem pública”, pode-se dizer que a mesma se trata de um termo jurídico indeterminado, isso porque está contido em uma norma jurídica e o seu objeto apresenta inúmeras significações quando de sua transposição para o campo da aplicação.

A relação da linguagem com a fundamentação é muito próxima e por isso existe a necessidade de análise nesse trabalho. Os termos, conceitos e argumentação jurídica se relacionam intimamente, na medida em que a fundamentação válida pressupõe o entendimento desses termos e conceitos jurídicos, sob pena da argumentação jurídica o transformarem conforme juízos discricionários.

Logo a limitação desses termos jurídicos significa o caminho para a fundamentação e não mera motivação de uma decisão judicial.

“Na concepção aristotélica o conceito está referido pela medição do termo (signo de conceito), a um objeto”²⁰⁸. Ocorre que os conceitos jurídicos se referem a objetos com significações e não meramente objetos.

O “objeto do conceito jurídico não existe “em si”; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade no mundo jurídico quando a este “para mim”, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – “para nós”.

Os conceitos jurídicos, portanto, se transpõe para o uso corriqueiro na aplicação em seus *termos*, os quais expressam os conceitos e são atribuíveis as situações ou fatos concretos e mais para possibilitar a aplicação de uma determinada norma.

Nada obstante, a finalidade dos conceitos jurídicos não é a descrição daquilo que suas significações estão representando, mas sim a viabilização de sua aplicação a uma determinada norma jurídica. “O conceito é abstrato, existe e sobrevive como abstração. Os tipos são noções apreendidas no mundo real; não são inventados, mas descobertos a partir da análise da realidade”²⁰⁹.

Para que um conceito jurídico possa ser considerado válido, ou seja, atribuída a uma determinada situação normativa, de cumprimento ou descumprimento, é imprescindível que “todas as suas notas (dele, signo de significação) sejam subsumíveis na coisa, estado ou situação à qual se o vai atribuir”²¹⁰.

A ambiguidade ou imprecisão do termo de certos conceitos jurídicos resultam, portanto, da conferência da linguagem natural a esses termos, pois a mesma por vezes é imprecisa e ambígua – daí resulta a importância de critérios de interpretação por parte do intérprete – juiz. Sendo o início desse critério, o seu alicerce, a máxima proporcionalidade, pauta de aplicação para o direito processual penal.

²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores. P. 148

²⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método de ensino jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Usp LXXIV. São Paulo.

²¹⁰ LARENZ. Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5ª ed. Berlin, Springer.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados guarda íntima relação com o assunto aqui abordado. Essa teoria surgiu em 1886, na Alemanha através do doutrinador Bernatzik²¹¹, o qual defendia que a existência desses conceitos atribuía a Administração um poder para a sua livre concretização normativa²¹². Esse fenômeno é também observado no Poder Judiciário, o qual confunde interpretação e discricionariedade, como já delineado, e se utiliza da discricionariedade diante de determinados casos concretos em que expressões vagas e abertas são chamadas a fundamentação jurídica, mas que são supridas por critérios fundamentalistas, distantes da fundamentação válida supracitada.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello é de suma importância quando o assunto é a discricionariedade. Ele ensina que “nem sempre e necessariamente a discricionariedade advém das imprecisões dos conceitos jurídicos”²¹³. A abstração normativa precisa ser levada em conta, uma vez que as imprecisões da norma podem sumir diante do caso concreto, eliminando, totalmente a discricionariedade, quando da sua aplicação.

Continuando, a discricionariedade somente existe e é válida “nas hipóteses em que perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertida qual a solução idônea para cumprir fielmente a finalidade legal. Ou seja: quando a mesma for *vinculada* a norma (e aqui se passa do caráter discricionário para o caráter interpretativo), naquelas situações em que mais de uma opinião for proporcionalmente admissível sobre a medida mais apropriada para dar a melhor satisfação sob os olhos da lei”²¹⁴.

Assim sendo, a premissa discricionária que em um primeiro momento aparece em volta do termo “ordem pública”, não pode ser aceita, de modo que todas as decisões que versarem sobre o tema devem ser fundamentadas ao objetivo da lei processual penal e sob as diretrizes da máxima proporcionalidade, logo interpretadas.

²¹¹ BERNATZIK, 1976. P. 232.

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros. 2007. P. 928.

²¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros. 2007. P. 928.

²¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros. 2007, p. 928.

A interpretação do direito sempre irá abranger a análise quanto a questão da ambiguidade e da imprecisão dos termos e linguagem jurídica. É nesse sentido que o alinhamento da interpretação por critérios se perfaz importante. Explica-se: a linguagem é formada por símbolos – palavras, objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos, relações que se complementam e cumprem inúmeras funções²¹⁵.

Luís Roberto Barroso, quanto ao sistema de princípios aplicados à interpretação das leis, discorre que: “Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas processuais”.

Na mesma diretriz, Luiz Henrique U. Cademartori, preconiza que:

Embora a lei não determine com precisão os limites desses conceitos, por não possuírem eles uma quantificação ou determinação rigorosa, está, sim, referindo-se a hipóteses da realidade que, apesar da indeterminação do conceito, torna-se este determinado no momento de sua incidência no caso concreto²¹⁶.

Por essas razões, e também porque o direito processual penal se perfaz como um mecanismo de controle social, é necessária a criação de um método para a aplicação da prisão preventiva sob o risco a ordem pública, ocasião em que poderá ser determinado o seu conceito, no momento de incidência a cada caso analisado – *momento da aplicação*, considerando que “a linguagem está inserida em um sistema de vocábulos convencionais, os significados das palavras ou expressões linguísticas dependem sempre de uma convenção”²¹⁷.

No uso da linguagem jurídica, valendo-se ainda da exposição de Carrió, é comum ocorrer a transformação do uso da linguagem natural (que reúne significados imprecisos), em torno da linguagem jurídica, com a utilização dos termos daquela. Daí decorre a dificuldade em atribuir-se ou expressar-se determinados significados

²¹⁵ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 4ª ed. Buenos Aires, Abeleo-Perrot. 1990. Pg. 91.

²¹⁶ CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. Discricionariade Administrativa - no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá.P. 141.

²¹⁷ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 4ª ed. Buenos Aires, Abeleo-Perrot. 1990. Pg. 101.

jurídicos em deslinde a uma determinada norma. “Daí por que a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa”²¹⁸.

Deste modo a ambiguidade, obscuridade e imprecisão são características da linguagem jurídica, as quais devem ser pelo intérprete alinhadas.

3.1.2. O QUE SE ENTENDE POR “ORDEM PÚBLICA”?

Quanto ao ato de conceituar é preciso lembrar que todo conceito é uma metáfora (Nietzsche), vez que é sempre a generalização de um evento singular e irrepitível²¹⁹. Por isso e por conta as ambiguidades e imprecisões que permeiam nos conceitos jurídicos é que se defende neste trabalho que o conceito de ordem pública seja determinado caso a caso, desde que atendidas exigências mínimas e cumulativas dos critérios estabelecidos para a fundamentação utilizada no uso do termo. Não faz sentido uma significação ser aplicada sem critérios, caso contrário as imprecisões ainda assim existiriam.

Hoje, o que circunda pela doutrina de direito processual penal é que a dita ordem pública é uma espécie de “anemia semântica”²²⁰, o que é completamente inverificável, e torna qualquer fundamento empregado para a sua sustentação irrefutável, ou seja, se alguém é preso porque o juiz aponta que esse indivíduo representa risco de fuga, uma vez efetivada a prisão, o (pseudo) risco desaparece, sendo assim inviável refutá-lo, pois o argumento construído com base em ilações, falácias e ideologia, desaparece. O mesmo raciocínio é empregado para argumentos como a paz social, credibilidade da justiça ou gravidade abstrata do delito.

Assim, tudo não passa de mera retórica, com um único fim: justificar a prisão sob qualquer argumento.

O risco à ordem pública, aventado demasiadamente por julgadores, se perfaz, no entanto, no risco *da* ordem pública. O perigo que esse termo com inúmeros significados jurídicos e não jurídicos representa à ordem pública é perceptível de

²¹⁸ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 4ª ed. Buenos Aires, Abeleo-Perrot. 1990. Pg. 55.

²¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. A gaia ciência. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. P. 9.

²²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 26.

plano, pois aqueles indivíduos que cometem crimes, em tese, fazem parte da tal ordem pública até que sejam considerados culpados e recebam uma *pena*.

A definição recorrente de risco para a ordem pública somente existe nesse vão legislativo que se confunde com argumentos apelativos e não jurídicos. Por isso enquadra-se o tempo todo ordem pública como “clamor social”, “perturbação da paz”, gravidade abstrata do crime; credibilidade das instituições. Ou seja, é como se o sistema no ato de não prender não exercesse sua função, logo para prender passa a valer a invocação de fundamentalismos e não fundamentações.

Roberto Lyra Filho afirma:

A falsa consciência introduz-se nas análises da ideologia, sobretudo a partir das contribuições marxistas. Não se trata de má fé, assinalam Marx e Engels, de vez que a má fé pressupõe uma distorção consciente e voluntária; a ideologia é cegueira parcial da inteligência entorpecida pela propaganda dos que a forjaram. O “discurso competente”, em que a ciência se corrompe a fim de servir à dominação, mantém ligação inextrincável com o discurso conveniente, mediante o qual as classes privilegiadas substituem a realidade pela imagem que lhes é mais favorável, e tratam de impô-la aos demais²²¹.

Referida ideologia permeia sob o mantra “ordem pública”, que de tanto afirmá-lo, mesmo que sem forma e conteúdo definido, tornou-se meio eficaz para antecipar a pena, ou seja, ordem pública é construída com pura ideologia, deformações de raciocínio, em uma crença falsa de perigo que traduz a deformação inconsciente da realidade²²².

Os vícios ideológicos do judiciário claramente não servem ao direito, pois a imagem mental que vem sendo criada, e com sustância, se difere da realidade das coisas e da fundamentação racional, que precisa ser adotada²²³.

²²¹ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. Editora brasiliense, 11ª ed. Primeira edição, 1982, pg. 9 - 10.

²²² Fazemos menção ao termo ideologia aqui, como aquele trazido por Lyra Filho em sua obra “O que é Direito?” A expressão ideologia será tratada nessa pesquisa como na teoria crítica lyriana, ou seja, a falsa consciência de um discurso competente que corrompe a ciência para servir de dominação social dos “donos do poder” - LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. Editora brasiliense, 11ª ed. Primeira edição, 1982, Cap. 2.

²²³ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. Editora brasiliense, 11ª ed. Primeira edição, 1982, pg. 7 - 15.

Dentro desse contexto, SANGUINÉ alude que a ordem pública se tornou sinônimo de segurança à sociedade, bem como o meio acautelador que se camufla sob as funções de prevenção exercidas somente pela pena e não prisão provisória²²⁴. O autor também faz um alerta: O conceito invocado como justificativa das medidas necessárias para assegurar a manutenção da paz pública e a convivência ordenada dos cidadãos dentro dos grupos sociais - cambiando apenas a intensidade com que aplicado -, permanece na ordem do dia no século XX, tanto para as ditaduras como para os regimes democráticos liberais²²⁵.

Desta feita, conclui-se que se age em nome do processo penal, nada obstante em contradição ao *direito* processual penal. Assim, torna-se imperioso o estabelecimento de critérios para a aplicação da prisão preventiva baseada no risco a ordem pública, de modo a eliminar as prisões ideológicas e inverificáveis, como bem explicado pelo jurista Alexandre Morais da Rosa, em sua obra *A Bricolage de Significantes*²²⁶.

No mesmo sentido ZANOIDE de Morais, insiste que a ordem pública somente pode ser sanada, já que repleta de vícios, por meio de uma nova hermenêutica que a discipline à luz dos direitos e garantias fundamentais preconizados pelo legislador originário de 1988²²⁷, a luz do princípio da legalidade e máxima proporcionalidade.

Deve-se falar, portanto, em ordem pública com significados jurídicos e que sejam conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos²²⁸. No direito penal e processual penal, a Ordem pública é tida como sinônimo de convivência *pacífica e ordenada*, significado esse emprestado do ordenamento político e estatal, ou seja, a Ordem Pública aplicada em termos processuais penais, precisamente como condição de encarceramento cautelar, é a mesma aplicada na legislação policial.

²²⁴ Idem 10.

²²⁵ SANGUINÉ, Odone. Prisión provisional y derechos fundamentales. Tirant: Valencia, 2003. p. 171.

²²⁶ Idem 8.

²²⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 727-749.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 11ª edição. Ed. UNB. 1998.

Em uma análise precisa da prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”, Antônio Magalhães Gomes Filho, ensina:

A ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como **medidas de defesa social**; fala-se, então, em ‘exemplaridade’, no sentido de **imediata reação ao delito**, que teria como efeito **satisfazer o sentimento de justiça da sociedade**; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um ‘instrumento a serviço do instrumento’, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o **reconhecimento da culpabilidade**²²⁹.

Nesse sentido, tem-se que o legislador, em que pese não ter conceituado a ordem pública posta no artigo 312, do Código de Processo Penal, intrinsecamente, adota o conceito de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, conceito esse que aparece no Dicionário de Política, quanto a definição do termo.

A Ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, o que vai de encontro ao elemento da culpabilidade, levado em contato na dosimetria da pena daquele indivíduo que vem a sofrer sentença penal condenatória²³⁰.

Extrai-se do Dicionário de Política, que a Ordem Pública se consubstancia como objeto de disciplina normativa, ou seja, todo sistema de normas a tem como objeto, nada obstante, seus significados e significantes variam de ordenamento para ordenamento.

Tal variação deve ser embasada a partir dos princípios orientadores da matéria, no caso em comento, inerentes a prisão provisória, como pauta de aplicação a máxima proporcionalidade.

²²⁹ GOMES FILHO. ANTONIO MAGALHÃES. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 11ª edição. Ed. UNB. 1998.

A Ordem pública é usualmente invocada como limite ao exercício de direitos e na esfera penal e processual penal, como limite ao exercício da liberdade.

Sob esse contexto, a Ordem pública assume especial papel já que está atrelada aos direitos de liberdade de todo e qualquer cidadão assegurados pela constituição:

Neste caso se indica que não é possível questionar um limite de caráter geral ligado a chamada Ordem pública constitucional – que parece fazer coincidir com o conjunto dos princípios fundamentais de um ordenamento — porquanto dos princípios gerais não se poderiam originar limites situados além dos já previstos no âmbito da disciplina constitucional de cada um aos direitos²³¹.

O Código de Processo Penal²³² de 1941, conforme já exposto anteriormente tinha a ordem pública como sinônimo de gravidade do delito²³³. No mesmo sentido, a fundamentação usual da prisão preventiva, naquela época, considerando as posições doutrinárias e jurisprudenciais dominantes:

A prisão preventiva – é uma medida de segurança, um meio de instrução e uma garantia de execução do julgamento. (...) É um estado de privação da liberdade pessoal reclamado pelo interesse social, o qual pode ser imposto ao acusado até o julgamento. Seus principais objetivos são os de – obstar a fuga do presumido responsável e tolher-lhe a faculdade de fazer desaparecer quaisquer outros vestígios dos crimes, além dos já indicados, de subornar, amedrontar as testemunhas e concertar-se com os seus possíveis cúmplices (FARIA, p. 51).

A ordem pública, fundava-se, portanto, única e exclusivamente, na gravidade abstrata do crime e na necessidade de se dar uma satisfação à opinião pública.

²³¹ Idem 47.

²³² Os artigos 311 e 312, do Código de Processo Penal, em 1941 preconizavam: “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

²³³ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 215.

Discute-se a Ordem pública, portanto, na esfera processual penal, com argumentos sob os nuances da “opinião pública”:

Quando se trata de determinar as limitações aplicáveis aos direitos fundamentais, há de identificar-se com a simples realidade material, isto é, com a situação de normalidade já lembrada, ou ter presente também uma hipotética realidade ideal, ou seja, um conjunto de finalidades que deveriam caracterizar idealmente as relações sociais. Afirma-se a este propósito que nos regimes democrático-liberais predominaria a primeira tendência, enquanto a segunda seria característica aos regimes, ideologicamente muito marcados, dos Estados monopartidários recentemente consolidados. Parece certo que, neste tipo de ordenamento, se confirmou uma *noção elástica* de Ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e permite uma maior redução dos direitos de liberdade. Contudo, se bem que por motivos diferentes, observou-se sempre uma elasticidade semelhante nos ordenamentos primeiramente lembrados²³⁴.

Para Aury Lopes Junior a Garantia da ordem pública:

Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...]. Não sem razão por sua vagueza e abertura é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe o que dizer... Nessa linha é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, com comoção da comunidade, que perturba sua tranquilidade. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou a “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público²³⁵.

Observa-se que os inúmeros manuais de Direito Processual Penal não conceituam ordem pública, mas sim dizem *o que ela não é*, a assemelham com gravidade abstrata do delito, opinião pública e clamor social, logo imprestável, diante da máxima proporcionalidade (*abordada no segundo capítulo*) e do princípio da legalidade, a decretar a prisão preventiva.

Desse modo, considerando a doutrina majoritária, e a jurisprudência dominante, adotemos o conceito conferido pelo dicionário de política, o qual dita que ordem pública é sinônimo de *convivência ordenada e pacífica*. Pois é o único conceito

²³⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 11ª edição. Ed. UNB. 1998.

²³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 635.

encontrado e é o que reflete na jurisprudência brasileira. Nesse sentido, novamente se faz importante as considerações de Antônio Magalhães Gomes Filho, segundo o qual:

"A motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais transcende o âmbito próprio do processo, alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional²³⁶."

Para a Suprema Corte, a aplicação da ordem pública também não aparece de maneira diversa, isso porque existe farta orientação jurisprudencial que guia as decisões da Corte e ditam o que *não* é ordem pública – ou seja, “a prisão preventiva é ilegítima quando baseada tão somente na gravidade em abstrato do crime, ou seja, quando a motivação é desamparada de elementos concretos aptos a amparar a decisão prisional”²³⁷.

Imprensado entre o jogo político dos interesses que permeiam o modelo decisório e os imperativos constitucionais, o STF se obriga a encontrar um delicado posicionamento político. Se o momento clama por mais punição, então as decisões tenderão nesse sentido; mas se há consenso sobre a grave situação carcerária, então também é necessário reconhecê-la. Todavia, o STF, por fazer parte de um sistema maior, não consegue esquecer a sua origem: é poder e é elite, sempre, e ao mesmo tempo. Portanto, é necessário decidir de forma a se preservarem as instituições – e especialmente, aqui, o Judiciário, que é a seara onde atuam os ministros. Por isso a “praticabilidade das decisões” importa tanto, em certos casos até mais do que a dignidade do encarcerado, e provavelmente é por isso que o STF produz, por vezes, uma jurisprudência esquizofrênica que transita desavergonhadamente e com facilidade entre o humanitarismo de Beccaria e a inquisitorialidade de Torquemada²³⁸.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a ordem pública é sinônimo de paz social, de tranquilidade, cuja manutenção cabe ao Estado. Quando essa tranquilidade é ameaçada pela prática de um crime, abre-se a discussão pela prisão preventiva ou

²³⁶ MOREIRA, Romulo. O novo CPC: A fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/174778771/o-novo-cpc-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

²³⁷ TAPOROSKY FILHO. PAULO SILAS. JURISDIÇÃO E RETÓRICA: O PROBLEMA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. P. 84.

²³⁸ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. In: Estado, Poder e Jurisdição – Volume II. QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Anreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Editores). Maurítius: Novas Edições Acadêmicas, 2017. p. 151

não daquele que o cometeu. Assim, é possível a decretação da medida cautelar sob o viés da ordem pública, quando se verifica que a preventiva irá cessar a periculosidade do agente em razão de diversas condenações; participação em organização criminosa; peculiaridades diante a atuação em determinados crimes graves – *modus operandi*; probabilidade de reiteração de acordo com o oráculo criminal²³⁹.

Em que pese ambos os Tribunais Superiores negarem a possibilidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a mesma vier amparada: na gravidade abstrata do delito e no clamor público e/ou credibilidade da Justiça, nos últimos anos tem sido estabelecidos alguns critérios para sua aplicação, a depender do caso concreto, critérios que não contradizem com as diretrizes esposadas pela fundamentação válida, pois se possibilita ao magistrado preencher o significado do termo com base na máxima proporcionalidade, nas circunstâncias do ato e fato concreto e nos ditames preconizados pela norma, a partir do contexto fático-probatório do caso.

Muito embora isso se revele como um avanço dos Tribunais Superiores, não há ainda uma exposição de critérios em forma de cartilha, mas sim jurisprudências firmadas, que são constantemente não aplicadas pelos demais tribunais, e ainda, desvirtuadas, pelos próprios membros da Corte Suprema ou do Superior Tribunal de Justiça. Logo esses critérios, devem ser incorporados ao texto legal.

Assim, resta demonstrado a urgência em estabelecer-se uma metodologia para a construção de uma fundamentação técnica por trás da prisão preventiva para garantir a ordem pública, que ocupe o lugar das motivações pessoais, que delimite a interpretação do juiz e que vá ao encontro de uma fundamentação jurídica, técnica e galgada nos pilares da fundamentação – dimensão filosófica e processual penal.

²³⁹ (RHC 116.383/MG, j. 05/09/2019).

3.2. CRITÉRIO DE DEMARCAÇÃO: A DELIMITAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Crítério é uma “regra para decidir o que é verdadeiro ou falso, o que se deve fazer ou não”²⁴⁰. Critérios de verdades são aquilo que não se consubstanciam como alvo do subjetivismo, ou seja, que é possível de verificação por todos. Em termos de origem, a propositura de um critério, “surge no período pós-aristotélico da filosofia grega, quando a filosofia passou a assumir um caráter predominantemente prático”²⁴¹. A prática se sintetiza como a produção daquilo que não é subjetivo, por isso se fala em critérios pragmáticos de verdade. O que é palpável, que facilita a prática do direito pela formação de requisitos objetivos.

O critério de demarcação no que concerne o método indutivo, ou seja, o raciocínio que conduz a uma verdade geral, após o estudo de um número suficiente de casos determinados - *prática*, seria o requisito que todas as ciências que trabalham com significados deveriam adotar, para terem uma decisão quanto a sua relação com a verdade e a falsidade. Dito de outro modo: o significado e sua forma de aplicação devem ser logicamente possíveis de verificação ou falseamento²⁴².

O critério, portanto, está diretamente coligado ao ato de fundamentar, pois torna-se fundamento de uma teoria científica, as quais “necessitam de amparo pela verificabilidade empírica, ou seja, tem que ter causas e fenômenos detectáveis”²⁴³.

O critério, nesses termos, se perfaz como um pilar para a fundamentação válida racional de APEL, como se fossem barreiras a motivação discricionária, ou uma direção para a fundamentação não genérica e abstrata.

Sob tais condições, é importante mencionar que Popper sempre trata a questão do critério de demarcação pela experiência empírica, com foque no experimento, ou

²⁴⁰ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 234.

²⁴¹ ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007. P. 234.

²⁴² POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1993.

²⁴³ POPPER, Karl. Kuhn. Thomas. Reflexões acerca da epistemologia contemporânea; R. FARN, Natal, v.2, n.1, y 143 - 148 .jul./dez. 2002. Disponível em: www.revistafarn.inf.br. Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

seja, é possível a verificação por meio de experimentos para a corroboração de uma hipótese, ou o ser descartado, pelo falseamento, quando o resultado do experimento for contra a hipótese aventada²⁴⁴.

Na corroboração de determinada hipótese reside o princípio da falseabilidade, que embasa o critério de demarcação, uma vez que “as afirmações científicas não são a afirmação daquilo que é, mas a afirmação daquilo que jamais se evidenciou em contrário”²⁴⁵. Nesses termos, as afirmações científicas são aquelas que afirmadas com aproximação da verdade, ao passo que podem ser submetidas a observações, e nesse ato verificáveis ou falseáveis.

Sob essas condições os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para a fundamentação da decretação da prisão preventiva sob o fundamento da “ordem pública” (reiteração criminosa e periculosidade do agente)²⁴⁶, seriam verificáveis, sob o argumento da ação de critérios de verdade, ao passo que sua corroboração se dá por meio da subsunção da ação imputável ao agente, ao fato, e da verificação de suas anotações criminais.

As premissas verificáveis para a criação de critérios de demarcação, portanto, precisam ser naturais e ligadas ao ato analisado, pois caso contrário não serão detectáveis. “A tarefa primordial para uma demarcação entre a ciência e a metafísica consiste em libertar a metafísica”²⁴⁷.

Nesse sentido, o programa científico de pesquisa de Karl Marx contemplado na obra *Hacia Uma Filosofía Política Crítica*, de Enrique Dussel, aborda *los “três” criterios de demarcación ou delimitación na ciência social funcional y crítica*²⁴⁸, e demonstra que a finalidade da criação de critérios para discutir-se determinados assuntos está ligada na diferença entre uma discussão científica, e não científica – ligada as subjetividades.

O primeiro critério de demarcação ou delimitação é chamado de “ciência” ou pseudociência. A epistemologia abordou a questão da “demarcação/delimitação” do

²⁴⁴ POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1993.

²⁴⁵ K., Popper, O futuro está Aberto, Lisboa, editorial Fragmentos, 2ª ed., s/d., p. 60.

²⁴⁶ Esses dois critérios foram abordados no tópico seguinte - 3.2.1.

²⁴⁷ K., Popper, O futuro está Aberto, Lisboa, editorial Fragmentos, 2ª ed., s/d., p. 60.

²⁴⁸ DUSSEL, Enrique. Hacia Uma Filosofía Crítica. Editorail Desclée de Brower; 2001. Cap XIII.

conhecimento científico de conjecturas baseadas em hipóteses – hipotético dedutivo - , por meio de uma definição de racionalidade teórico explicativa. A teorias ou programas contrários que não cumpriam com a definição “estrita” de ciência, não eram aceitos²⁴⁹.

Para Popper a ciência consiste em teorias, que são “redes que lançamos para apresar/capturar aquilo que chamamos *mundo* para racionalizá-lo, explicá-lo e dominá-lo”.²⁵⁰ O critério de demarcação referente ao que seja científico é puramente negativo e consiste no fato de que a referida teoria tenha definido claramente enunciados básicos falsificáveis.

Se propõe então que com uma hipótese falsificadora, que seja corroborada em um “experimento crucial”, a teoria poderia ser refutada ou descartada, falsificada em sua totalidade.

Por sua vez, Thomas Kuhn abriu um novo horizonte problemático com a proposta da existência de mudanças de paradigmas na história através de “revoluções científicas”. Contra Popper e seu “experimento crucial”, escreve:

Uma vez que alcançou o status de paradigma, uma teoria científica se declara inválida apenas quando dispõe de um candidato alternativo para que ocupe seu lugar. Nenhum processo descoberto até agora pelo estudo histórico do desenvolvimento científico se assemelha ao estereótipo metodológico da demonstração por falsificação, por meio da comparação direta com a natureza [...] A decisão de rejeitar um paradigma é sempre, simultaneamente, a decisão de aceitar outro²⁵¹.

Sem entrar no debate interno, o primeiro critério ganhou no presente, no quesito flexibilidade, e as seguranças dogmáticas antimetafísicas do que é ciência ou não, deram lugar a posições mais complexas, empíricas, históricas e menos ideológicas²⁵².

O segundo critério de demarcação, é colocado como o critério das ciências sociais. Também existem discussões ainda abertas sobre o segundo critério de

²⁴⁹ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 282.

²⁵⁰ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 280.

²⁵¹ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281.

²⁵² DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281.

demarcação, que devem definir a diferença entre ciências naturais (matemáticas, exatas, “duras”, etc.) e humanas ou sociais.

Theodor Adorno se opôs às ideias de Popper, tentando uma “demarcação” da diferença entre “teoria analítica da ciência e dialética”. Porém necessitava de numerosas medições para encontrar a resposta precisa, uma vez que era impossível enfrentar diretamente as questões do “primeiro” critério de demarcação (ciência/não ciência, posição de Popper), com o “segundo” e com o “terceiro” critério simultaneamente (pretensão de Adorno). Gadamer, por sua vez, havia proposto a questão da compreensão através de uma perspectiva hermenêutica. Ricoeur havia esclarecido a “interpretação hermenêutica” aplicada ao caso de Freud²⁵³.

Von Wright descreve os termos da discussão em 1971, e Apel esclarece sua posição em uma ampla e valiosa obra de respeito. As ciências sociais usam com frequência complementarmente, tanto a “explicação” dos fatos, remontando-se a suas “causas”, como a “compreensão” por meio da fundamentação ou por meio da “compreensão” como hermenêutica, neste último caso, ao pretender, com “interesse” não apenas observacional e sim participativo, “interpretar o sentido” intersubjetivo das ações desde suas motivações avaliativas *concretas*²⁵⁴.

Habermas faz referência contínua, analisando a questão e aportando novos elementos, em especial desde a *linguistic turn* e a pragmática para a criação de critérios de demarcação²⁵⁵.

Nesses termos, pode-se adiantar que o segundo critério de demarcação inclui uma nova determinação própria: as ciências humanas ou sociais se desenvolvem usando a “explicação” (na relação sujeito-objeto, sendo o objeto o próprio ser humano em sociedade; em um nível formal causa-efeito, ou em um nível material de fundamentação dialética fundamento-fundado) ou a compreensão (na relação sujeito-sujeito através de fundamentação dialética ou interpretando de alguma maneira a intencionalidade do outro sujeito ou sujeitos: “compreendendo” as motivações, os

²⁵³ DUSSEL. Enrique. Hacia Una Filosofía Crítica. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 283.

²⁵⁴ DUSSEL. Enrique. Hacia Una Filosofía Crítica. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 283.

²⁵⁵ DUSSEL. Enrique. Hacia Una Filosofía Crítica. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281-285.

valores, “entrando” no “mundo” de uma comunidade alheia). Esta “explicação” ou “compreensão” pode ser, então, por dedução (“causa”-“efeito”) ou por fundamentação (fundamento-aparência ou fundado/estabelecido)²⁵⁶.

O terceiro critério de demarcação: ciências sociais “funcionais” e “críticas” se encontra no âmbito da *lógica do descobrimento*, mais que na lógica da explicação. Se trata das condições de possibilidades e viabilidade para o desenvolvimento de um programa de pesquisa que tivesse a característica crítica²⁵⁷.

Adorno, como já supracitado, na disputa com Popper, incluía no conceito da “dialética”, não apenas as ciências sociais ou a filosofia não analítica, mas também a necessidade da crítica. Então, é necessário discernir esta estrutura complexa que encobria dois níveis variados²⁵⁸.

A lógica do descobrimento coloca como terceiro critério “a responsabilidade anterior ao diálogo”. Desde a responsabilidade [prática] se esboça o problema [teórico]. O problema se esboça a partir da própria proximidade que, por outra parte, mesmo que imediata, não é o problema.

O extraordinário compromisso do outro com respeito ao terceiro chama o *controle, a busca da justiça à sociedade e ao Estado*, à comparação e ao ter em mente a ciência, o comércio e a filosofia, e de aí em diante, à anarquia, à busca do princípio. Dito de outro modo: o critério de demarcação busca a responsabilidade para a definição do problema, antes de discutir-se o problema²⁵⁹.

Os três critérios de demarcação abordados na obra de Dussel, portanto, trazem a perspectiva da necessidade de critérios, demarcações, parâmetros para que a fundamentação de algo não se perca nas entrelinhas do achismo ou mera opinião, sob pena dessa fundamentação não estar atrelada ao caso ou fato concreto e, por isso ser carente de pressupostos de validação.

²⁵⁶ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281-285.

²⁵⁷ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281-289.

²⁵⁸ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281-289.

²⁵⁹ DUSSEL. Enrique. *Hacia Uma Filosofia Crítica*. Editorail Desclée de Brower; 2001. Traduzido por Carolina Coelho em 10 de dezembro de 2019. Cap. XIII. P. 281-289.

3.2.1. A PERICULOSIDADE DO AGENTE E O RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA COMO CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB OS NUANCES DA ORDEM PÚBLICA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a realização de pesquisa jurisprudencial nas Cortes Superiores, verificou-se²⁶⁰ que tanto para o Superior Tribunal de Justiça, quanto para o Supremo Tribunal Federal, os argumentos positivos para a aplicação da prisão cautelar sob o fundamento de risco a ordem pública, residem nos seguintes critérios: a *periculosidade do agente* e o risco de *reiteração delitiva*.

Em um primeiro momento, o pensamento de contrariedade de ambos os requisitos com a cautelaridade da prisão processual é perfeitamente perceptível. No entanto, esse não é o foco desse trabalho, uma vez que se dá por superado referido argumento, considerando que o requisito da ordem pública faz parte do art. 312 do Código de Processual e é invocada cotidianamente para justificar a prisão, ou seja, parte-se dá necessidade da criação de critérios diante de um novo modelo processual – o qual é perceptível no plano da aplicação da lei – aonde se perfaz possível a aplicação da prisão provisória por motivos materiais. Por isso, o escopo dessa dissertação se perfaz no estudo dos argumentos utilizados e no enquadramento de critérios válidos para a aplicação da prisão preventiva para assegurar-se a ordem pública, de forma válida e fundamentada, afastando-se de argumentos fundamentalistas, pessoais, genéricos e arbitrários.

Como mencionado no item acima, critério de demarcação é tido como a descrição de verdades – essas verdades não se consubstanciam-se como aquilo em que você ou eu acreditamos – mas sim naquilo que é objetivo, perceptível de plano por todos os olhos, daí reside o critério, na possibilidade de descrição de algo e não subjetividade.

²⁶⁰ Neste tópico foi utilizada como base da pesquisa quanto a aplicação do termo ordem pública para se justificar a prisão preventiva a pesquisa do Prof. Mestre Paulo Silas, que foi estruturada pela análise jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, no período de 2007 a 2017, bem como a análise “pronta” fornecida pelo site do Superior Tribunal de Justiça, como “Posições sedimentadas pela Corte” – Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/?vPortalArea=1182. Acessos realizados em setembro, outubro e novembro de 2019.

A prisão preventiva é admitida por motivos materiais e não processuais, está é a razão da inserção do termo “ordem pública” no texto do art. 312, do Código de Processo Penal. Nada obstante, por existir dentro desse contexto a máxima de que a prisão se consubstancia como a *ultima ratio* das medidas de coação, “um grupo de ocorrência para as quais a prisão seja a medida mais apropriada”²⁶¹, a mesma, sob o argumento do risco a ordem pública é constantemente repetida e invocada. Por isso emerge a necessidade de critérios de aplicação, pois mesmo reduzindo-se ao extremo as hipóteses de prisão provisória, o que já representa um avanço comparado com a realidade atual²⁶², percebe-se que há situações para as quais ela se mostra a única medida indicada.

Sob essas condições, a máxima proporcionalidade se une com o estabelecimento de critérios verificadores somada a verificação das razões que levam a liberdade se transpor em prisão preventiva, ou seja, por razões processuais ou materiais²⁶³.

²⁶¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 480.

²⁶² Em matéria intitulada “CNJ libertou 3.831 presos em inspeções judiciais pelo país”, o jornal Folha de S.Paulo, no dia 26/07/09, caderno Cotidiano (localizável na internet no endereço eletrônico www.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2607200903.htm), informou que nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional nos Estados brasileiros Para essas hipóteses limites ainda há duas situações a serem distinguidas. A restrição total da liberdade por razões processuais ou por motivos materiais. Esse é o divisor de águas entre as correntes moderadas a favor da presunção de inocência. Há uma doutrina para a qual, em breve síntese, a existência da presunção de inocência impede, de forma absoluta, qualquer espécie de prisão por razões materiais, leia-se: fundada na “ordem pública” ou em qualquer outra expressão que traduza essa idéia.1142Afirma essa doutrina, doravante denominada processualista, que a prisão nesses termos materiais é antecipação de pena e que, assentado aquele princípio em nível constitucional, não seria possível qualquer forma de prisão com fundamento material (p.ex., ordem pública) no curso da persecução. Para confirmar suas posturas, os doutrinadores dessa linha argumentativa trazem a idéia de cautelaridade que, no direito processual, só poderá ter como finalidade assegurar a regular realização da persecução e, também, seu resultado.1143Por essa perspectiva da cautelaridade, aceita-se que a prisão só ocorra no curso da persecução se houver, e apenas se houver, razões processuais para a medida.detectou-se que “de cada 4 presos em Alagoas, 3 ainda não foram julgados, onde o índice de presidiários provisórios é o mais alto do país (77%)”.Em 11 dos 27 Estados, ao menos a metade da população carcerária é de presos provisórios. Depois de AL, têm mais presos nessa situação PI (71%), MA (69%) e MG (67%). Os dados, do Departamento Penitenciário Nacional, são usados pelo CNJ para embasar os mutirões carcerários”. A mesma agência ainda noticiou, na mesma data (localização www.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2607200901.htm), em matéria que tratava de um caso em que a prisão provisória dura mais de 11 anos sem julgamento do preso, que o CNJ informara que dos 446,6 presos no Brasil, 42,9% deles são presos provisórios.

²⁶³ Esse é o divisor de águas entre as correntes moderadas a favor da presunção de inocência. Há uma doutrina para a qual, em breve síntese, a existência da presunção de inocência impede, de forma absoluta, qualquer espécie de prisão por razões materiais, leia-se: fundada na “ordem pública” ou em qualquer outra expressão que traduza essa idéia. Afirmo essa doutrina, doravante denominada processualista, que a prisão nesses termos materiais é antecipação de pena e que, assentado aquele princípio em nível constitucional, não seria possível qualquer forma de prisão com fundamento material

Ambas as razões são passíveis de críticas e por isso a proposta aqui realizada se embasa nos pilares da fundamentação jurídica com consequente proposta de criação de critérios para a aplicação da prisão preventiva fundamentada sob o risco da *ordem pública*, mas que possam conviver entre o processual e o material, sob os olhos da presunção de inocência, a qual não é absoluta.

Procura-se aqui a abertura de um debate com bases reais e objetivas, ou seja, racionais, mas dentro do parâmetro constitucional da máxima proporcionalidade, permitindo assim uma proteção a presunção de inocência.

Nesses ditames, buscou-se encontrar quais os fundamentos que tem justificado a prisão cautelar sob o risco a ordem pública para os Tribunais Superiores, e fazendo um levantamento da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o entendimento contemporâneo remanesce em torno dos seguintes critérios: a periculosidade do agente e o risco da reiteração delitiva.

Ambas as Cortes sedimentaram o seguinte entendimento: de que inquéritos e ações penais em curso (antecedentes criminais) constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto a ordem pública, pois são aptos a constatar a reiteração delituosa, e a periculosidade do agente a depender dos crimes contidos nas anotações criminais – *modus operandi*.

As chamadas anotações criminais constituem, portanto, critérios indicativos, com a real possibilidade de descrição para a reiteração delitiva e periculosidade do agente. Sem margens para a subjetividade. Sob esses elementos está intrínseca a

(p.ex., ordem pública) no curso da persecução. Para confirmar suas posturas, os doutrinadores dessa linha argumentativa trazem a idéia de cautelaridade que, no direito processual, só poderá ter como finalidade assegurar a regular realização da persecução e, também, seu resultado. Por essa perspectiva da cautelaridade, aceita-se que a prisão só ocorra no curso da persecução se houver, e apenas se houver, razões processuais para a medida. Uma outra corrente doutrinária entende que a prisão por essas razões processuais deve ser decretada sempre, porém também aceita a prisão provisória por motivos materiais e, para confirmar seus argumentos, justifica que a legislação processual penal prevê essa hipótese quando insere os conceitos de “ordem pública” e “ordem econômica” no art. 312 do Código de Processo Penal. Afirma, ainda, essa correntedoravante denominada “materialista”, que no cotejo do interesse público da segurança (ou defesa social) com o interesse privado da liberdade do indivíduo o primeiro sempre (ou quase sempre) deve prevalecer. **Como o presente trabalho parte de uma análise processual e uma análise real, propõe-se uma análise sob o viés da fundamentação jurídica quanto a possibilidade da decretação da prisão preventiva pelo viés da ordem pública, desde que fundamentada validade, ou seja, a possibilidade da convivência racional entre a prisão provisória e a presunção de inocência.**

chamada *gravidade concreta* do delito, tanto invocada para validar-se a prisão preventiva sob o risco a ordem pública.

Para demonstrar esse entendimento, abaixo seguem esposadas algumas das decisões analisadas:

No HC 533.767/ RJ (STJ), o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca denegou a ordem em homenagem ao entendimento esposado pela Corte Superior, tendo em vista que o paciente possui 18 anotações criminais (dentre elas, 11 por tráfico de drogas, 3 por homicídio e crimes contra o patrimônio), os quais, a priori, consubstanciam-se como critérios indicativos de periculosidade social e justificam a necessidade da prisão preventiva, sob o argumento do risco a ordem pública há farta jurisprudência desta Corte, em ambas as Turmas, no sentido de que a gravidade em concreto do delito, ante o *modus operandi* empregado, e a *reincidência delitiva* permitem concluir pela periculosidade social do paciente e pela consequente presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar²⁶⁴.

Sob a mesma diretriz, o Ministro Og Fernandes, no HC 256.699/RJ (STJ), sustentou que: na espécie, a prisão preventiva encontra-se suficientemente fundamentada na necessidade de resguardo da ordem pública. Com efeito, destaca que não há gravidade abstrata, mas, sim, o *modus operandi* dos delitos evidencia a periculosidade social da acusada, a qual, segundo a peça delatória, “estaria envolvida em quadrilha dedicada à obtenção de vantagem econômica indevida em detrimento de turistas na cidade do Rio de Janeiro por meio do golpe conhecido como “boa noite cinderela”²⁶⁵. Já no RHC 42.177/ES (STJ), a Ministra Regina Helena Costa diz que a necessidade de garantia da ordem pública, no caso, está devidamente fundamentada na periculosidade social do recorrente, demonstrada no *modus operandi* da prática criminosa, consistente na tentativa de homicídio duplamente qualificado, em que os acusados efetuaram diversos disparos de arma de fogo contra a vítima, dentro de um ônibus coletivo e em horário extremamente movimentado, vindo a ferir um terceiro, e,

²⁶⁴ STJ - 533.767/ RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgamento em 10-10-2019, DJe de 21-10-2019.

²⁶⁵ STJ - HC 256.699/RJ, Rel. Min. Og Fernandea, Sexta Turma, julgamento em 04-04-2013, DJe de 16-04-2013.

com a fuga da vítima, continuaram a efetuar disparos de arma de fogo em sua direção, bem como pela *reiteração delitiva*²⁶⁶.

O *modus operandi*, aparece junto com os antecedentes criminais do acusado, seus antecedentes criminais ou anotações de reincidências, são critérios que se prestam na avaliação da periculosidade do agente. No HC 103-330/MG (STF), o Ministro Luiz Fux, após relatar o cenário fático do caso (de estelionato) sustenta que a folha de antecedentes criminais do acusado “indica que há diversas investigações, antigas e recentes, além de uma condenação por crime da mesma espécie, havendo risco ponderável de reiteração delitiva”. Isso, somado ao fato de que, apesar de citado por edital – o que acarretou a suspensão do processo e do prazo prescricional –, o acusado permanece em local incerto e não sabido por mais de seis anos, o torna o decreto prisional idôneo²⁶⁷. Também recorrendo à folha de antecedentes criminais, a Ministra Laurita Vaz, no HC 280.563/RS (STJ), argumenta que, no caso, a prisão cautelar do paciente encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública ante a possibilidade concreta de reiteração delitiva, “porque é reincidente e possui antecedentes, tendo condenação definitiva por crime de roubo e três registros de condenação por delitos de furto”²⁶⁸.

No RHC 122.617/AL (STF), o Ministro Ricardo Lewandowski denegou a ordem para garantir a ordem pública, considerando a periculosidade dos pacientes, que supostamente tentaram matar policiais rodoviários, bem como para evitar a reiteração criminosa, pois supostamente eram membros de uma quadrilha especializada em roubo de cargas e de veículos²⁶⁹.

No HC 130.458/RS (STF), o Ministro Gilmar Mendes aduziu que a jurisprudência da corte “considera idônea a segregação decretada para resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime”. Nesse sentido, tratando-se de um caso de latrocínio tentado, entendeu-se pela evidência da

²⁶⁶ STJ - RHC 42.177/ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgamento em 27-05-2014, DJe de 02-06-2014.

²⁶⁷ STF - HC 103-330/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 21-06-2011, DJe de 09-08-2011.

²⁶⁸ STJ - HC 280.563/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgamento em 25-03-2014, DJe de 31-03-2014.

²⁶⁹ Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.617/AL. José Cícero da Silva e outro, Defensor Público-Geral Federal e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/08/2014–Ata n.º 105/2014. DJE n.º 155, divulgado em 12/08/2014.

periculosidade do agente – “aferível pela gravidade e *modus operandi* do crime praticado”²⁷⁰. Já no HC 129.597/MG, de relatoria do mesmo ministro, decidiu-se pela “necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública”, “considerando os fortíssimos indícios de que o paciente se encontrava a serviço do tráfico de drogas”, ou seja, pela “concreta probabilidade de reiteração criminosa”²⁷¹.

Sob a mesma linha de raciocínio o ministro Ricardo Lewandowski no HC 138.120/MG, denegou a ordem mantendo assim os fundamentos da custódia cautelar. A preservação da ‘ordem pública’ estaria presente no fato da “periculosidade do paciente, verificada pelo *modus operandi* mediante o qual foi praticado o delito”²⁷². Tal entendimento se replica na Corte: No HC 133.056/CE, novamente o Ministro Gilmar Mendes por entender idônea a fundamentação da prisão cautela a manteve sob o argumento de que tal fundamentação encontraria amparo em dados concretos retirados do processo, “tendo em vista a quantidade de droga apreendida [...] e pelo fato de o paciente já responder a uma outra ação penal no mesmo Juízo processante, também pelo crime de tráfico” – havendo aí a “*real possibilidade de reiteração delitiva*”²⁷³.

O Ministro Edson Fachin não diverge. Observa-se que desde seu ingresso na Corte segue o entendimento esposado. No HC 141.152/CE (STF), o mesmo denegou a ordem por entender como idônea a fundamentação que decretou a prisão preventiva do paciente. A justificativa para tanto se deu porque a partir do caso (homicídio tentado), constatou-se que “o paciente conta[va] com extenso rol de anotações criminais”, de modo que, a partir disso poderia se reconhecer “nos estritos limites da

²⁷⁰ Habeas Corpus 130.458/RS. Edson Andrade dos Santos, Diogo Jardel Boff e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 07/12/2015– Ata n.º 186/2015. DJE n.º 246, divulgado em 04/12/2015.

²⁷¹ Habeas Corpus 129.597/MG. Diogo de Oliveira Pinto, Matheus Lopes Santos e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 11/09/2015– Ata n.º 128/2015. DJE n.º 180, divulgado em 10/09/2015.

²⁷² Habeas Corpus 138.120/MG. Luciano Pedro Gomes, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 16/12/2016– Ata n.º 195/2016. DJE n.º 267, divulgado em 15/12/2016.

²⁷³ Habeas Corpus 133.056/CE. José Orlando Serafim da Silva, Washington Luis Terceiro Vieira Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 24/06/2016– Ata n.º 98/2016. DJE n.º 132, divulgado em 23/06/2016.

tutela cautelar, [...] a plausibilidade do risco de reiteração delituosa”²⁷⁴ – daí a necessidade de se resguardar a ordem pública.

Em 2019, o Ministro Joel Ilan Paciornik denegou a ordem no HC 476.830/SP (STJ), pois conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, “inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. A manutenção da prisão preventiva da paciente se deu, portanto, considerando que a paciente possui condenação definitiva por estelionato e, ainda, possui várias ações penais em andamento pelo mesmo crime, demonstrando o risco de reiteração delitiva”²⁷⁵.

Também em 2019, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator do HC 533.767/RJ (STJ), denegou a ordem em homenagem ao entendimento esposado pela Corte Superior, tendo em vista que o paciente possui 18 anotações criminais (dentre elas, 11 por tráfico de drogas, 3 por homicídio e crimes contra o patrimônio), os quais, a priori, consubstanciam-se como critérios indicativos de periculosidade social e justificam a necessidade da prisão preventiva, sob o argumento do risco a ordem pública. “A persistência do agente na prática criminosa justifica a interferência estatal com a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, porquanto esse comportamento revela uma periculosidade social e compromete a ordem pública”²⁷⁶.

Em novembro de 2019, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do AgRHC 176.246/RS (STF), destacou que “há farta jurisprudência desta Corte, em ambas as Turmas, no sentido de que a gravidade em concreto do delito, ante o modus operandi empregado, e a reincidência delitiva permitem concluir pela periculosidade social do paciente e pela conseqüente presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, em especial para a garantia da ordem pública”²⁷⁷.

²⁷⁴ Habeas Corpus 141.152/CE. Claudio Orestes Pesqueira Monteiro, Dyego Lima Rios e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. DJE 02/06/2017– Ata n.º 81/2017. DJE n.º 116, divulgado em 01/06/2017.

²⁷⁵ Habeas Corpus 476.830/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. DJE: 29/10/2019. T5 – Quinta Turma.

²⁷⁶ Habeas Corpus 533.767/RJ. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 21/10/2019..

²⁷⁷ Agravo Regimental em Habeas Corpus 176.246/RS. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE-250. Divulgado em: 12/11/2019; publicado em 18/11/2019.

Sob esses nuances, é possível afirmar-se que as Cortes Superiores brasileiras têm por critérios científicos basilares para a aplicação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, a periculosidade do agente – *modus operandi do delicto* e a reiteração delitiva, amparada em suas anotações criminais e esses não são argumentos subjetivos criados por julgadores como tanto se fala, mas sim critérios objetivos que estão aptos, no plano da fundamentação jurídica a justificar a prisão cautelar sob o risco a ordem pública.

3.3. UMA PROPOSTA DE CRITÉRIOS NORTEADORES E A RELAÇÃO COM A LEI ANTICRIME – 13.964/2019

Ao se falar da necessidade da criação de critérios na delimitação do conceito de “ordem pública”, não se tem o intuito de criar-se um consenso, mas sim uma possibilidade, um norte, um caminho que delimite a atuação do julgador frente a um determinado caso concreto. Que discrimine os meios de elaboração da fundamentação válida – racional.

Esse caminho, portanto, se revela na opção racional, para que se inicie uma “diminuição do espaço de conflito (presunção de inocência *versus* prisão provisória) até um mínimo de hipóteses excepcionais autorizadores para essa drástica medida e, chegado a esse ponto – o que já seria uma melhora sistêmica –, orientar uma escolha baseada na máxima proporcionalidade e na *relação direta* entre ato e fato diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto”²⁷⁸.

Ambos critérios acima abordados, já seguidos pelos Tribunais Superiores, somados a essa ou outra sugestão e posterior adoção diminuirá a extensão de aplicabilidade do termo “*ordem pública*”, mas não o restringirá, o que para essa pesquisadora não faria sentido, uma vez que a ordem pública está viva e é aplicada cotidianamente na sociedade, através do processo penal pelo seu instituto mais repressivo, a prisão preventiva.

²⁷⁸MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 487.

Recentemente, a Lei Anticrime passou a vedar a decretação da prisão preventiva com o uso em conceitos indeterminados, nada obstante, o fato se revela na seguinte condição: o termo “ordem pública”, se perfaz como um conceito indeterminado, logo a inovação legislativa, em que pese trazer visíveis melhorias ao instituto da prisão preventiva, não englobou seu sintoma mais problemático – a famigerada *ordem pública*.

Nesses termos, o que se almeja é a consonância entre a aplicabilidade da prisão preventiva sob os olhos da ordem pública e a máxima proporcionalidade, mesmo que essa prisão se suceda por razões materiais²⁷⁹, a qual sempre esteve presente em todos os sistemas jurídicos²⁸⁰ e se perfaz como base para a prisão em flagrante. A superação dos fundamentalismos e o uso da fundamentação válida estão diretamente ligadas a racionalidade dos critérios, que reside em restringir essas razões materiais, de modo que os argumentos invocados para se fundamentar a

²⁷⁹ Dizer-se que ela deve passar pelo crivo judicial, após ter sido decretada, não a desnatura como prisão provisória decretada sem finalidade cautelar, isto é, decretada por motivo material (“certeza” visual do cometimento do “crime” pelo tido “autor”). Acrescente-se, ainda, que ela é decretada na ausência de qualquer persecução, sendo ato de incoação persecutória em face de alguém. Ela destina-se a uma persecução futura, não sendo por ela justificada. Aceita-se a sua existência, mesmo sabendo que quando ela ocorre, sendo ou não mantida pelo juiz posteriormente, o conteúdo essencial da presunção de inocência como “norma de tratamento” é totalmente restringido. A persecução já se inicia com uma restrição máxima da presunção de inocência como “norma de tratamento”. Dizer-se que essa restrição (quase) absoluta ocorre por horas, dias ou meses agrava o problema do preso, mas não muda o fundamento material dessa prisão. Decorrente de flagrante ou de outra situação específica para cada sistema processual penal estrangeiro, o fato é que todos possuem previsões de prisão por razões materiais. *O desafio de todos os sistemas é reduzi-la ao mínimo possível, sendo até hoje impossível a sua eliminação.* A corrente doutrinária aqui denominada materialista também não está infensa a críticas. A primeira reside no fato de que seus seguidores insistem em afirmar que a prisão com fundamentos materiais (p.ex., ordem pública) atende a interesses públicos ou coletivos, enquanto a presunção de inocência atende a interesses particulares ou individuais. Ao se posicionarem dessa forma, cometem dois equívocos. O primeiro é que desconsideram os interesses públicos e coletivos que formam e informam a presunção de inocência, tanto que erigida a direito fundamental. O segundo é estabelecer como pressuposto um critério que tomam como absoluto, notadamente se referente a crime tido como grave ou de agente tido como de “alta periculosidade”, e pelo qual qualquer exame de proporcionalidade já está decidido de antemão: o público sempre prevalece sobre o privado²⁷⁹.

²⁸⁰ Necessário ressaltar, neste ponto, que quando a doutrina afirma que a prisão em flagrante tem “natureza administrativa” quer dizer que foi efetivada por autoridade administrativa, recebendo apenas depois o crivo jurisdicional (p.ex., v. José Frederico MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. I, pp. 158/160, e Tales Castelo BRANCO, *Da prisão em flagrante*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43). A natureza da prisão, segundo essa forma de classificá-la, advém do critério de quem está legitimado para determiná-la. No texto, quando se afirma que a sua natureza é material, usa-se critério diverso. O critério é que ela não tem finalidade processual, diferenciando-se da argumentação da “cautelaridade” expendida pela doutrina aqui denominada “processualista”. Daí a necessidade sentida por Aury LOPES JÚNIOR, *Introdução cit.*, pp. 224/228, em classificá-la como “pré-cautelar”. Se é “pré-cautelar” e se ocorre, no mais das vezes, antes mesmo do início de qualquer ato de persecução penal, mesmo de caráter investigativo, está no âmbito da regulação material dos atos jurídicos.

prisão preventiva sob os olhos da ordem pública, não tenham relação com o autor do delito imputado, mas tão somente com o delito, com o fato.

Tanto a doutrina materialista quanto a doutrina processualista padecem de críticas²⁸¹. Para essas formas de argumentar, portanto, não há ponderação, há uma constante e permanente prevalência. Por isso, foge-se aqui a doutrina puramente processualista e/ou materialista, diante da necessidade de se estabelecer requisitos cumulativos para a aceitação do conceito de “ordem pública”, para que a prisão provisória possa ser determinada com base em uma “ordem pública” objetiva, límpida, sem ambiguidades, obscuridades ou abismos argumentativos.

Para tanto sugere-se a observância de seis requisitos cumulativos para a delimitação do termo *ordem pública*, na tentativa de evitar-se decisões motivadas, decisões genéricas, decisões subjetivas e fundamentalistas: a pena prevista para o crime imputado; as anotações criminais do autor investigado (para análise da reiteração delitiva); a relação dos antecedentes criminais com o crime imputado; as circunstâncias e a forma demonstrada de cometimento do suposto crime (para análise da periculosidade do agente); a relação temporal entre o conhecimento da autoria²⁸² e o instante de determinação da prisão; e a violência ou ameaça exercida pelo autor (todas quando caracterizadas de forma objetiva – critérios de demarcação).

²⁸¹MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 485:

A corrente doutrinária materialista sofre inúmeras críticas, mas talvez a maior delas reside no fato da ausência de princípios em sua argumentação, sempre prevalecendo o interesse público ou coletivo sobre o privado. “Os seguidores desta doutrina afirmam que a prisão com fundamentos materiais (como a ordem pública) atende a interesses públicos ou coletivos, enquanto a presunção de inocência atende a interesses particulares ou individuais. Ao se posicionarem dessa forma, cometem dois equívocos. O primeiro é que desconsideram os interesses públicos e coletivos que formam e informam a presunção de inocência, tanto que erigida a direito fundamental”. “O segundo é estabelecer como pressuposto um critério que tomam como absoluto, notadamente se referente a crime tido como grave ou de agente tido como de “alta periculosidade”, e pelo qual qualquer exame de proporcionalidade já está decidido de antemão: o público sempre prevalece sobre o privado”. Para essa forma de argumentar, portanto, há visível prevalência, logo subjetividade. Assim como a chamada doutrina materialista fixa que os interesses públicos sempre acima dos privados, não procura reduzir as hipóteses por ela inseridas no espaço conceitual aberto de “ordem pública”, tais como: “clamor público”; “credibilidade da justiça”; “periculosidade do agente”; “gravidade do crime”; etc., e tampouco aplica a máxima proporcionalidade. Já a doutrina processualista, se revela como aquela que rejeita a prisão preventiva sob o argumento da ordem pública, pois a mesma não se destina a acautelar o processo. Nada obstante essa corrente se revela como ficção jurídica, na medida em que a prisão preventiva pelo risco a ordem pública é aplicada o tempo todo, por isso real em nosso ordenamento jurídico.

²⁸² Esse tópico da dissertação foi redigido antes da vigência da Lei Anticrime, logo a sugestão deste critério ainda não estava albergada pela legislação novel.

Antes de se elucidar a razão da escolha desses requisitos, se perfaz importante destacar o fator que todos eles têm em comum: o *fato ocorrido*. Por isso fogem ao direito penal do autor, trata-se então de eixos norteadores que se relacionam intimamente com o fato imputado ao agente.

A reiteração criminosa e periculosidade do agente são utilizados cotidianamente por todos os Tribunais do país, bem como se perfazem como posição consolidada como critérios de demarcação pelos Tribunais Superiores, STJ e STF, pois são critérios de verdades verificáveis, ou seja, as anotações criminais – o que é perceptível por todos de forma objetiva – indicam ou não a reiteração criminosa e a periculosidade do agente, pois constata-se se houve ou não a imputação de cometimentos de crimes com violência ou grave ameaça.

Em um primeiro momento a reiteração criminosa padece do direito penal do autor e na punição pelo o que o agente fez e não o fato em si. Nada obstante, o que deve ser sopesado pelas anotações criminais no que tange a possibilidade de reiteração delitiva são os seguintes subfatores: o ato imputado se relaciona com os demais anotados na ficha criminal do agente?; o agente estava em liberdade provisória quando em tese praticou o delito subsequente, sendo que uma das condições básicas para a manutenção dessa liberdade era o comportamento conforme a lei?. Essas são questões que revestem a ordem pública, mas ao mesmo tempo se direcionam ao fato, muito mais do que ao agente.

Para tanto, posições subjetivas não são aptas a fundamentar a prisão quando utilizadas para esse fim, com base em ambos os critérios. Quando alguém comete um crime é verificável seu *modus operandi*, a conduta aplicada pelo agente ao fato, portanto, se referida conduta fugir à normalidade esperada pelo tipo penal, bem como envolver violência e grave ameaça, e não puder por razões verificáveis ser sanada por medidas cautelares diversas (neste ponto a reiteração delitiva não se coaduna com a máxima proporcionalidade, por isso existiriam razões aptas para a decretação da prisão preventiva considerando um oráculo criminal extenso, por exemplo), a prisão preventiva sob os olhos da ordem pública passaria a ser válida, do ponto de vista da fundamentação, pois cumpriria os dois critérios desenvolvidos na primeira parte desse

trabalho como pressupostos de uma fundamentação válida e segura, quais sejam: *situação fática do caso estudado e adequação à norma*.

Não há outro aspecto, anterior ou posterior aos fatos tidos como criminosos e que lhe seja estranho, do qual se possa extrair consequências materiais que justifiquem a medida coativa extrema da prisão provisória.

“Não se pode buscar o seu fundamento, por exemplo, nas características pessoais do imputado, ou em outros atos atribuídos ou atribuíveis a ele, pois a se permitir que o legislador defina e o julgador extraia razões para decidir de pontos estranhos e alheios ao ato imputado, abre-se a fresta sempre usada ao ingresso de análises impregnadas de subjetivismos e preconceitos, todas subjetivas”²⁸³.

Qualquer outra impressão ou fundamento invocado para decidir não se coaduna com o fato imputado e por isso se contradita ao caso concreto, foco da decretação da prisão preventiva, passando-se a determinar prisões por fatores fundamentalistas, voltados a punir o imputado pelo o que ele é e não pelo o que ele está sendo investigado ou acusado.

O eixo central é, portanto, o ato imputado, e por isso deve ser observado pelo intérprete, sob o manto dos critérios de verdades – objetivos, ou seja, verificáveis.

Três dos seis requisitos foram abordados acima – reiteração criminosa, periculosidade do agente e ato cometido com violência e grave ameaça.

O quarto requisito guarda relação com dois deles, a periculosidade do agente e a violência e grave ameaça, isso porque a pena fixada abstratamente para o crime fala tanto de um, quanto de outro. Explica-se: quando se fala de uma conduta que indica alta periculosidade, como por exemplo um homicídio qualificado, conseqüentemente se fala de uma pena abstratamente alta, pois parte-se no homicídio qualificado de 12 anos. E as qualificadoras dizem quanto a conduta do agente e podem, ao menos que temporariamente, indicar a periculosidade do agente. Justifica-se porquanto aqui diretamente a ideia de máxima proporcionalidade, a qual deve orientar toda a análise de medida restritiva. “Não há razão material que justifique,

²⁸³ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 492.

segundo o exame da proporcionalidade, a prisão de alguém por crime, cuja pena prevista em abstrato não implicará privação de sua liberdade”²⁸⁴.

O raciocínio é simples e deve ser estendido para outras hipóteses de medidas cautelares, mesmo aquelas que não impliquem privação provisória de liberdade: se a pena arbitrada pelo legislador não implicará eventual restrição da liberdade do imputado, em regime fechado, não há razão para que responda preso à ação penal ou assim seja mantido no curso persecutório.

O segundo requisito, representado pelas “circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime” também guarda relação com a periculosidade do agente e o ato de violência ou grave ameaça. E nem por isso se consubstancia em direito penal do autor. Explica-se: o modo como o crime é cometido fala muito mais do fato do que do agente. Como no exemplo citado acima, situações como homicídios por esquartejamento, após sessões de tortura, por esganadura, após estupro, com emprego de fogo ou outros meios cruéis; latrocínio, tráfico de crianças para prostituição; “inserção ou adulteração de informações falsas em sistema de informática que cause pane no sistema público de controle fiscal ou de saúde pública”.²⁸⁵ Esses exemplos estão sendo citados na tentativa de situar qualquer indivíduo, de que existem meios tidos como “normais”, ou dito de outro modo: como inerentes ao tipo penal, de se cometer um crime e meios especiais, com requintes de crueldades para a vítima ou para a sociedade (no exemplo da *saúde pública* colacionado acima). “Assim, será a forma demonstrada por elementos objetivos e existentes nos autos quanto ao cometimento do suposto crime, tendo em vista as

²⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 492. Esse critério racional já existe em nosso sistema penal na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando até mesmo a prisão em flagrante foi vedada se o autor do fato aceitar a condição de comparecer em juízo na data e hora determinadas pela autoridade policial.

²⁸⁵ Aqui concorda-se com a observação de Giulio ILLUMINATI, *La presunzione cit.*, p. 44, quanto à necessidade de se verificar a possibilidade de se determinar a prisão em casos de especial gravidade. O autor, em verdade, embora reconheça a necessidade de examinar com cuidado essas situações, pretendeu dar-lhes uma razão processual ao afirmar que uma pessoa que cometa esse tipo de crime apresenta maior possibilidade de não cumprir eventual pena e, portanto, haveria uma razão processual para sua prisão ser fundada na garantia do provimento final. Não nos parece possível torcer a tal ponto as finalidades processuais sob o risco de tudo tornar-se “finalidade processual”, e, com isso, também para essa razão, faltaria controle de constitucionalidade e ocorreriam abusos. Há certa dificuldade em se justificar que a prisão (cautelar) para garantia do processo não tenha, no fundo de sua justificativa, um conteúdo material (sobre essa dificuldade, v., op. cit., pp. 45/47). Melhor reconhecer que nessas hipóteses a prisão tem fundamento material e, não obstante este aspecto, procurar delimitar as hipóteses em que poderá, legitimamente, ocorrer.

situações objetivas da ação e dos sujeitos envolvidos, que deverá ser considerada, conjuntamente com os demais requisitos destacados neste item, para servir de base na fundamentação em cada caso concreto”²⁸⁶.

Percebe-se então que o exame da causa é o alicerce da questão para a verificação da prisão preventiva sob os olhos da ordem pública como possível.

Não se está negando que esse requisito exige do intérprete maiores extensões em sua interpretação, mas esse critério somado a máxima proporcionalidade, bem como a pena abstrata do delito imputado, uma vez que tem ligação direta, tem o condão de delimitar a atuação do juiz no ato da aplicação.

Também não se defende a cumulatividade de todos os critérios, mas um critério em especial deve ter observância junto com os demais para então satisfazer o requisito da ordem pública: “*a relação de tempo entre o conhecimento da autoria e do ato imputado e a decretação da prisão provisória*”, já albergado pela lei anticrime.

“A partir do ato imputado, mais exatamente do descobrimento de seu autor, a prisão provisória e o tempo passam a ter relação inversa de proporcionalidade”²⁸⁷. Ou seja: a passagem do tempo mitiga a necessidade de se efetuar a prisão provisória, com uma única exceção, se forem descobertos novos atos/fatos conexos com o primeiro fato e que o agravem.

Esse requisito, antes da vigência da lei anticrime já era aplicado por alguns Tribunais no Brasil, mas ainda não ganhou força unânime na jurisprudência, somente na doutrina processualista, onde é abraçado a unanimidade²⁸⁸. Nada obstante, com a

²⁸⁶ Parece ter sido a preocupação com a forma de cometimento, aliada ao bem jurídico tutelado, a razão pela qual Roberto DELMANTO JUNIOR, *As modalidades cit.*, pp. 179/183, reconhece razões a alguns pontos do argumento utilizado pela corrente por nós denominada “materialista”.

²⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 496.

²⁸⁸ René Ariel DOTTI, *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001,] pp. 679/680, explica que o “tempo é um fenômeno relevantíssimo para se determinar a aplicação da lei penal e que opera não somente para o efeito de se extinguir a punibilidade (morte, prescrição, decadência e perempção), mas também para muitos outros efeitos. A prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. A passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado”. No mesmo sentido, v.: Miguel REALE JÚNIOR, *Instituições de direito penal: parte geral*, Rio de

nova legislação, passaremos a verificar sua aplicabilidade, ou seja, seu fundamento ganhará força na medida em que se relaciona diretamente com a prisão em flagrante, isso porque “um dos aspectos que autorizam e legitimam a prisão em flagrante é uma quase imediatidade entre o ato visualizado e a realização da prisão”²⁸⁹.

A repulsa advinda da proximidade com o ato tido como crime e a alta probabilidade de seu cometimento extraída da certeza visual justificam a medida de restrição total da liberdade por razões materiais²⁹⁰.

Logo, se a prisão por “ordem pública” tem razão material, é mero subjetivismo deixar de considerar a questão da proporcionalidade do passar do tempo, pois quanto mais tempo se passar do conhecimento da autoria e a decretação da prisão, mais desnecessária se mostrará essa prisão.

“A fluência do tempo vai, progressivamente, desconstituindo qualquer justificativa material para a prisão provisória, notadamente porque a alegação de perigo advindo da liberdade do indivíduo vai perdendo consistência fática”²⁹¹.

Janeiro: Forense, 2003, v. 2, item 11.10.2; Damásio E. de JESUS, Prescrição penal, 12ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 18/19; idem, Direito penal: parte geral, 26ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, pp. 721/722; e Antonio Rodrigues PORTO, Da prescrição penal, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 14/15. Eduardo Reale FERRARI, Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas, São Paulo: Saraiva, 1998, cap. III, expõe ao menos nove teorias para fundamentar o instituto da prescrição, preferindo como teorias mais apropriadas: a teoria do esquecimento; a teoria político-criminal; e a teoria da dispersão das provas.

²⁸⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 496

²⁹⁰ Tales Castelo BRANCO, Da prisão cit., pp. 48/49, leciona que as características básicas e mais importantes da “flagrância” são “atualidade” e “evidência”: “A flagrância, portanto, sugere, sempre, em primeiro lugar, a atualidade e, em segundo, a evidência. Costuma-se, entre nós, dizer que é flagrante não só o que é atual, mas, também, o que é inequívoco, manifesto, evidente. Os gregos, ao se referirem ao furto flagrante, mencionavam o agente surpreendido ‘ao praticar o ato’. Os romanos, fazendo remissão ao termo grego, usavam a locução ‘furtum manifestum’, para traduzir a mesma idéia. Os alemães referem-se ‘ao acontecimento (ainda fresco’ e ao fato de alguém ‘surpreender outrem na comissão do ato (ainda) fresco’”. No mesmo sentido, v. Daniel GERBER, Prisão em flagrante: uma abordagem garantista, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105/106, e Silvio César Arouck GEMAQUE, Dignidade cit., pp. 119/120.

²⁹¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 496.

Acredita-se que, muitos requisitos delimitadores da aplicação da ordem pública precisam ser criados, todos claro, relacionados ao ato imputado ao agente, pois eles se perfazem como pauta de aplicação da prisão preventiva decretada sob os olhos da ordem pública, o que é enfrentado diariamente por juristas de todos os lados. O que deve ser visualizado é que a criação de critérios, esses ou outros, serviriam para criar um parâmetro de aplicação para a *ordem pública*, e sem eles, esse conceito ou termo permite interpretações que beiram a discricionariedade, tornado o seu conteúdo indefinido e permitindo, portanto, inúmeras definições.

“Esse conceito (“ordem pública”), assim como muitos outros do direito processual penal (p.ex., ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência) não foi criado para permitir reduções internas, ou seja, inseridas em seu conteúdo. Porém, assim como os direitos fundamentais acima citados, a “ordem pública” não pode deixar de sofrer limitações, notadamente porque, no âmbito processual penal, atua como restrição a direito fundamental e, portanto, deve ser tendencialmente reduzida. O seu controle, por conseguinte, não pode advir de uma perspectiva interna, mas sim por via externa, ou seja, por meio de reduções representadas por fatores externos àquele conceito”²⁹².

Ao se estabelecer critérios limitadores, o conteúdo da ordem pública passa a ganhar espaços interpretativos, mas não discricionários, sempre a margem da máxima proporcionalidade. Somente assim essa expressão ganhará contornos de legalidade e proporcionalidade, pois “falta-lhe legalidade “estrita” porque é conceito aberto e não está acompanhado de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, já em sua etapa final, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente como a Lei Anticrime, sendo que uma de suas mudanças na seara processual penal diz respeito, não precisamente a prisão preventiva decretada sob o argumento do *risco a ordem pública*, mas sim ao instituto da prisão preventiva como um todo. No que concerne a fundamentação para a decretação, substituição ou denegação da prisão preventiva foram delineadas algumas regras, tais como:

²⁹² MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. , p. 498.

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 e *de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*. § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em *receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada*.” (NR)

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre *motivada e fundamentada*. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar *concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada*. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar *conceitos jurídicos indeterminados*, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”²⁹³(NR)

Das mudanças delineadas acima percebe-se o substancial avanço para a legislação processual penal, a qual passa a estabelecer critérios para a aplicação do instituto da prisão preventiva no que concerne sua fundamentação, focando na demonstração *concreta do perigo*, o que foi abordado incessantemente nesta dissertação, precisamente no segundo capítulo, que deixou claro a necessidade da demonstração do *perigo concreto* para se prender preventivamente, e não apenas a conjuntura de futuro risco.

Certo cuidado deve ser tomado na medição do perigo e sua transmutação para o caso concreto. Lembrando o exposto na segunda parte deste trabalho. O perigo está ligado ao futuro, pela apreensão subjetiva do acontecimento danoso, ou seja, o perigo é percebido pelo homem na imaginação dos fatos, logo sem a precisa ligação dos fatos a sua concretude. Logo, o perigo para ser considerado juridicamente, como expresso na nova redação do art. 312, conferida pela Lei Anticrime, necessita transmutar o campo subjetivo e passar a ostentar uma realidade objetiva²⁹⁴. Essa

²⁹³ Art. 315, Código de Processo Penal Brasileiro. Lei Anticrime nº 13.964/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12/01/2020.

²⁹⁴ Nesse sentido, no terceiro capítulo, serão abordados critério para a aplicação da prisão preventiva, fundamentada no risco a ordem pública. É aqui que se reveste a ideia de criação de critérios objetivos para a interpretação da aplicação do *risco* a ordem pública como fundamento da prisão preventiva.

realidade objetiva precisa ser ancorada probabilidade fática e concreta da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar, daí emerge a necessidade de demonstração do perigo concreto e não subjetivo.

Como a expressão encontrada no artigo 312 do Código de Processo Penal, antes da vigência da Lei Anticrime se referia ao *risco* e não perigo, foi delineado suas respectivas distinções (risco = tomada de consciência e perigo = futuro diante as opções que estão diante do ser humano). Por isso, a ideia da utilização da máxima proporcionalidade, mesmo com as mudanças inerentes a Lei Anticrime, continua se consubstanciado como método na fundamentação da aplicação da garantia à *ordem pública*, na prisão preventiva. Isso porque com medição, proporção e planejamento, o risco propiciará a aplicação de várias opções para a contenção do perigo concreto, colocando a prisão preventiva como última alternativa, somente quando se demonstrar adequada e proporcional ao caso concreto²⁹⁵.

Nada obstante, a nova redação do art. 315 do CPP, dada pela lei Anticrime abrange o instituto da prisão preventiva como um todo, sem, entretanto, estabelecer, o que é ordem pública, ou sem estipular critérios para a sua aplicação quando for fundamentada em nome da *ordem pública*, o qual se consubstancia em um conceito indeterminado, que não ganhou solução na redação da nova lei, permitindo ainda, espaços discricionários ao invés de discussões interpretativas.

Assim, a redação da Lei Anticrime representa um avanço em termos de fundamentação da decisão judicial para o instituto da prisão preventiva, no campo da redação, o que ainda será observado em sua transposição para o campo da decisão, pragmático, considerando que os requisitos de concretude propostos ainda não abrangem critérios de demarcação, mas sim elementos de fundamentação válida da decisão judicial.

²⁹⁵ BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais. P. 53.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentar significa procurar um fundamento para aquilo que precisa ser fundamentado, nada obstante, quando se fala em conceitos jurídicos, muitos deles são rodeados de discricionariedade judicial, ou seja, uma fundamentação sem critérios, que se alarga na sociedade de risco em que vivemos, ao passo que o fundamentalismo passa a ser sinônimo de fundamentação, sem qualquer metodologia de procedimento e sem a devida observância aos princípios que regem o tema objeto da fundamentação.

O presente trabalho trouxe a ideia de que o processo penal como mecanismo de aplicação do controle social sancionador, especialmente no contexto da prisão preventiva decretada sob o manto do risco a ordem pública, precisa de um controle metodológico em suas fundamentações judiciais considerando as consequências de sua atividade, qual seja a prisão.

Assim, pode-se afirmar que “a hermenêutica está em tudo, mas não é tudo”. Explica-se: tomando como base as disposições contidas no art. 489 do NCP, e recentemente o texto normativo do atual art. 315 do Código de Processo Penal, cada tipo de fundamentação lançada deve ser analisada como fundamentação e não mero fundamentalismo. A modificação realizada pela Lei Anticrime, acrescenta, portanto, limites de fundamentação para a decretação, substituição ou revogação da prisão preventiva.

A proposta do estudo adveio, portanto, do problema da fundamentação no direito como um todo, mas principalmente no processo penal, inserido no contexto da prisão cautelar, considerando o risco que essa representa ao indivíduo. Por isso, o que se propõe é que a máxima proporcionalidade sirva como critério metodológico da fundamentação no processo penal, considerando as consequências da prisão, bem como o que de fato será útil para a solução daquele determinado caso concreto.

A demonstração concreta de perigo, se perfaz na demonstração de concretude da atuação do agente naquele determinado caso concreto. Por isso importante a distinção entre risco e perigo trazida neste trabalho.

Em uma perspectiva direcionada a atividade jurisdicional, a máxima proporcionalidade reclama certa relação entre o meio utilizado pelo órgão do Poder Judiciário e o fim perseguido pela decisão judicial e, nesses exatos termos é que se propôs sua adoção como método da fundamentação judicial, de modo que o mesmo sirva como mecanismo de controle para uma fundamentação segura.

Sabe-se que do ato da aplicação da lei, não é possível excluir certa modulação interpretativa, contudo, a explicitação dos motivos necessita de um controle que permita verificar se os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima ou não. Essa, agora ganhou força na redação do art. 315, do Código de Processo Penal, o qual irá servir de parâmetro na legitimação da fundamentação válida no processo penal ou não.

A partir do estudo proposto conclui-se que os princípios devem se transpor da teoria para a *prática*, pois tem sua máxima ação, qual seja, o direcionamento da interpretação para a construção da fundamentação jurídica, quando justaposto no ato da aplicação da norma, ou seja, na decisão proferida.

Nesse ponto, relevante discussão foi lançada, quanto a distinção entre regras a princípios, e verificou-se o caráter de transcendentalidade desses, uma vez que não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras. A diferença entre eles, portanto, se dá no plano prático, local aonde acontecem, mas sempre em unidade, logo os mesmos devem ser conjugados em conjunto para que seja possível ao intérprete a construção da fundamentação jurídica pautada em critérios de validade e não mero juízo discricionário.

A utilização dos princípios, então se perfaz como o ponto de partida da fundamentação, a qual se perde nas entrelinhas da motivação se for deixada de lado.

O chamamento do princípio da proporcionalidade neste trabalho se deve a sua principal característica: o princípio da proporcionalidade consubstancia-se como pauta de aplicação do direito e por isso passa a ser considerado como a máxima proporcionalidade e não tão somente princípio.

Sob esses termos, no que concerne a aplicação do direito processual penal, guarda estrita relação, pois tem o condão de condicionar a aplicação da melhor medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, para aquele

cidadão submetido as medidas de restrição do processo penal. O princípio da proporcionalidade então, equivale a noção de “máxima proporcionalidade”, a qual não se presta a ponderação, pois seu *descumprimento* equivale a ilegalidade.

A propositura de critérios norteadores de aplicação da prisão preventiva, quando o argumento invocado for o risco a ordem pública, advém do abismo legislativo em que se encontra o termo “ordem pública”. Ao se estabelecer critérios limitadores para a sua aplicação, o conteúdo da ordem pública passará a ganhar espaços interpretativos, mas não discricionários, sempre a margem da máxima proporcionalidade. Somente assim essa expressão ganhará contornos de legalidade e proporcionalidade, pois “falta-lhe legalidade “estrita” porque é conceito aberto e não está acompanhado de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto.

No ordenamento jurídico vigente, portanto, deve permanecer o fato de que a sentença do juiz não pode se curvar a arbitrariedades, camufladas por juízos discricionários. No atual estado de Direito, pode-se concluir, então, que aquele que julga não está mais submetido à literalidade da lei, mas, também, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque, na medida em que cria o Direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação em um caso concreto, impõe-lhe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. Edição revista e ampliada. Martins Fontes. São Paulo. 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, Fundamentos, p. 319. A transformação técnico-científica dos processos e econômicos, tendo alcançado determinado nível de desenvolvimento – como já verificado – entra em conflito dialético com a tradicional forma de vida social, isto é, com a organização das relações sociais fundadas no capital, abrindo-se um tempo de crise geral no sistema.

APEL, Fundamentação última não-metafísica? In: Stein, Ernildo; Boni, Luís A. de. (Orgs) Petrópolis: Vozes. 1993.

APEL, Karl-Otto. Teoría de la verdad y ética del discurso. Barcelona: Paidós, 1998.

APEL, K-O. Transformação da Filosofia. São Paulo: Loyola, 2000. V. 1.

ARISTÓTELES. Éthique à Nicomaque. 7^a tir., trad. De. J. Tricot. Paris, J. Vrin.

BADIOU, Alain Justicia, Filosofia y Literatura. Rosário: Homos Sapiens, 2007.

BANDEIRA DE MELLO. (Org.). Direito Administrativo na Constituição de 1988. 1991.

BARBOSA. Vitor Carvalho. A fundamentação de decisões judiciais no novo CPC. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/viewFile/19841/13260>.

Acesso em 13 de outubro de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional.** In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 75.

BECCARIA. Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 19 de agosto de 2018.

BECK, La sociedade del riesgo, passim, e GIDDENS, As consequências, passim.

BECKER. Ulrich. Incertezas Fabricadas. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/Entrevista%20Ulrich%20Becker.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

BENJAMIN, W. (1992) Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política. Tradução de Maria Amélia Cruz et al. Lisboa: Relógio D'Água.

BERNATZIK, 1976. P. 232.

BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989.

BIANCHINI. Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 11ª edição. Ed. UNB. 1998.

BOFF. Leandro. A Globalização e o Futuro da Humanidade. Ed. Sextante. 2002.

BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. Editora Revista dos Tribunais.

BRASIL. Agravo Regimental em Habeas Corpus 176.246/RS. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE-250. Divulgado em: 12/11/2019; publicado em 18/11/2019.

BRASIL. Código de Processo Civil CPC. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Código de Processo Penal brasileiro (1941): promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Habeas Corpus 130.458/RS. Edson Andrade dos Santos, Diogo Jardel Boff e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 07/12/2015– Ata n.º 186/2015. DJE n.º 246, divulgado em 04/12/2015.

BRASIL. Habeas Corpus 129.597/MG. Diogo de Oliveira Pinto, Matheus Lopes Santos e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 11/09/2015– Ata n.º 128/2015. DJE n.º 180, divulgado em 10/09/2015.

BRASIL. Habeas Corpus 138.120/MG. Luciano Pedro Gomes, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 16/12/2016– Ata n.º 195/2016. DJE n.º 267, divulgado em 15/12/2016.

BRASIL. Habeas Corpus 133.056/CE. José Orlando Serafim da Silva, Washington Luis Terceiro Vieira Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 24/06/2016– Ata n.º 98/2016. DJE n.º 132, divulgado em 23/06/2016.

BRASIL. Habeas Corpus 141.152/CE. Claudio Orestes Pesqueira Monteiro, Dyego Lima Rios e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. DJE 02/06/2017– Ata n.º 81/2017. DJE n.º 116, divulgado em 01/06/2017.

BRASIL. Habeas Corpus 476.830/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. DJE: 29/10/2019. T5 – Quinta Turma.

BRASIL. Habeas Corpus 533.767/RJ. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 21/10/2019.

BRASIL. Lei da Boa Razão. Promulgada em 18 de agosto de 1769. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/6358985>.

BRASIL. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.617/AL. José Cícero da Silva e outro, Defensor Público-Geral Federal e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/08/2014– Ata n.º 105/2014. DJE n.º 155, divulgado em 12/08/2014.

BRASIL. STJ - 533.767/ RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgamento em 10-10-2019, DJe de 21-10-2019.

BRASIL. STJ - HC 256.699/RJ, Rel. Min. Og Fernandea, Sexta Turma, julgamento em 04-04-2013, DJe de 16-04-2013.

BRASIL. STJ - RHC 42.177/ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgamento em 27-05-2014, DJe de 02-06-2014.

BRASIL. STF - HC 103-330/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 21-06-2011, Dje de 09-08-2011.

BRASIL. STJ - HC 280.563/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgamento em 25-03-2014, DJe de 31-03-2014.

CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. Discricionariedade Administrativa - no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almeida, 1999.

CANTÚ, Mariana Coelho. Jurisdição Penal com os Pés de Barro: “Ordem Pública” no Imaginário Sistema Punitivista Brasileiro – Parte 01. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/jurisdicao-penal-com-ospes-de-barro-ordem-publica-no-imaginario-sistema-punitivista-brasileiro-parte-01>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 08/10/2019

CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método de ensino jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Usp LXXIV. São Paulo.

CORREAS, Crítica, passim, ALVES, Linguagem, p. 106, REALE JR. Teoria do delito.

CORTINA, Adela. Introducción. In: KARL-OTTO APEL. Teoría de la verdade y ética del discurso. Barcelona: Paidós, 1998.

COUTINHO. Jacinto de Miranda. Considerações quanto ao projeto do Novo Código de Processo Penal por Jacinto de Miranda Coutinho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. Filosofia de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. In: Estado, Poder e Jurisdição – Volume II. QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Anreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Editores). Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017. p. 151

DUSSEL. Enrique. Hacia Uma Filosofia Crítica. Editorail Desclée de Brower; 2001. Cap XIII.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tra-dução de Nelson Boeira. São Paulo: martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Readução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

ENGLISH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª edição. p. 276-277).

ESSER. Josef. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. De Eduardo Valenti Fiol. Barcelona, Bosch. 1961.

Costa, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. 1922.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. V. II. 2ª ed. Fortaleza: Record: 1960.

FOLLONI. André. A Filosofia Transcendental Pragmática de Karl-Otto Apel e sua contribuição para a definição do papel contemporâneo da ciência do direito. Disponível em:

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ah_UKEwiDrujC_PrhAhWIH7kGHUdwBN8QFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dd40590c3ee951eb9&usq=AOvVaw3jUa3k_Z6rZu2hU-wjBoQy. Acesso em 01/02/2019.

GADAMER, Hans-Georg. Verda y método. 4ª edição. Trad. De Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1932.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'. Tese de doutorado apresentada na Puc -Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.PDF>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019.

GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o direito pressuposto. 8ªed. São Paulo, Malheiros Editores. 2014.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 9ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito). Malheiros Editores.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO. ANTONIO MAGALHÃES. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES. Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. P. 126.

HABERMAS. Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU. V1, 2010; BRITO, Claudia Aguiar Silva. Processo

Penal Comunicativo: comunicação processual a luz da filosofia de Jugen Habermas. Curitiba. Juruá.

HESPANHA. Antônio Manuel Botelho. “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, enviado para publicação nas actas do III Colóquio Internacional de História do Direito, Curitiba, Setembro, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio. P. 268.

K., Popper, O futuro está Aberto, Lisboa, editorial Fragmentos, 2ª ed., s/d., p. 60.

KAY, Jhon. A beleza da ação indireta. Tar. Adriana Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Beste Seller, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista machado. São Paulo: martins Fontes, 1985.

LARENZ. Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5ª ed. Berlin, Springer.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos. V. 97. 2008.

LOPES, Jr. Aury. Direito processual penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES Jr. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. P. 200-201.

LUDWIG. Celso. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. Editora Juruá. Curitiba, 2009, p. 27.

LUDWIG. Celso Luiz. Direito Internacional Desenvolvimento e Integração. A Fundamentação nos Paradigmas da Filosofia. Editora Juruá. Curitiba, 2009.

LUDWIG, Celso. Política da Libertação. Notas Introdutórias a partir da filosofia de Henrique Dussel. Estado, Poder e Jurisdição. 1ª Ed. Rio de Janeiro, 2015. Mundo Jurídico.

LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. Editora brasiliense, 11ª ed. Primeira edição, 1982.

MAGALHÃES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Saraiva, 1991.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria dos Jogos no Processo Penal. Ed. Empório do Direito. Florianópolis.

MORAES, Maurício Zanoide de. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. Temas para uma perspectiva crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; TRINDADE, André Karam. Que Deus dos juspastores e suas seitas jurídicas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-02/diario-classe-deus-livre-juspastores-seitas-juridicas>.

MOREIRA, Romulo. O novo CPC: A fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/174778771/o-novo-cpc-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. A gaia ciência. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NETTO, José Laurindo de Souza. A Efetividade dos Direitos do Acusado no Processo Penal Brasileiro. Tese de Doutorado apresentada no Curso de Pós-Graduação do

Setor de Ciências Jurídica da UFPR, sob a orientação do Prof. Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. p 86.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PONZILACQUA. Márcio Henrique Pereira. *Ética no Discurso*. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1ª Ed, maio/2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/144/edicao-1/etica-do-discurso>. Acesso em 08 de dezembro de 2019.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1993.

POPPER. Karl. Kuhn. Thomas. Reflexões acerca da epistemologia contemporânea; R. FARN, Natal, v.2, n.1, p 143 - 148 .jul./dez. 2002. Disponível em: www.revistafarn.inf.br. Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa de 1922. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjOivyR1Y7gAhXiK7kGHc5aCYUQFjABegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2FAnexos%2FInvestigacao%2F7511.pdf&usq=AOvVaw3M-pf8ubRGhcBOimAjT_vJ.

PRIGOGINE, Ilya. **Flecha do tempo e fim das certezas**. *In*: As chaves do século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p. 280.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant: Valencia, 2003.

SILVA, Ovídio A. Bapstista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Almedina, 2018.

STUMM, Raquel Denize. Princípios da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. 1995, p. 121-122).

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2019.

STRECK. Lênio. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Dissertação/1400-5106-1-PB%20artigo%20fundamentação%20para%20dissertação.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

STRECK. Lênio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre Convencimento do NCP. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>. Acesso em 08/05/2018.

TARUFFO, Michelle. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975. p. 237.

TUCCI, José Rogério Cruz. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

TAPOROSKY FILHO. PAULO SILAS. JURISDIÇÃO E RETÓRICA: O PROBLEMA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. UNINTER. 2019.

ZANELLA, Diego Carlos. [A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas](#). **Thaumazein**, Santa Maria, ano V, n, 10, 2012.