

RETÓRICA E HERMENÊUTICA NO PROCESSO PENAL – CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PRISIONAIS COM BASE NA FILOSOFIA DA LINGUAGEM.

RHETORIC AND HERMENEUTICS IN CRIMINAL PROCEEDINGS – CONSIDERATIONS ABOUT THE IMPOSITION OF PRISON PRECAUTIONARY MEASURES BASED ON THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE.

GABRIEL RODRIGUES DE CARVALHO

Advogado. Graduado em Direito pela UniFAE. Pós-graduando em Direito Penal e
Processo Penal pela Unicuritiba.

RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná e professor
universitário. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e
Mestre em Direito das Relações Sociais pela mesma Universidade.

RESUMO:

O presente trabalho expõe a utilização de requisitos retóricos para a imposição de medidas cautelares prisionais, tornando tal decisão costumeira na praxis processual penal, em que pese em teoria, tais medidas sejam a *ultima ratio* do sistema processual. Trabalha-se, pois, com a busca pela constatação da retórica em decretos prisionais cautelares, analisando-se, após, a hermenêutica filosófica como possível caminho para a solução de tal problemática, constatando-se na efetivação do contraditório um adendo necessário para que se possa garantir maior adequabilidade dos decretos prisionais cautelares aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Medidas cautelares prisionais; filosofia da linguagem; retórica; hermenêutica; decisão judicial.

ABSTRACT:

This paper seeks to expose the use of rhetorical requirements for the imposition of prison precautionary measures, which become customary in criminal procedural practice, despite, in theory, be such measures the *ultima ratio* of the procedural system. It starts with the finding of use of rhetoric in precautionary detention decrees, also analyzing the philosophical hermeneutics as a possible way to solve such problems. In addition, the realization of the contradictory also appears as a necessary way to ensure greater suitability of prison precautionary measures to the constitutional principles of a democratic state.



Keywords: Prison precautionary measures; philosophy of language; rhetoric; hermeneutics; Judicial decision.

1 INTRODUÇÃO

É inegável a problemática que envolve o sistema carcerário brasileiro, e os debates que sobre ele recaem passam, invariavelmente, sobre o sistema de medidas cautelares previsto no Processo Penal nacional.

Imprescindível, pois, uma especial atenção ao ato judicial que decreta prisões provisórias, tidas - na teoria - como *ultima ratio* do Estado, mas que, na prática, revelam-se rotineiras.

Para tanto, o presente trabalho se concentrará numa breve análise da decisão judicial que impõe medidas cautelares prisionais, iniciando tal intento a partir da retórica.

De tal debate, desponta a obra de Nilo Bairros de Brum, processualista penal que buscou identificar, em sentenças criminais, certos requisitos retóricos, realizando-se, a partir de tal doutrina, uma aproximação entre tais requisitos e os decretos prisionais.

Tal identificação é um primeiro passo, a partir do qual se buscará um confronto entre retórica e as modernas tendências quanto à decisão judicial, mostrando-se a filosofia da linguagem como ponto epistemológico importante para o debate proposto.

Embora não haja o intento de se esgotar o tema, o estudo buscará redirecionar os estudos das prisões provisórias, introduzindo em seu cerne o advento da filosofia analítica, adequando-as aos mais recentes debates quanto às decisões judiciais.

2 DIREITO, LINGUAGEM E RETÓRICA

O direito está, inegavelmente, relacionado à linguagem, sendo possível afirmar que ambos são, inclusive, indissociáveis, mantendo “uma relação de interdependência, visto que o direito se concretiza efetivamente por meio da linguagem” (VIANA; ANDRADE, 2009, p. 38).



Dessa feita, o profissional do direito seria “por excelência, o profissional da palavra” (VIANA; ANDRADE, 2009, p. 41), e esse instrumento seria, por sua vez, utilizado dentro de um conflito constante de vontades opostas, exigindo, pois, a atuação do Poder Judiciário.

O protagonismo da linguagem, assim, faz com que, por trás dos objetivos que deem início a qualquer socorro à jurisdição, ter-se-á, invariavelmente, a busca pelo convencimento, prêmio pelo bom uso da linguagem.

Aí entra, pois, a retórica, a qual merecerá, no presente trabalho, uma breve, mas especial atenção.

Antes, porém, importante ressaltar que essa importância da linguagem na práxis jurídica vem recebendo um evidente reforço proveniente da filosofia, tudo por conta das mais recentes formas de se pensar o direito.

Nessa toada, diga-se que, já em Hassemer se verifica que “essa aproximação progressiva entre o Direito e a linguagem deriva justamente da necessidade daquele de produzir respostas a problemas práticos” (BUSATO, 2012, p. 244):

As teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança de ponto de vista desde as aspirações do próprio direito, no sentido de, por um lado, trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido. (BUSATO, 2012, p. 245)

Assim sendo, a ligação entre direito, linguagem e retórica merece olhares mais atentos, em especial essa última que, comumente, é confundida como instrumento meramente estilístico, sendo imprescindível o recurso, também, à filosofia.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA RETÓRICA

A mencionada inovação na forma de se pensar essa relação direito-palavra pode ser creditada à (deveras pertinente) incursão da filosofia da linguagem nos estudos jurídicos. Filosofia essa que, porém, possui raízes não tão recentes assim.



Já na época clássica do pensamento filosófico se pode constatar uma evidente contribuição para o que se denominou “filosofia da linguagem” (a qual passou a ter maior notabilidade apenas no século XX). Afinal:

Desde o início, houve um compromisso da filosofia com a verdade; a filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são. Talvez a obra que melhor simboliza essa procura angustiante seja Crátilo, escrito por Platão no ano de 386 a.C. Esse diálogo pode ser considerado a primeira obra de filosofia da linguagem da história da humanidade. (STRECK, 2013, não paginado)

O mesmo se pode dizer sobre a retórica, a qual possui, de igual forma, raízes clássicas. Afinal, Aristóteles elaborou uma obra inteira para tratar daquilo que conceituou como “uma forma de comunicação, uma ciência que se ocupa dos princípios e das técnicas de comunicação. Não de toda a comunicação, obviamente, mas daquela que tem fins persuasivos” (JÚNIOR, 2015a, p. 14).

Entretanto, nos dias atuais, a retórica não pode mais ser vista como um dom que se exterioriza de forma meramente ilustrativa, contagiando o imaginário do senso comum.

É sua destinação persuasiva que merece destaque no estudo da retórica que, para ARISTÓTELES, teria “por objetivo formar um juízo” (2015, p. 115). Ocorre que, como já mencionado acima:

Para muitos, a retórica pouco mais é do que mera manipulação linguística, ornato estilístico e discurso que serve para artifícios irracionais e psicológicos, mais propícios à verbalização de discursos vazios de conteúdo do que à sustentada argumentação de princípios e valores que se nutrem de um raciocínio crítico válido e eficaz. (JÚNIOR, 2015b, p. 7)

Eis a importância de provocar a remissão à era clássica para melhor tratarmos desse tema, eis que já naquele tempo se debatia a respeito do real valor da retórica. “Para os mestres [...], esta era de fato uma arte, ou mesmo uma ciência, mas para os filósofos ela não passava de uma experiência de valor didático relativo” (JÚNIOR, 2015a, p. 13).

Foi apenas recentemente que a retórica “voltou a ser contemplada à luz da sua estrutura e da sua função filosófica”, ocorrendo o “seu ressurgimento e a afirmação renovada da sua importância” (JÚNIOR, 2015a, p. 15).



Exigiu-se, pois, um retorno ao mencionado pensamento clássico. Afinal, “tanto Aristóteles como Platão e Isócrates entendiam a retórica e o seu estudo como a articulação íntima de matéria e forma no discurso” (JÚNIOR, 2015a, p. 15).

Apesar de tais pensadores a vislumbrarem como arte e terem suas diferenças conceituais, todos “reconheciam à retórica um fundamental papel de relevo na vida do homem e da cidade” (JÚNIOR, 2015a, p. 15):

Para todos eles a retórica era, como arte do λόγος, o instrumento que habilitava o homem a exprimir e veicular os resultados da confluência do intelecto especulativo e prático, tornando-os acessíveis a todos para uma convivência melhor e mais responsável na πόλις. Não uma mera técnica de elaboração de discursos, mas a essência do processo pelo qual o homem tenta interpretar e tornar significativos, para si e para os outros, o mundo real. (JÚNIOR, 2015a, p. 15-16)

A relação entre retórica e interpretação terá, para os fins do presente trabalho, especial relevo. Por hora, porém, pergunta-se: como tal importância foi reduzida a um mero folclore que permeia o senso comum?

Para Manuel Alexandre Júnior, a derrocada da retórica teve início na moderna divisão entre retórica da elocução e retórica da argumentação. Enquanto essa se voltava ao estudo da palavra eficaz (ou, noutras palavras, na produção persuasiva), aquela trabalhava com o estudo da produção literária (2015a, p. 17).

É a partir dessa divisão que

A retórica literaliza-se e a dimensão argumentativa da persuasão é negligenciada. O que os primeiros retóricos clássicos entendiam como uma das suas partes – a *elocutio* – veio com o tempo a assumir-se como a essência da própria retórica. (JÚNIOR, 2015a, p. 17-18).

Conclui o autor que, “ao reduzir-se a uma das suas partes, a retórica perdeu ao mesmo tempo o nexus que a ligava à filosofia mediante a dialética”, motivo pelo qual se tornou, para muitos, uma “disciplina errática e fútil” (JÚNIOR, 2015a, p. 18).

Para o autor até então mencionado, é com autores como George Kennedy e Chaïm Perelman que a retórica volta à moda - seja tratando da mesma em sociedades

iletradas e sem escrita, seja ressaltando a vertente argumentativa da retórica de Aristóteles (JÚNIOR, 2015b, p. 7-8). De qualquer forma:

A retórica é revalorizada como ciência e arte que opera logicamente na heurística e a hermenêutica dos dados a intervir no discurso; que psicológica e eficazmente se cumpre na persuasão e mobilização dos ouvintes para a ação. (JÚNIOR, 2015b, p. 7)

Eis que se faz possível, assim, (re)vislumbrar a importância da retórica, principalmente como “saber interdisciplinar no sentido pleno da palavra, na medida em que se afirmou como forma de pensar e arte de comunicar o pensamento” (JÚNIOR, 2015b, p. 7).

Abandonando a noção meramente ilustrativa da retórica, retomando sua íntima ligação com a filosofia e lembrando seu papel na interpretação (defendida desde a era clássica do pensamento grego), poderemos vislumbrar que, “como saber interdisciplinar e transdisciplinar, a retórica está presente no direito, na filosofia, na oratória, na dialética, na literatura, na hermenêutica, na crítica literária e na ciência” (JÚNIOR, 2015b, p. 7).

Aí reside o objetivo dessa breve introdução a respeito da retórica, sendo que estudar todas as nuances dessa arte secular fugiria aos propósitos do presente trabalho. É a sua relevância que buscamos ressaltar, permitindo avançar em direção ao objetivo principal.

2.2 A RETÓRICA NO PROCESSO PENAL – A VISÃO DE NILO BAIROS DE BRUM

Como dito anteriormente, retomou-se a importância da retórica, a qual se faz presente nas mais diversas áreas do conhecimento por força de sua interdisciplinaridade; e não seria diferente com o direito¹.

¹ Na seara jurídica, impossível deixar de mencionar Theodor Viehweg, quem “publicou o famoso livro *Tópica e Jurisprudência*, em 1953, com o objetivo de trazer para as decisões jurídicas soluções que partissem do problema” (BEZERRA, 2015, p. 129). Para tanto, o referido autor recorre à ideia de tópica, a qual seria “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica” (VIEHWEG, 1979, p. 17).



O presente estudo foca, porém, na retórica identificada pela doutrina no (e do) processo penal, motivo pelo qual surge como norte a obra de Nilo Bairros de Brum, “Requisitos Retóricos da Sentença Penal”, publicada em 1980.

Para BRUM, é possível identificar “requisitos retóricos pelos quais uma sentença tenha maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante” (1980, P. 72).

Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. (BRUM, 1980, p. 72)

Tais requisitos, portanto, teriam uma função clara, eis que o julgador sabe “que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima” (BRUM, 1980, p. 72); roupagem essa que se exterioriza “através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma” (BRUM, 1980, p. 73).

Dentre os mencionados requisitos, tem-se em primeiro lugar a verossimilhança fática, existente pelo fato de que “o julgador tem de justificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor prova. [...] Trata-se de um efeito de verdade” (BRUM, 1980, p. 73).

Desta forma, a fragilidade própria de todo e qualquer meio de prova, bem como a impossibilidade de se atingir uma verdade “real”, mas somente uma verdade “processual”, faz com que o juiz – que anteriormente já escolhera sua decisão final – molde sua escolha em termos aceitáveis tanto pelas partes, quanto para o órgão jurisdicional imediatamente superior; entra em ação, assim, esse primeiro requisito retórico.



Daí por que a necessidade e exigência de que o juiz justifique convincentemente os motivos pelos quais preferiu um conjunto de provas a outro ou, mais genericamente, porque deu ao fato a configuração que deu, em detrimento de outras configurações possíveis e, em tese, igualmente razoáveis. Isto é atividade indiscutivelmente retórica que exige hábil manipulação de um vasto instrumental fornecido pela legislação processual, pelas teorias da prova, pelas presunções legais e extralegais, pelos precedentes judiciais e por um considerável elenco, de falácias acreditadas na comunidade jurídica. Com o uso adequado desse instrumental tópico-retórico, o juiz exaltará o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e desqualificará as provas (ou interpretação das provas) que respaldem as versões que deseja refutar.

Se a argumentação for persuasiva, isto é, se o fato foi reconstruído segundo os cânones aceitos pela comunidade jurídica, poderá o julgador obter o efeito de verdade indispensável para que sua decisão seja acatada e legitimada definitivamente.

Isto não quer dizer absolutamente que a versão eleita pelo juiz seja falsa, mas também não significa que seja verdadeira. O que se obtém através da reconstrução processual é a verossimilhança, que nada mais é do que a retórica imunização do discurso jurisdicional contra possíveis críticas. A verossimilhança, pois, é o primeiro argumento contra a reforma da sentença judicial. (BRUM, 1980, p. 77).

Em seguida, BRUM aduz o segundo requisito: o efeito de legalidade (1980, p. 77).

“Obtida a verossimilhança fática, é, ainda, necessário dar-se uma solução jurídica ao caso. Como dizem os formalistas, é preciso aplicar o direito ao fato concreto” (BRUM, 1980, p. 76-77):

Seja de um modo ou de outro, não é boa estratégia retórica o colocar-se contra a legalidade. As aspirações de segurança jurídica têm de ser atendidas sob pena de ser a sentença considerada ilegal ou arbitrária. Assim, qualquer que seja a decisão do juiz, deve ela parecer estar contida de alguma forma na previsão do legislador ou, noutras palavras, deve ela apresentar-se como derivada da previsão legal. (BRUM, 1980, p. 78)

Aduz o citado autor que tal requisito se torna de fácil utilização não só pelas várias teorias jurídicas e diversos métodos de interpretação, mas também por força de “expressões semanticamente vazias ou anêmicas” (BRUM, 1980, p. 78) utilizadas pelo legislador ao elaborar o texto legal.

Ademais, em que pese existam casos em que a prática jurídica afronta, retoricamente, o texto da lei (sem uma adequação necessariamente lógica), explica a doutrina aqui utilizada que

não é boa técnica bulir na significação de base nas normas legais, já que a técnica judicial conta com farto instrumental tópico-retórico que permite que as alterações dignitativas [sic] se façam, com mais eficácia e sem deixar sequelas, ao nível da significação contextual válida para o caso em julgamento em razão das suas peculiaridades fáticas. (BRUM, 1980, p. 81)

O terceiro requisito retórico de sentenças penais seria, na visão do autor, a adequação axiológica. “Não basta, pois, atender à exigência de legalidade. É preciso que a decisão se justifique também na sua dimensão axiológica” (BRUM, 1980, p. 81):

De um modo ou de outro, poder-se-á adequar retoricamente ou os valores comunitários à lei ou esta àqueles. No primeiro caso, procurará o juiz demonstrar que “os verdadeiros” valores comunitários estão expressos na literalidade do texto legal; no segundo caso, decidirá conforme os valores comunitários emergentes, fazendo com que estes pareçam estar contidos no texto legal. (BRUM, 1980, p. 82)

Essa necessidade retórica decorre do nada incomum conflito entre valores contidos no texto legais e valores compartilhados numa realidade social (BRUM, 1980, p. 82) que, em termos lógicos, jamais poderiam ser conciliados. Daí a necessidade de se recorrer aos termos dialéticos permitidos pelo direito, na qual essa conciliação se mostra possível:

Ao longo do trajeto jurígeno, o diálogo vai sendo interrompido por atos de força-simbólica, como a submissão da minoria parlamentar pelos votos da maioria ou como a conformidade imposta pela coisa julgada. Desses atos de força legitimada é que nascem oficialmente as normas jurídicas gerais ou individuais. No entanto, o caráter dialético do direito vai manifestar-se na possibilidade que têm as ideologias vencidas de retornarem sub-repticiamente ao nível das decisões judiciais. Estas, por sua vez, podem servir de apoio a novas tentativas ao nível do legislativo com maior probabilidade de êxito. (BRUM, 1980, p. 83)

Desses inegáveis e constantes conflitos, surge o quarto e último requisito retórico da sentença penal defendido por Nilo Bairros de Brum:

Nesse campo de batalha ideológica, ou nesse jogo sem fim, o juiz deve eleger parecendo neutro, racionalizar o irracional e dar cientificidade ao sentimento. Assim, como último requisito retórico da sentença, podemos considerar o efeito de *neutralidade judicial*. (BRUM, 1980, p. 83-84).

Tal requisito se mostra como uma herança do positivismo exegético, diga-se, por estar ligado

à idéia [sic] da função prescritiva na norma legal, às pretensões de exclusivismo jurígeno do legislador defendidas pelas correntes normativistas e às exigências de racionalidade e cientificidade advogadas pelas escolas positivistas. Tudo isto sintetiza as aspirações de previsibilidade e segurança jurídicas. (BRUM, 1980, p. 84).

Brevemente elencados os requisitos retóricos, que podem ser encontrados em sentenças penais (ao menos na visão de BRUM), tem-se que todos eles se adequam perfeitamente à retórica aristotélica do convencimento que, no caso, se volta às partes, aos órgãos jurisdicionais superiores ou à própria sociedade (e, por que não, à própria consciência do julgador).

Por ora, essa aproximação do processo penal com a retórica se mostra importante, pois possibilita avançar no objetivo proposto sem temer a incoerência do tema.

Assim, ainda em face dos requisitos retóricos trazidos por BRUM - e utilizando-os como instrumentos – muda-se o foco: da sentença final para a decisão interlocutória que decreta uma medida cautelar prisional.

3 O JUIZ E O DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

Nessa etapa, importa retornar a uma relevante questão aventada por BRUM, para quem, “chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu” (BRUM, 1980, p. 72). Pode-se chegar a tal conclusão, também, quando de decisões interlocutórias que impõem medidas cautelares prisionais?

3.1 REQUISITOS RETÓRICOS DO DECRETO PRISIONAL



Nessa breve exposição, entendemos ser facilmente possível constatar os requisitos retóricos das sentenças penais de BRUM também nas decisões que decretam uma medida cautelar prisional, seja ela temporária ou preventiva.

Até porque a “fundamentação do despacho [de decreto prisional], por um lado, permite o controle da atividade jurisdicional e, por outro, serve para convencer a sua correção e justiça” (SOLTOSKI, 2011, p. 200). Aquilo que age para convencer, certamente recorre à retórica.

Visando identificá-la, assim, nessa espécie de decisão judicial, pertinente se faz o socorro aos requisitos já bem trabalhados por BRUM e elencados no tópico acima. Havendo menção à função de convencimento da decisão judicial, inicia-se tal análise a partir da “verossimilhança fática”.

Esse primeiro requisito retórico, como visto, existe pelo fato de que “o julgador tem de justificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor prova. [...] Trata-se de um efeito de verdade” (BRUM, 1980, p. 73).

Esse efeito é obtido “através da reconstrução processual” (BRUM, 1980, p. 77), sendo de fácil constatação em decretos prisionais. A título de exemplo, temos o seguinte trecho de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, nos autos de nº 0027735-60.2014.8.16.0013:

No que respeita a prisão em flagrante, verifica-se que não há qualquer ilegalidade na prisão dos autuados, porquanto foram respeitadas as formalidades descritas nos artigos 302 e seguintes do Código de Processo Penal, razão pela qual HOMOLOGO O FLAGRANTE.

Por outro lado, verifica-se que há nos autos, embora com as limitações de início de procedimento, prova da materialidade dos delitos e indícios suficientes de autoria, conforme se vê dos depoimentos colhidos, auto de exibição e apreensão (sequencial 1.5) e Autos de Reconhecimento de Pessoa (sequencial 1.7 e 1.10). E, neste particular, até o presente momento, não há elementos nos autos para desconstituir o depoimento firme dos policiais condutores da prisão dos autuados, das próprias vítimas, ou retirar a credibilidade de suas declarações, uma vez não demonstrado que tenham agido eles com abuso de poder ou má-fé, respectivamente.

Assim, pelas circunstâncias narradas e depoimentos acostados aos autos, registra-se que estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, quais sejam a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Em seguida, tem-se o efeito de legalidade, o qual começaria “já no relatório da sentença, onde o juiz deve justificar a regularidade processual” (1980, p. 77). Tal relatório é rotineiro, também, nos decretos prisionais, o que pode ser vislumbrado também no trecho da decisão acima colocada.

Entretanto, como constatado acima, o uso de tal requisito recebe a cobertura, inclusive, do próprio legislador que, não raro, utiliza “expressões semanticamente vazias ou anêmicas” (BRUM, 1980, p. 78) quando da formulação do texto legal. Nessa seara, as medidas prisionais oferecem exemplos claros.

No que tange à prisão preventiva, o clássico exemplo reside em um de seus fundamentos, qual seja a “garantia da ordem pública” (previsto no art. 312 do Código de Processo Penal). Vejamos a crítica da mais recente doutrina:

Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despojado de qualquer referencial semântico. [...] tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus protetores. (LOPES JR., 2014, p. 866)

É essa ausência de “qualquer referencial semântico” que nos possibilita visualizar a “garantia da ordem pública” como um clássico exemplo de expressões jurídicas, escolhidas pelo legislador, que possibilitam (e intensificam) um exercício retórico sem grandes dificuldades, por meio do requisito do efeito de legalidade.

De tal crítica não escapa, de igual forma, o fundamento consistente na “garantia para a ordem econômica”:

O art. 312 contém uma “anemia semântica”, explica MORAIS DA ROSA, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. (LOPES JR., 2014, p. 866)

Nessa toada, poder-se-ia aduzir, aqui, a “imprescindibilidade para a investigação” e as “fundadas razões” exigidas de um decreto de prisão temporária. Mostram-se tais



expressões como facilitadoras da criação e uma “roupagem racional e tecnicamente legítima”, embora esconda uma discricionariedade significativa.

O terceiro requisito retórico das sentenças penais seria, na visão do autor até então mencionado, a adequação axiológica. “Não basta, pois, atender à exigência de legalidade. É preciso que a decisão se justifique também na sua dimensão axiológica” (BRUM, 1980, p. 81).

Quanto a essa adequação, e por meio dela, verificamos a retórica atuando em decisões judiciais com grande frequência, motivo pelo qual nos utilizamos no seguinte exemplo:

Crimes (em tese) desta natureza causam inúmeros males à sociedade, principalmente à juventude, que se vicia em drogas e que tem acesso às mesmas por meio de traficantes.

A credibilidade da justiça deve ser preservada, tendo em vista, inclusive, que o crime teria sido praticado em via pública, o que contribui para demonstrar descaso do autuado em relação à sociedade e aos órgãos de repressão ao crime.²

Aqui, a adequação axiológica atua no sentido de justificar a prisão preventiva em prol do corpo social; seria a medida cautelar prisional autorizada pela necessidade de se combater a criminalidade³.

Nessa toada, temos a seguinte doutrina, tratando da dita “credibilidade das instituições”:

² Trecho de decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal de Piraquara, Estado do Paraná. Autos nº 8326-98.2015.8.16.0034.

³ Diga-se que tal fundamentação é, ao menos tem tese, rechaçada pela jurisprudência das cortes superiores. Nesse sentido: “[...] o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente [...]” (HC 118684, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013). Na prática, porém, tem-se que os tribunais estaduais vêm fechando os olhos para tais irregularidades e, não raras vezes, faz-se necessária à atuação do Superior Tribunal de Justiça para que se rechace a “inovação” praticada pelo Tribunal, mesmo em sede de habeas corpus (ação eminentemente defensiva). Nesse sentido: “Não pode o Tribunal a quo inovar nos motivos que ensejaram a segregação cautelar, pois isso constitui nítida complementação aos fundamentos da decisão constritiva originária, providência vedada em ação constitucional de habeas corpus, impetrada em interesse exclusivo da Defesa. [...]” (STJ - RHC: 58057 MG 2015/0073053-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 11/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2015)

No mais das vezes, esse discurso é sintoma de que estamos diante de um juiz “comprometido com a verdade”, ou seja, alguém que, julgando-se do bem (e não se discute as boas intenções), emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidos dos direitos fundamentais do imputado. (LOPES JR., 2014, p. 870)

A mencionada adequação axiológica está intimamente ligada, por fim, ao quarto e último requisito, consistente no “efeito de neutralidade judicial”. Isso porque, com o terceiro requisito, “poder-se-á adequar retoricamente ou os valores comunitários à lei ou esta àqueles” (BRUM, 1980, p. 82).

Entretanto, os valores comunitários dificilmente (ou jamais) representam um consenso. Portanto:

Nesse campo de batalha ideológica, ou nesse jogo sem fim, o juiz deve eleger parecendo neutro, racionalizar o irracional e dar cientificidade ao sentimento. Assim, como último requisito retórico da sentença, podemos considerar o efeito de neutralidade judicial. (BRUM, 1980, p. 83-84).

Buscando tentar exemplificar a presença desse requisito em decretos prisionais, trazemos o seguinte trecho extraído de decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal de Piraquara, Estado do Paraná, nos autos nº 8326-98.2015.8.16.0034:

Quanto aos respectivos fundamentos, a prisão preventiva se faz necessária para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

[...]

Há necessidade da prisão cautelar, outrossim, para evitar reiteração criminosa, considerando os depoimentos dos policiais militares, no sentido de que se dirigiram ao respectivo local justamente em virtude de informações anteriores, no sentido de que ali seria ponto de tráfico ilícito de drogas.

Ademais, há necessidade da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, ante inexistência de prova de domicílio certo do atuado e de exercício de atividade lícita, o que, aliado à possibilidade de condenação criminal, indica possibilidade de seu desaparecimento do distrito da culpa.

Aqui, o efeito de neutralidade atua de forma sutil, pois o julgador faz repousar, reiteradamente, todos os fundamentos e argumentos na “necessidade da prisão”; seria essa dita necessidade que impõe o decreto prisional, e não o entendimento do julgador.

Dito isso, temos que os requisitos retóricos trabalhados por BRUM também podem ser encontrados em decretos prisionais, sendo possível afirmar, inclusive, serem de

constatação mais comum nessas decisões interlocutórias, até pelo extenso número de prisões provisórias decretadas diariamente, diferente das sentenças penais, prolatadas em menor número.

Essa comparação permite, assim, um novo passo, buscando novos aprofundamentos a respeito do tema, sempre ressaltando o caráter interdisciplinar da retórica, o que possibilita ir além dos textos legais.

3.2 A PRISÃO CAUTELAR COMO REGRA

A constatação da utilização da retórica, por parte dos juízes, em decisões que decretam medidas cautelares prisionais, é fácil de ser feita, mas não tão fácil de explicar. Afinal, embora constantemente utilizada na prática, a teoria determina que a prisão cautelar seja uma exceção. “Tendo como corolário o princípio da presunção de inocência em confronto com a gravidade atribuída à prisão cautelar esta deve ser utilizada apenas como *ultima ratio* das medidas processuais” (SOLTOSKI, 2011, p. 208).

No mesmo sentido, LOPES JR.:

[...] a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. (2014, p. 818)

Entretanto, repita-se: não é o que ocorre na prática. Basta verificar os mais recentes números apresentados a respeito da atual situação carcerária vigente no país.

Afinal, pelos “últimos dados disponibilizados pelo InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil pessoas privadas de liberdade, 41% delas em prisão provisória” (NO BRASIL..., 2015).

Ou seja: até meados de 2013, o país possuía quase trezentas mil pessoas presas por força de imposição de medidas cautelares, sendo difícil crer que uma medida que atinja um número tão expressivo seja, de fato, a exceção⁴.

É perceptível que a prisão preventiva tem sido demasiadamente utilizada em nome da segurança social e jurídica. A prisão durante o processo deixou de ser uma medida extraordinária para se converter em uma medida de uso frequente, contrariando as normas constitucionais e os princípios que as próprias ciências criminais visam acautelar. (SOLTOSKI, 2011, p. 203)

Entra em ação, assim, a retórica (por meio dos requisitos acima trabalhados, por exemplo), justificando um determinado modo de decidir e fazendo das prisões cautelares a regra, quando, em verdade, deveria ser a última opção.

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES JR., 2014, p. 819)

Dessa crítica, podemos aduzir algumas razões para tal fenômeno, como os estudos de Pierre Legendre, utilizando-se da psicanálise e de um estudo histórico metuculoso⁵.

É essencial saber que o Estado está investido da tarefa suprema da Salvação, que vem pronunciar as palavras tranquilizadoras e distribuir os benefícios de uma felicidade magistralmente definida segundo os doutores, segundo essa imagem sagrada do Pai, associada ao tema da Mãe nutriz, na Família admiravelmente desenhada pelo Código civil. (LEGENDRE, 1983, p. 179)

⁴ Isso sem considerar os mais de duzentos mil mandados de prisão em aberto no país até 2013 (WALTRICK, 2013), dos quais, pelos dados referentes às pessoas já presas, é possível imaginar que parcela significativa desses mandados não cumpridos seja referente a prisões cautelares.

⁵ Não seria possível tratar de todas as nuances e complexidades do trabalho de LEGENDRE, o que fugiria do tema proposto. Porém, é interessante ressaltar que, para o mencionado autor, “O Estado dito liberal nada mais é do que o Estado-pontífice” (1983, p. 202). Desta forma: “O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amar onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais [...]”. (LEGENDRE, 1983, p. 24)

Nessa toada, faz-se possível verificar que, muitas vezes, o julgador assume uma função (por vezes inconsciente, diga-se) de justiceiro, um verdadeiro salvador na eterna luta contra a criminalidade, o que só se faz possível verificar com estudos psicanalíticos:

Então, para aproximar os discursos, é preciso desvelar que a eterna luta entre o *bem* e o *mal* ainda perdura, sendo 'pano de fundo' *inconsciente* das práticas penais, cuja abjuração não é, definitivamente, simples, principalmente pelo *locus* que a *Instituição* aponta ao *um-juiz*, portador da palavra Divina, um semi-Deus. Não foi à toa que Legendre afirmou que procurar adentrar nessa seara é uma 'atividade clandestina', subversiva do 'lugar tenente', justamente por querer discutir até que ponto a 'consciência plena e objetiva' se sustenta, isto é, discutir a legitimidade do mandatário do *Outro*. (ROSA, 2014, p. 89)

Noutro vértice, podem-se ressaltar também as palavras de BAKHTIN, quem defende que a "consciência constitui um fato socioideológico, não acessível a métodos tomados de empréstimo à fisiologia ou às ciências sociais" (2014, p. 49). Aí é que o autor recorre à linguagem e ao signo ideológico:

A língua não é o reflexo das hesitações subjetivo-psicológicas, mas das relações sociais estáveis dos falantes. Conforme a língua, conforme a época ou os grupos sociais, conforme o contexto presente tal ou qual objetivo específico, vê-se dominar ora uma forma ora outra, ora uma variante, ora outra. (BAKHTIN, 2014, p. 153)

Com BAKHTIN pode-se ir além do inconsciente do julgador, e recair na linguagem, diante da defesa de que é "a língua que ilumina a personalidade interior e a consciência, que as cria, diferencia e aprofunda, e não o contrário" (2014, p. 196)⁶.

Entretanto, tratar de LEGENDRE e BAKHTIN na busca de uma resposta para o uso das prisões cautelares como regra, exigiria dezenas ou até centenas de páginas, sem deixar de se correr o risco, mesmo assim, de se ver elementos importantes escaparem ao longo desse árduo caminho.

⁶ Importante ressaltar a seguinte passagem, que exprime bem o pensamento do autor entre inconsciente, linguagem e ideologia: "*Fora de sua objetivação, de sua realização num material determinado* (gesto, a palavra, o grito), *a consciência é uma ficção*. Não é senão uma construção ideológica incorreta, criada sem considerar os dados concretos da expressão social. Mas, enquanto expressão material estruturada (através da palavra, do signo, do desenho, da pintura, do som musical, etc.), a consciência constitui um fato objetivo e uma força social imensa." (BAKHTIN, 2014, p. 122, destaque do autor).

Porém, seja por força do inconsciente, seja por um eventual caráter ideológico da palavra, de pronto se coloca em cheque a fé cega depositada no texto legal e na pessoa do julgador, sendo necessário questionar, assim, o próprio pensamento jurídico atual.

4 AS MODERNAS TENDÊNCIAS QUANTO A DECISÃO JUDICIAL

A questão referente à interpretação do texto legal, da tomada da decisão por parte do julgador, responsável por aplicar o direito em um determinado caso concreto levado à apreciação do poder judiciário, é tema de extensos e profundos estudos até os dias de hoje, e sofreu diversas alterações ao longo da história.

Eis aqui um novo ponto que seria impossível abordar profundamente no presente estudo, mas algumas (breves) considerações podem e devem ser aventadas.

4.1 O ADVENTO DO PÓS-POSITIVISMO

Quando se fala em decisão judicial, independente da área em que ela se efetiva (penal, cível, trabalhista etc.), fala-se de teoria do direito. Nela, diversas são as concepções utilizadas para nortear as noções quanto à decisão, sendo que, após uma inegável evolução histórica com antecedentes no direito da era clássica, passando pelo direito romano e pelo direito canônico, destacaram-se o jusnaturalismo e o positivismo, concretizando-se um dos mais intensos debates na seara do direito.

Os discursos jusnaturalistas advogam um direito carregado de valores éticos e princípios morais, enquanto os positivistas pugnavam por um direito científico, mais racional, baseado no rigor lógico das análises linguísticas dos textos legais. (SIMIONI, 2014, p. 23)

Ocorre que, desta disputa, a questão referente à aplicação do direito por parte do poder judiciário ficou relegada, constantemente, a um segundo plano:

Todas as teorias jurídicas desenvolvidas na modernidade parecem ter algo em comum. Não discutem como é feita a interpretação, a compreensão, e a



aplicação dos textos, mas sim estabelecem regras para que os textos sejam decifrados da forma como defendem. (BEZERRA, 2015, p. 13)

Atualmente, no dia a dia jurídico do país, parece que a interpretação continua assim relegada⁷, principalmente por estar arraigada aos ensinamentos de Kelsen, uma vez que predominam nas salas de aula, especialmente da graduação (que se proliferam pelo país, diga-se) os ensinamentos da Teoria Pura do Direito e nada que vá além dela.

Ocorre que, embora sua imensa contribuição, dentre outras⁸, para o abandono da função do juiz como mera “boca da lei”, a famosa teoria de Kelsen não se mostrou capaz de solucionar o problema da decisão jurídica, a qual, para a Teoria Pura do Direito, utilizar-se-ia de critérios que “não são jurídicos, são políticos, subjetivos, contingentes e podem ser até mesmo arbitrários” (SIMIONI, 2014, p. 203), desde que respeite a “moldura” do direito.

Dessa forma, o estudo de Kelsen “não tem como blindar a decisão jurídica” das ideologias, “que ele prefere ver como questões estranhas ao direito, mas que são muito importantes, especialmente hoje, no contexto dos ideais de um Estado Democrático de Direito” (SIMIONI, 2014, p. 227).

Tanto é verdade que a história veio demonstrar a insuficiência deste modelo: o “positivismo jurídico, visto sob o ponto de vista formalista, não tinha respostas a sistemas jurídicos como o nazista” (BEZERRA, 2014, p. 42), por exemplo. Inegável, assim, a necessidade de se repensar o (neo)positivismo⁹.

⁷ “Muito do que ainda se afirma sobre a hermenêutica em muitos círculos jurídicos continua vinculado, ainda que de forma inconsciente, a esse modelo “clássico”, por assim dizer. Com efeito, no pensamento jurídico brasileiro em específico, a tradição criada a partir do livro de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, posiciona-se dessa maneira, considerando a hermenêutica como mera disciplina acessória, de auxílio na interpretação dos textos jurídicos” (OLIVEIRA, STRECK, 2015).

⁸ SIMIONI defende que houve significativas contribuições da Teoria Pura do Direito “para a Teoria do Estado, para a Teoria Política, Para a Teoria da Democracia e da jurisdição constitucional, para a Epistemologia Jurídica, para o Direito Internacional, além de soluções específicas para problemas históricos da operacionalidade prática do direito, como a questão das lacunas, das contradições, etc.” (2014, p. 223-224). Não se procura mitigar sua importância para o direito. Porém, é preciso ir além da “*grundnorm*”.

⁹ STRECK (2013, não paginado) ressalta que o trabalho de Kelsen o afasta do positivismo exegético, sendo o autor, portanto, um neopositivista.

Surgiram, após a segunda Grande Guerra, tentativas de solucionar essa questão¹⁰. O “espaço da discricionariedade subjetiva do decisor foi preenchido pelas recomendações práticas das teorias da argumentação jurídica” (SIMIONI, 2014, p. 228-229):

Depois da Teoria Pura do Direito, as teorias da argumentação jurídica conquistaram uma importância central para a prática das decisões jurídicas. Não só a tópica retórica foi resgatada e atualizada na década de 50 (Viehweg, Perelman), como também logo surgiram concepções substancialistas (Hart, Raz, Dworkin, Castanheira Neves, Müller) e procedimentalistas (Alexy, Gunther, Habermas), todas elas procurando justificar modos de lidar com essas complicadas relações entre direito e sociedade na prática das decisões jurídicas e inaugurando, desse modo, aquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico. (SIMIONI, 2012, p. 229)

Quanto a tópica retórica (já citada acima), esta se utiliza de *topoi*, os quais “não são normas vinculantes, mas vetores que se apresentam como possíveis soluções para o caso determinado. A lei é apenas mais um ponto de vista” (BEZERRA, 2015, p. 129). Entende-se, porém, que essa pouca importância ao texto da lei viria de encontro à importância do estado de direito¹¹.

Restariam, pois, o procedimentalismo (que parte das teorias discursivas), e o substancialismo, possuindo como norte as teorias hermenêuticas, “especialmente a hermenêutica filosófica da tradição de Heidegger e Gadamer” (SIMIONI, 2014, p. 25).

Para os fins aqui propostos, a hermenêutica filosófica será o vetor utilizado; seria tal teoria por si só, capaz de evitar a retórica que maquia pré-juízos quando do decreto de medidas prisionais cautelares?

4.2 DECISÃO E FUNDAMENTAÇÃO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

¹⁰ Aí surgem as teorias pós-positivistas, que, “apesar das sérias e profundas divergências, têm em comum o compromisso em superar o desafio de se construir a ponte entre a autonomia lógico-formal do sistema jurídico e os princípios morais e valores éticos do mundo prático, do mundo-da-vida” (SIMIONI, 2014, p. 783).

¹¹ Crítica de Friedrich Müller, aventada por BEZERRA, 2014, p. 124-132.



Como visto, a teoria de Kelsen permite ao julgador que escolha uma decisão dentre várias possíveis, desde que respeite a “moldura” do direito. Uma das teorias voltadas a evitar o que esse formalismo autorizou no estado nazista foi a Jurisprudência dos Valores. Porém, tal corrente

não tinha por escopo analisar detidamente o papel do intérprete na formação do resultado do processo decisório. Sua intenção estava mais ligada com uma aproximação do Direito e da moral como forma de evitar que normas “injustas” fossem aplicadas sem qualquer análise. (BEZERRA, 2015, p. 158)

Não se atentava, pois, ao papel daquele que, de fato, decide; que aplica o direito num determinado caso concreto. O que limitaria o julgador, assim, quando da tomada de decisão? Tal questão não é recente, pois

desde o problema da discricionariedade da decisão no conceito kelseniano de moldura do direito, a teoria jurídica procura encontrar critérios metodológicos para uma prática de realização concreta do direito capazes de garantir, ao mesmo tempo, a segurança jurídica formal da decisão e sua legitimidade material (SIMIONI, 2015, p. 769).

Uma das muitas teorias que buscam solucionar esse mencionado problema é a hermenêutica filosófica, a qual surge com o trabalho de Hans-Georg Gadamer que, por sua vez, pauta-se nos estudos de Martin Heidegger.

O primeiro (e fundamental) ponto a se ressaltar dessa teoria é que ela “não tem por preocupação criar meios para a extração de uma mensagem contida em um determinado texto” (BEZERRA, 2015, p. 3). Isso decorre da superação do dualismo sujeito-objeto proveniente do pensamento filosófico clássico:

Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. [...] Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si, do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos com objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão. (STRECK, 2013, não paginado)

Dito isso, tem-se que a “hermenêutica filosófica procura demonstrar como ocorre a interpretação/compreensão no ato hermenêutico. Seu objetivo é pesquisar e descrever como o intérprete age no momento de interpretar” (BEZERRA, 2015, p. 3).

Para tanto, Gadamer recorre a Heidegger, o qual “deixa de lado a ideia de um sujeito distante do objeto e por ele não influenciado” (BEZERRA, 2015, p. 68).

Esta virada paradigmática produz consequências importantes para o pensamento filosófico do século XX e para a definição da verdade à medida que chama atenção para as novas mediações que devem ser observadas, entre elas: i) os “entes” no mundo somente “são” porque podem ser compreendidos, ii) a centralidade da linguagem na determinação ontológica (o compreender depende de todo um conjunto de significações e relações linguísticas prévias que o *Dasein* dispõe), iii) a superação irresistível das dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum, justamente porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece e iv) a impossibilidade de o sujeito fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo sobre o mundo. (MARRAFON, 2010, p. 47)

Gadamer, entretanto, vai além, reforçando a condicionante histórica. Para ele,

pré-compreensão é o que torna possível qualquer tipo de compreensão. As pré-compreensões não estão separadas do passado. Ao revés, são elas que tornam o passado acessível.

Assim, as pré-compreensões são entendimentos que todo ser humano possui e que são essenciais para que possa trabalhar com as coisas e se relacionar com os outros. Esse tipo de compreensão é essencial ao ser humano. Sem ela, não seria possível o seu constante caminhar. (BEZERRA, 2015, p. 91)

Isso se mostra de extrema importância no que tange ao ato de decidir por parte de determinado juiz. Afinal, o fato de exercer tal função não exclui a vivência e as experiências prévias daquele que decide; e isso não é ignorado pela hermenêutica filosófica:

[...] toda interpretação de um texto enfrenta esse confronto. Ao tentar reconstruir o sentido de um texto, o intérprete leva consigo seus próprios preconceitos e, por isso, seu horizonte acaba por influenciar a compreensão, assim como seu próprio horizonte é influenciado pelo texto e, por isso, acaba também se modificando. Dessa fusão do horizonte do texto com o do intérprete nasce a compreensão. (BEZERRA, 2015, p. 102)

Surge, pois, o que Gadamer denomina de “círculo hermenêutico”¹², no qual as projeções prévias do intérprete vão ao texto de um modo e voltam ao mesmo modificadas, “num constante ir e vir” em que “os conceitos prévios vão se modificando e sendo substituídos por outros mais adequados” (BEZERRA, 2015, p. 104).

Dentro esse círculo hermenêutico – e isso é fundamental – a “interpretação, a compreensão e a aplicação ocorrem ao mesmo tempo” (BEZERRA, 2015, p. 110):

Com o giro ontológico operado por Heidegger se dá – de uma forma inédita em toda a tradição filosófica – uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*. (STRECK, 2013, não paginado)

Tratar-se-ia, pois, de um comportamento moral que possibilitaria a resposta correta, ou adequada à Constituição (STRECK, 2013, não paginado).

A principal crítica de STRECK reside em demonstrar que esse comportamento moral não é o que ocorre na prática. O Juiz, em *terrae brasilis* (como gosta o autor), recebe um grande poder discricionário advindo de “princípios” como o “livre convencimento”, a “confiança no juiz da causa” e da “verdade real”, os quais possibilitariam as mais diversas arbitrariedades¹³.

Seria, em verdade, consequência da tradição ainda presente na prática jurídica decorrente da filosofia da consciência - no processo penal, por exemplo, é “o juiz que passou a ‘assujeitar’ a coisa” -, a qual não permitiria “uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia ‘razão teórica-razão prática’” (STRECK, 2013, não paginado).

Pautando-se, além de Gadamer, também em Ronald Dworkin, STRECK clama por uma “legalidade constituída a partir dos princípios, que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade constituída a partir dos princípios que foi,

¹² “[...] que, para alguns, seria melhor denominado de espiral hermenêutico, já que descreveria de forma mais precisa o processo de compreensão” (BEZERRA, 2015, p. 105).

¹³ O requisito retórico do “efeito de legalidade” aduzido por Brum e potencializado por expressões semanticamente vazias se mostra, aqui, uma vez mais, atuante. A utilização de princípios como os citados traria, em qualquer decisão judicial, uma roupagem tecnicamente legítima, possibilitada apenas pela retórica.

prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional” (STRECK, 2013, não paginado).

Porém, o próprio ato de se interpretar não em etapas, mas como um ato único da compreensão¹⁴, não estaria igualmente sujeito às mascaras possíveis dos instrumentos retóricos? Estaria o julgador, de fato, comprometido com este “comportamento moral”?¹⁵ Eis, aí, uma das críticas também à teoria de Gadamer:

Além de todo esse debate, é preciso por em relevo outra conclusão: resta claro que o universo linguístico de sentido instaurado a partir da consciência histórica, ao mesmo tempo em que forma uma consciência existencial, encobre a realidade a ela exterior (DUSSEL) e também oculta manifestações não controláveis racionalmente, como as provenientes do Outro do discurso (FREUD/LACAN). (MARRAFON, 2010, p. 117)

Daí, pois, que as problemáticas que podem ser extraídas de Legendre, Bakhtin, Freud, Lacan, e muitos outros, não deixam de ser problemáticas sob o prisma da hermenêutica filosófica; suas raízes são demasiado profundas.

5 CONTRADITÓRIO E PRISÃO CAUTELAR – UMA ALTERNATIVA NO COMBATE À RETÓRICA

Uma vez mais se faz necessário ressaltar os limites do presente trabalho, que não permitem o aprofundamento a respeito da questão do inconsciente do julgador; infelizmente não permitem detalhar, de forma satisfatória, as complexidades da hermenêutica filosófica e de outras teorias, como as brilhantes teses de STRECK.

¹⁴ “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.” (STRECK, 2013, não paginado)

¹⁵ Diga-se: STRECK mesmo afirma que de “nada adianta dizermos que ‘interpretar é aplicar’ se continuarmos a pensar que os sentidos podem se dar antes da aplicação” (2013, não paginado). Os atuais juízes deixarão de pensar assim? E os futuros juízes, assumirão seus cargos já alheios a tal forma de pensar?

Entretanto, a breve exposição supra expõe (ou ao menos busca expor) o problema da retórica mascarando arbitrariedades e transformando as medidas cautelares prisionais na regra da prática jurídica, quando deveriam ser, em verdade, a *ultima ratio*.

Embora a hermenêutica filosófica se apresente como a melhor teoria, hoje, no combate a discricionariedade excessiva, é preciso ir além, sendo o contraditório um instrumento que, se de fato efetivado, pode ao menos amenizar as problemáticas que a hermenêutica não parece capaz de solucionar.

5.1 A EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

A mais atual doutrina não ignora a importância do contraditório na seara das medidas cautelares do processo penal. A título de exemplo, LOPES JR. vem assinalando que esse princípio ainda é um “ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro”, mesmo possuindo grande importância e compatibilidade com “algumas situações de tutela cautelar” (2014, p. 810).

Para o mencionado autor, a Lei 12.403/2011 foi responsável por uma tímida introdução do contraditório no sistema cautelar do processo penal (LOPES JR., 2015, p. 811), ao prever a possibilidade do juiz em intimar a “parte contrária” ao receber um pedido de aplicação de medida cautelar, “ressalvados os casos de urgência, ou de perigo de ineficácia da medida” (BRASIL, 1941, art. 282, § 3º).

Porém, tal previsão é de raríssima aplicação, e sequer estabelece para quais fins essa intimação estaria voltada (LOPES JR., 2015, p. 811). Ademais, os já estudados requisitos retóricos podem facilmente impedir a aplicação de tal medida, eis que a “urgência” e o “perigo” previstos por tal dispositivo constituem novos elementos semanticamente vazios, sendo possível enquadrar inúmeras situações em tais ressalvas.

Portanto, é possível dizer que o contraditório é praticamente inexistente no que tange às medidas cautelares, o que amplia a possibilidade do uso da retórica por parte do julgador.

Tal fato decorre de um sintoma do processo penal como um todo:



[...] entender o processo como um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da Jurisdição, sendo o procedimento seu aspecto puramente formal, o rito a ser impresso. O processo, assim, acaba se burocratizando em formas, modelos e ritos, muitas vezes tido como acessório do Direito Penal, redundando em flagrantes equívocos. É preciso superar-se, de vez, a Teoria Geral do Processo. (ROSA, 2014, p. 148).

Essa visão é oposta à moderna compreensão de processo como o procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari (ROSA, 2014, p. 148). Se tal concepção for aceita, é possível dizer que o sistema de medidas cautelares prisionais se encontra alheio a própria concepção de processo enquanto não efetivar de fato, o contraditório no seio de sua aplicação.

Afinal, as imposições de prisões cautelares, como visto, raramente aplicam o art. 282, § 3º, do CPP. O juiz aplica ou não uma prisão cautelar ouvindo apenas e tão somente aquele que representa por sua aplicação ou, nos casos do artigo 310 do mesmo *códex*, manifestações do Ministério Público, que não raras vezes age alheio à função de *custos legis*.

A possibilidade do uso da retórica aparece, pois, potencializada, pois divorciada da própria definição de processo como procedimento em contraditório; divorciada do próprio conteúdo democrático da atividade jurisdicional.

Resta evidente, nessa apertada síntese, que o processo possui destacado *lugar e função* na democracia, a saber, é o espaço de diálogo em que o contraditório deve ser garantido. *É a partir do contraditório que se estabelece a legitimidade do provimento judicial*. Claro que o conteúdo da decisão estará vinculado a outros fatores, dado que inexistente decisão neutra. Há sempre a aderência – mesmo alienada – a um modelo de pensar. O que importa é (re) estabelecer um espaço democrático no processo penal brasileiro, separando a visão prevalecente, na qual o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual, no que Fazzalari pode ser um sendero, pelo menos do ponto de vista da produção de informação processual válida. (ROSA, 2014, p. 150)

Para além disso, o contraditório proporciona uma relação hermenêutica-argumentativa “através da ‘fusão’ entre a antecipação de sentido e as pretensões argumentativas sobre os fatos” (MARRAFON, 2010, p. 187). Assim:

[...] a atitude a ser tomada deve ser pautada na eliminação da inautenticidade, através de sucessivas voltas des-veladoras do círculo hermenêutico,



impulsionadas também pela produção argumentativa. Reduz-se, assim, a violência originária causada pelo direito, garantindo-lhe certa legitimidade de intervenção. (MARRAFON, 2010, p. 192)

Essa incursão argumentativa na hermenêutica, proporcionada pelo contraditório, aparece, pois, como um adendo útil ao círculo hermenêutico.

E mais: nesse sentido, recorrendo ao agir comunicativo de Jürgen Habermas, tem-se que:

No lugar do sujeito solitário, que se volta para objetos e que, na reflexão, se toma a si mesmo por objeto, entra não somente a idéia [sic] de um conhecimento lingüisticamente [sic] mediatizado e relacionado com o agir, mas também o nexo da prática e da comunicação quotidianas, no qual estão inseridas as operações cognitivas que têm desde a origem um caráter intersubjetivo e ao mesmo tempo cooperativo. (HABERMAS, 2003, p. 25)

No que tange as medidas cautelares prisionais, assim, poder-se-ia combater, com um efetivo contraditório, a mera retórica que disfarça pré-juízos arbitrários, reforçando-se o viés democrático de um processo penal, de fato, legítimo e democrático.

5.2 UM EPÍLOGO NECESSÁRIO: A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Diante da aventada importância do contraditório, bem como das mais atuais discussões na seara das medidas cautelares prisionais no processo penal, seria impossível deixar de falar da audiência de custódia.

Tal instituto - que, como é sabido, decorre dos mais diversos tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (PAIVA, 2015, p. 31-32) - é assim definida pela doutrina:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma

relevantíssima hipótese de *acesso à jurisdição penal*, tratando-se de uma “*das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado*”. (PAIVA, 2015, p. 31, grifo do autor)

Verifica-se, pois, que a atividade jurisdicional referente à prisão cautelar, com a audiência de custódia, dar-se-ia *a partir do contraditório*, não só ouvindo a pessoa alvo da medida cautelar, mas também propiciando a oposição entre órgão acusatório e defesa técnica, o que, como visto, é praticamente inexistente no regime atual, por força de

um sistema puramente *cartorial*, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide *a partir do papel*, sem garantir ao preso o direito de – pessoalmente – se fazer ouvir, revelando um padrão de comportamento judicial que, com o passar dos tempos, se tornou praticamente *gerencial*, uma atividade quase burocrática, em que predomina a conversão do flagrante em preventiva com base em elementos excessivamente abstratos, fomentando uma atividade decisória “em série” e *customizada*. (PAIVA, 2015, p. 56).

Conforme defende o autor citado acima, a audiência de custódia não se restringe a prisões em flagrantes, devendo ser observada em prisões temporárias, detenção de menores infratores, na justiça militar e até em fase de execução de pena (PAIVA, 2015, p. 84-88), devendo, portanto, influenciar o sistema de medidas cautelares como um todo.

O mesmo autor, porém, igualmente ressalta que “de nada adiantará a implementação da audiência de custódia se a mentalidade do Poder Judiciário permanecer a mesma, a *de sempre*” (PAIVA, 2015, p. 42).

Desta feita, atentando às suas finalidades¹⁶, a audiência de custódia – projetada a partir de “um paradigma internacionalmente aceito de processo penal justo” (PAIVA, 2015, p. 30) – desponta “não como uma solução para todos os problemas do encarceramento, e sim como a tentativa mais *ambiciosa* de freá-lo” (PAIVA, 2015, p. 22), podendo, com isso, “*revolucionar* a prática judicial brasileira no tocante ao fenômeno do aprisionamento” (PAIVA, 2015, p. 92).

¹⁶ As quais se resumem em I – ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos humanos, II – a prevenção da tortura e III – evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias” (PAIVA, 2015, p. 42).

Assim, a audiência de custódia se mostra como um instrumento prático importante para efetivar o contraditório no âmbito das medidas cautelares prisionais, aliada e complementar à hermenêutica filosófica trabalhada alhures, até porque, como já afirmou CARNELUTTI:

Mais que ler muitos livros eu queria que os juízes conhecessem muitos homens; se fosse possível, sobretudo santos e canalhas, aqueles que estão sobre o mais alto ou o mais baixo degrau da escada. Parecem imensamente distantes; mas sobre o terreno do espírito acontecem coisas estranhas. (2013, p. 26).

Com isso, ressaltam-se, uma vez mais, as palavras de HABERMAS, para o qual:

Na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar. Os processos de entendimento mútuo do mundo da vida carecem por isso de uma tradição cultural *em toda sua latitude* e não apenas das bênçãos da ciência e da técnica. (, p. 33)

Para além da audiência de custódia, portanto, é necessário que “o juiz atue de maneira humilde, ciente dos perigos que seus pré-juízos podem acarretar ou ainda das peças que seu inconsciente pode pregar na hora de decidir um caso”¹⁷ (MARRAFON, 2010, 171).

A filosofia, como teoria, e a audiência de custódia, na prática (se é que tal distinção é possível), mostram-se caminhos necessários, mas não soluções últimas para esta pobre coisa que é o processo penal (CARNELUTTI, 2013, p. 64). Há um caminho longo e árduo a se percorrer, mas é imprescindível que não se fique parado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁷ Para MARRAFON (2010, p. 171), essa atitude “humilde” é uma imposição ao julgador decorrente da radicalização hermenêutica, e da sua racionalidade fraca e crítica, “aliada ao imperativo ético-material”. E mais: o julgador “não pode se comportar como o dono da verdade solipsisticamente adquirida. Muito pelo contrário, ao invés de um déspota, a democracia exige um juiz bem resolvido, e que se assuma ideologicamente, conforme bem anota MIRANDA COUTINHO” (MARRAFON, 2010, p. 170).



Vários dos temas ora aventados possuem grande complexidade e profundidade, desde a retórica em si até a prática do ato de audiência de custódia, ainda muito recente em nossa realidade jurisdicional. Por esse motivo, não se intentou em momento algum tratar de tais pontos com o objetivo de se esgotar o tema.

Porém, faz-se necessário parafrasear PAIVA que, ao elaborar sua mais recente obra, deixou claro o que se segue: “Enquanto eu escrevo essas linhas e você as lê, mais de meio milhão de pessoas estão encarceradas nos presídios brasileiros” (2015, p. 23).

Necessário se faz repensar todo o sistema de medidas cautelares que integram o processo penal. De fato, a Lei 12.403/2011 provocou significativas e imprescindíveis alterações, mas há muito a ser feito.

Os requisitos retóricos há muito estudados por BRUM são uma das muitas provas de que a atuação jurisdicional sofre, invariavelmente, influências externas, o que não difere das mais diversas constatações que podem ser feitas a partir da sociologia e da psicologia.

Aparece, assim, a linguagem. Não apenas na forma como se exterioriza muitas das problemáticas da atuação jurisdicional, mas também como um caminho legítimo para amenização desses problemas.

A categórica afirmação de WITTGENSTEIN - “A filosofia é uma luta contra o enfeitamento do nosso entendimento pelos meios da nossa linguagem” (1989, p. 54) – é de fundamental importância, pois permite o incurso da linguagem nas problemáticas filosóficas. É preciso, entretanto, ir além:

En efecto, <<mientras exista un verbo *ser* que parezca funcionar como *comer* y *beber*, mientras existan adjetivos como *idéntico*, *verdadero*, *falso*, *posible* mientras hablemos de un flujo temporal y de una expansión del espacio, etc, etc, tropezarán los hombres siempre de nuevo con las mismas dificultades y mirarán absortos algo que ninguna aclaración parece disipar>>. En consecuencia, la misión de la filosofía consiste, para Wittgenstein, en <<luchar contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje>>; pero, la terapia no puede terminar aquí, pues también hay un embrujo del lenguaje por medio del entendimiento (de la razón), ya que al creer que se tocan los límites del entendimiento humano se cree que se puede ver más allá. (VIVES ANTÓN, 2013, p. 315)

Não pode o direito ficar alheio a essas constatações. Identificar, com o auxílio da filosofia, a importância da linguagem na prática jurídica (em especial no ato decisório) é, de fato, imprescindível, agindo aí a hermenêutica filosófica.

Ir além, porém, exige conciliar essa nova forma de pensar ao dia a dia caótico dos fóruns, delegacias, plantões judiciais e estabelecimentos prisionais.

Como há muito defendia CARNELUTTI (2013, p. 63), é preciso reconhecer os limites do juiz processo penal, pois eles decorrem da própria limitação humana; esse seria, para o mencionado doutrinador, um problema fundamental da civilização, e alimentar ilusões em torno desse problema é por demais perigoso. Tal alerta não poderia ser mais atual.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 16. ed. São Paulo: Hucitec, 2014.

BEZERRA, Halisson Rêgo. **A pré-compreensão do juiz e sua influência no julgamento: Estudo sob o enfoque da hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 1 set. 2015.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma Teoria do Delito a Partir da Filosofia da Linguagem. In: **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



JÚNIOR, Manuel Alexandre. Introdução. In: ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

_____. Prefácio. In: ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Pereira de Menezes, M. D. Magno e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LOPES, JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NO BRASIL, 40% dos presos são provisórios. **Carta Capital**, São Paulo, 5 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em 20 ago. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – A hermenêutica jurídica? **Conjur**, 29 de ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>>. Acesso em 30 ago. 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SOLTOSKI, Andréia. A prisão preventiva como ultima ratio das medidas processuais. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba – PR, v. 2, n. 3, p. 195-210, jan./jun., 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Ferrajoli y después - una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho. In: **Teoría y Derecho - Revista de Pensamiento Jurídico**, Valencia, n. 13, p. 281-330, jan./jun., 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Kobo Version. Não paginado.



VIANA, Daniel Roepke; ANDRADE, Valdeciliana S. R. Direito e Linguagem: os entraves linguísticos e sua repercussão no texto jurídico processual. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória – ES, n. 5, p. 37-60, jan./jun. 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALTRICK, Rafael. PR tem 30 mil mandados de prisão em aberto. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 1 mar. 2013. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/pr-tem-30-mil-mandados-de-prisao-em-aberto-7ns6rtv77rwp7jwaaifakrxit> >. Acesso em 31 ago. 2015.

