CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PARA UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ADEQUADA ÀS PRISÕES CAUTELARES: DIREITO, LINGUAGEM E DECISÃO

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

MATHEUS ARCANGELO FEDATO

JACAREZINHO
2019

CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PARA UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ADEQUADA ÀS PRISÕES CAUTELARES: DIREITO, LINGUAGEM E DECISÃO

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

MATHEUS ARCANGELO FEDATO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Áreas de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/ *Campus* de Jacarezinho.

Orientador: Prof. Dr. Valter Foleto Santin

JACAREZINHO
2019

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Fedato, Matheus Arcangelo
F317p Para uma Teoria da Argumentação Jurídica adequada às Prisões Cautelares: Direito, Linguagem e Decisão / Matheus Arcangelo Fedato; orientador Valter Foleto Santin - Jacarezinho, 2019.
220 p.

Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

1. Argumentação Jurídica. 2. Prisão Cautelar. 3. Proporcionalidade. 4. Hermenêutica. 5. Filosofia do Direito. I. Foleto Santin, Valter, orient. II. Título.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

MATHEUS ARCANGELO FEDATO

PARA UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ADEQUADA ÀS PRISÕES CAUTELARES: DIREITO, LINGUAGEM E DECISÃO

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Banca examinadora:

_____

Prof. Dr. Valter Foleto Santin

_____

Prof. Dr. José Antônio Remédio

_____

Prof. Dr. Christiano Jorge Santos

JACAREZINHO

2019

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, e a todos aqueles que acreditam que o conhecimento pode mudar o mundo.

Agradeço, primeiramente, a todos os meus familiares, nas pessoas de minha mãe e professora Eliana e de meu pai Marcos, que sempre trabalharam duro para que eu pudesse chegar até aqui. À minha tia Erika e a meus avós Armando, Sebastiana e Teresinha, que já se foram, e ao meu avô Avelino, pelo apoio concedido desde sempre.

Aos meus amigos dessa vida, em especial a: Guilherme, Gustavo, Jean, Mateus, Douglas, Ricieri, João Francisco, Alfeu, Giovanni, Rodrigo, Letícia e Tayana, com os quais sempre pude contar para o que precisei e que tornaram minha vida mais alegre.

À Maria Natalina, secretária do programa, por toda ajuda e atenção.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialmente a seu Coordenador, Professor Doutor Fernando de Brito Alves.

À Turma XIV e à linha de Função Política do Direito, por todos os momentos vividos e pelas histórias e alegrias compartilhadas. Agradecimento especial aos amigos José Mauro Garboza Junior e Luiz Felipe Aguilar, que foram imprescindíveis para a realização deste trabalho, me dando toda a ajuda e parceria necessárias.

À CAPES, pelo fundamental apoio na realização desta pesquisa, por meio da concessão de bolsas de estudo.

Aos professores Marcos César Botelho, José Antonio Remédio e Christiano Jorge Santos, pelas correções, sugestões e indicações bibliográficas realizadas na banca de qualificação. Ao professor Marcos César Botelho ainda agradeço pela oportunidade e confiança a mim concedidas para a realização do estágio docência nas matérias de Direito Internacional e Filosofia do Direito.

Ao meu orientador Valter Foleto Santin, pela disposição e confiança depositadas em mim durante a elaboração do presente trabalho.

A todos os meus professores, do presente e do passado, por todo o conhecimento que me foi dado e pela dedicação dispendida.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta pesquisa.

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

Bertolt Brecht

FEDATO, Matheus Arcangelo. *Para uma Teoria da Argumentação Jurídica adequada às Prisões Cautelares: Direito, Linguagem e Decisão*. Jacarezinho, 2019. 220 páginas. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná/*Campus* de Jacarezinho.

RESUMO

A presente pesquisa parte do seguinte problema: Uma teoria da argumentação jurídica é instrumento necessário para a aplicação do Direito nas prisões cautelares? A fim de solucionar esse problema, levanta-se a hipótese de que uma teoria da argumentação jurídica é instrumento necessário para a decisão que trata sobre prisões cautelares porque combate a discricionariedade e a arbitrariedade na sua aplicação. Assim, o objetivo do trabalho é demonstrar a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica adequada à aplicação do Direito nas prisões cautelares. A justificativa para a presente pesquisa pode ser observada em três campos, quais sejam: no campo social (elevado número de presos cautelares no sistema prisional), no campo jurídico-teórico (insuficiência das teorias existentes para tratar especificamente do problema) e no campo jurídico-prático (imprecisão das decisões jurídicas). Com o propósito de, primeiramente, responder à questão "Como aplicar o Direito nas decisões judiciais?", para depois elucidar sobre "Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?", o trabalho estrutura-se em três tópicos, nos quais analisam-se temas como prisões cautelares, interpretação, linguagem, argumentação jurídica e proporcionalidade. Os resultados mostram que os problemas estruturais do sistema carcerário brasileiro são existentes e que a maioria das teorias do Direito e da argumentação jurídica não se mostram adequadas às prisões cautelares. Além disso, com base nas decisões analisadas, notaram-se incongruências entre as teorias e sua aplicação prática, bem como a utilização de expressões e fundamentos genéricos e abstratos, não satisfazendo o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Conclui-se por considerar o Direito como um conceito interpretativo e como uma prática argumentativa. Entende-se necessária a utilização da hermenêutica filosófica, dos três níveis da linguagem (sintática, semântica e pragmática) e da proporcionalidade na decisão que trata sobre prisões cautelares, com a finalidade da preservação de direitos fundamentais. Ao final, propõe-se um modelo de axiomas para ser utilizado quando da argumentação sobre o tema. Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método dedutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico, documental e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, jurisprudências, sites e leituras complementares.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Prisão Cautelar; Proporcionalidade; Hermenêutica; Filosofia do Direito.

FEDATO, Matheus Arcangelo. *For a Legal Reasoning theory appropriate to Pretrial Detentions: Law, Language and Decision*. Jacarezinho, 2019. 220 pages. Master's Dissertation presented to the Post graduation Program in Juridical Science (Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion/Researching Line: Political Role of Law), from the Center of Applied Social Sciences of Universidade Estadual do Norte do Paraná/Jacarezinho Campus.

ABSTRACT

The present research has following problem: Is a theory of legal reasoning a necessary mean for the application of law in pretrial detentions? In order to solve this problem, the hypothesis set is that a theory of legal reasoning is a necessary instrument for the decision that concerns about pretrial detention because it fights discretion and arbitrariness in its application. Thus, the objective of this work is to demonstrate the need for a theory of legal reasoning appropriate to the adjudication of law in pretrial detentions. The justification for the current study can be observed in three fields, namely: in the social field (high number of provisonary prisoners in the prison system), in the theoretical- juridical field (insufficiency of existing theories to deal with the problem) practical-juridical field (imprecision of legal decisions). With the purpose of first responding to the question "How to apply the Law in judicial decisions?", for then elucidate on "How to argumentatively construct a decision that deals with pretrial detentions?", the work is structured in three topics where themes like pretrial detentions, interpretation, language, legal reasoning and proportionality are analysed. The results shows that the structural problems of the Brazilian prison system are existent and that most theories of Law and Legal Reasoning are not adequate to pretrial detentions. Moreover, on the basis of the decisions analyzed, inconsistencies between theories and their practical application were noted, as well as the use of generic and abstract expressions and reasons, not satisfying the constitutional duty to justify judicial decisions. It concludes for an understanding of Law as an interpretive concept and as a argumentative practice. It states for the necessary use of philosophical hermeneutics, of the three levels of language (syntactics, semantics and pragmatics) and proportionality in the decision related to pretrial detentions, with the purpose of preserving fundamental rights. At the end, it is proposed a model of axioms to be used when debating the theme. To reach the study objective, the deductive method was used, in addition to electronic, documentary and bibliographical research resources. The researches were made through general and specific doctrines on the subject, as well as scientific articles, case law, websites and complementary readings.

Keywords: Legal Reasoning; Pretrial Detention; Proportionality; Hermeneutics; Philosophy of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

1 ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS ACERCA DAS PRISÕES CAUTELARES **14**

1.1 PRINCIPIOLOGIA 15

1.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS 31

1.3 COMENTÁRIOS À LEI 12.403/2011 42

1.4 DADOS SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO 51

1.5 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 54

2 DIREITO, LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO **66**

2.1 TEORIAS DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO 66

2.2 DIREITO E LINGUAGEM 83

2.3 INTRODUÇÃO À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 95

2.4 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 105

2.5 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO 135

3 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE **147**

3.1 REGRAS E PRINCÍPIOS 158

3.2 DAS MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO 165

3.2.1 Adequação 167

3.2.2 Necessidade 170

3.2.3 A proporcionalidade em sentido estrito 173

3.3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE 181

3.4 COMO CONSTRUIR ARGUMENTATIVAMENTE UMA DECISÃO QUE TRATA SOBRE PRISÕES CAUTELARES? 186

CONSIDERAÇÕES FINAIS **198**

REFERÊNCIAS **204**

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA **219**

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do seguinte problema: Uma teoria da argumentação jurídica é instrumento necessário para a aplicação do Direito nas prisões cautelares? A fim de solucionar esse problema, parte-se da hipótese que uma teoria da argumentação jurídica é instrumento necessário para a decisão que trata sobre prisões cautelares porque combate a discricionariedade e a arbitrariedade na sua aplicação, além de cumprir o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Assim, o objetivo do trabalho será demonstrar a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para a aplicação do Direito nas prisões cautelares. Para confirmar a hipótese, trata de temas como filosofia, linguagem, argumentação e intepretação jurídica e tenta responder à pergunta "Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?"

A justificativa para o presente trabalho pode ser observada em três campos, quais sejam: no campo social, no campo jurídico-teórico e no campo jurídico prático. No campo social é possível constatar a enorme população carcerária brasileira. Nesse sentido, a pesquisa alinha-se à área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), tendo em vista que pretende apresentar maneiras para diminuir a exclusão social provocada pelo sistema penitenciário brasileiro. No campo jurídico-teórico é possível verificar que as teorias do Direito e da argumentação jurídica tem se mostrado insuficientes para lidar com o problema, sendo consideradas em sua maioria insatisfatórias. Assim, faz-se necessário buscar um modelo de argumentação jurídica que esteja alinhado à temática das prisões cautelares. No campo jurídico-prático, as decisões têm se mostrado bastante imprecisas, culminando por ferir direitos fundamentais.

Com a finalidade de responder à pergunta elaborada no início do trabalho, o primeiro capítulo trata sobre a temática das prisões cautelares (preventivas e temporárias). Nele são examinados os principais tópicos concernentes ao tema. Inicia-se tratando sobre os princípios incidentes nas prisões cautelares, tais como a presunção de inocência, a motivação das decisões judiciais, o contraditório e a ampla defesa, a provisionalidade, a provisoriedade, a excepcionalidade e a proporcionalidade. Discorre-se sobre os pressupostos das prisões cautelares, quais sejam o *fumus commisi delicti* e o *periculum in libertatis*, que expressam a necessidade de indícios de autoria e materialidade e o perigo gerado pela liberdade do acusado ou investigado. Trata-se dos requisitos inerentes à prisão preventiva (artigos 312 e 313 do

Código de Processo Penal) e à prisão temporária (Lei nº 7.960/89). São feitos comentários à Lei nº 12.403/11, conhecida como Lei de Medidas Alternativas, a qual possibilitou a superação do binômio prisão-liberdade, instaurando as medidas cautelares diversas da prisão e os conceitos de necessidade da medida para determinados fins e sua adequação às características do caso concreto.

Para demonstrar a necessidade de uma teoria argumentativa adequada às decisões que tratam sobre prisões cautelares, são colacionados dados referentes ao atual estado do sistema carcerário brasileiro, constantes do Relatório INFOPEN. Demonstra-se o elevado número de presos provisórios hoje no Brasil e o grande déficit de vagas nas prisões. Com essa mesma finalidade, analisam-se quarenta e três decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, das quais são comentadas aquelas de maior relevo para o estudo. Objetiva-se verificar como essas decisões foram fundamentadas e se a proporcionalidade fez parte de sua motivação. O marco temporal da busca encontra-se entre a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 e a realização da presente pesquisa (05/07/2011 a 02/10/2018).

Com a finalidade de atingir o objetivo proposto é preciso esclarecer uma questão, qual seja: "*Como aplicar o Direito nas decisões judiciais?*". Nessa linha, analisam-se as principais teorias do Direito, como o Direito Natural, o positivismo jurídico e o pós-positivismo e trata sobre autores como Aristóteles, Kelsen, Hart, Alexy e Dworkin. Suas teorias são examinadas e comentadas, buscando-se verificar quais são os pontos positivos e negativos de cada uma.

No aspecto filosófico, o trabalho estuda os principais movimentos da história da filosofia, como a filosofia do Ser, a filosofia do conhecimento e a filosofia da linguagem. Como principais autores da primeira estão os filósofos gregos antigos, como Sócrates, Platão e Aristóteles. Na filosofia do conhecimento, têm relevo Renê Descartes e Immanuel Kant. Dentro da filosofia da linguagem, discorre-se sobre o giro linguístico e sobre o giro pragmático, em que se destacam nomes como Wittgenstein, Carnap, Schlick, Heidegger, juntamente com Hans-Georg Gadamer e a hermenêutica filosófica.

Estabelecidas as principais definições sobre a linguagem e seu papel na sociedade, passa a trabalhar com a temática das teorias da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões judiciais. Expõe-se sobre a importância do dever de fundamentar e sobre sua obrigação constitucional, que constitui requisito necessário à validade dos atos dos poderes públicos. A motivação das decisões judiciais tem caráter duplo, que opera intraprocessualmente e extraprocessualmente. O primeiro se liga à garantia das partes dentro do processo e a segunda

à característica pública da decisão, que concede a ela legitimidade democrática, podendo ser verificada por qualquer do povo.

Para esse ato de adjudicação do Direito nos casos concretos, a fundamentação ocorre por meio da argumentação jurídica. Essa cumpre função importante na legitimação das decisões. Nesse sentido, são estudadas as principais teorias da argumentação jurídica, dentre as quais a de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Günther e Atienza. O objetivo é verificar seus pontos positivos e negativos para estabelecer o que se considera como uma argumentação jurídica adequada. Ao final do segundo capítulo, realiza-se uma análise crítica acerca dessas teorias, comentando-se sobre suas características. Nesse momento, ganha relevo a teoria de Paulo de Barros Carvalho, conhecida como Constructivismo Lógico-Semântico.

Depois de examinados os aspectos da linguagem, interpretação e argumentação jurídica, passa-se ao estudo da proporcionalidade. Tal estudo é necessário para que se possa determinar aspectos materiais (substantivos) de como trabalhar com a argumentação jurídica. O autor de destaque sobre o tema é Robert Alexy, cuja teoria será de grande valia para a pesquisa, mesmo que não se compactue com todos os seus posicionamentos. Discorre sobre as origens históricas da proporcionalidade, seu âmbito de atuação e definição. Também se trata sobre as diferenças e similitudes entre regras e os princípios. Sobre o tema, tem relevância autores como Dworkin, Humberto Ávila e Willis Santigo Guerra Filho. Examinam-se as três máximas da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Procura-se sempre relacionar as máximas ao tema das prisões cautelares. Ao final do capítulo são tecidas considerações críticas sobre a teoria padrão da proporcionalidade, em que se observam algumas imprecisões na proposta elaborada por Alexy.

Ao final, procura-se resolver a questão que foi o objeto do trabalho. Nesse ponto, recapitula-se tudo o que foi abordado pela pesquisa, sendo pinçados os principais elementos que devem determinar a construção argumentativa de uma decisão que decrete ou mantenha prisões cautelares. É realizada uma análise geral de todos os pontos levantados no trabalho, para que se possa compreender a importância da argumentação e da linguagem no ato de aplicação do Direito, notadamente nas decisões judiciais. O trabalho termina com um conjunto de premissas do que considera como adequado, com base em todo o estudo feito, tentando responder à pergunta sobre “Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?”

Para a realização do estudo, utiliza-se o método dedutivo, além de meios de pesquisa eletrônico, documental e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e

específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, jurisprudências, sites e leituras complementares.

1 ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS ACERCA DAS PRISÕES CAUTELARES

Inicia-se o trabalho analisando-se a temática das prisões cautelares, tanto em seu aspecto teórico quanto em seu aspecto prático. Para tanto, primeiramente é estudada a teoria das prisões cautelares (princípios, fundamentos e requisitos). Em sequência, são tecidos comentários sobre a lei de medidas alternativas às prisões cautelares (Lei nº 12.403/2011) e são avaliados os dados do Relatório do InfoPen sobre o sistema carcerário. Observa-se também como as decisões judiciais nessa matéria têm sido fundamentadas, sendo feitos comentários sobre os julgados e sobre a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica.

As prisões cautelares, conhecidas também como prisões processuais, ocorrem antes de uma sentença penal transitar em julgado. São acessórias (acessoriedade) ao Processo Penal e seu provimento deve guiar-se pela satisfação da tutela jurisdicional. Por possuir essa característica, acaba contrariando a presunção de inocência, pois causa uma restrição à liberdade antes de eventual condenação. Isso leva a uma contraposição entre os objetivos das prisões cautelares (de modo geral, resguardar a segurança pública, e, de modo específico, assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal) e o direito à liberdade[1].

Nessa linha, como toda prisão cautelar viola a presunção de inocência e cerceia, de alguma forma, a liberdade do indivíduo, a decisão que a decreta ou mantém exige fundamentação. Para sua utilização são necessárias várias condições, que podem ser elencadas em pressupostos (*fumus commissi delicti/ periculum in libertatis*) e requisitos (Arts. 312 e 313 do CPP para prisão preventiva / Art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.960/89 para prisão temporária). Ainda, vários princípios cercam as prisões cautelares, devendo ser observados sempre que delas se estiver tratando.

Dividem-se as prisões cautelares em prisões preventivas e prisões temporárias. Entende-se ser a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar[2], motivo pelo qual não será objeto desse estudo. As prisões preventivas vêm regradas no Código de Processo Penal, notadamente

---

[1] Na lição de Odone Sanguiné: "O instituto da prisão provisória revela a irredutível antinomia de duas ordens de legitimidade, dialeticamente em oposição e que historicamente oscilam de um polo a outro na busca de um difícil compromisso que satisfaça, ao mesmo tempo, as exigências da justiça individual e os imperativos da proteção social: o direito à liberdade e a presunção de inocência, de caráter individual, e o direito da sociedade de manter a ordem e a segurança para uma convivência pacífica". SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 16.

[2] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 607.

no Título IX, Capítulo I, “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” (Arts. 282 a 300), Capítulo III “Da Prisão Preventiva” (Arts. 311 a 316), Capítulo IV “Da Prisão Domiciliar” (Arts. 317 e 318), Capítulo V “Das outras Medidas Cautelares” (Arts. 319 e 320) e Capítulo VI “Da Liberdade Provisória, com ou sem fiança” (Arts. 321 a 350). A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89 e é inerente às investigações realizadas no inquérito policial.

Esse capítulo divide-se entre os seguintes temas: principiologia; pressupostos; requisitos; comentários à Lei 12.403/2011; dados sobre o sistema carcerário e análise da fundamentação das decisões judiciais. Dessa maneira, discorre-se primeiramente sobre os princípios das prisões cautelares, para após adentrar-se em seus pressupostos e requisitos. São também tecidas anotações sobre a lei de medidas cautelares, que trouxe importantes modificações ao tema, especialmente a possibilidade de decretação de medidas alternativas à prisão. Além disso, são analisados dados sobre o sistema prisional, a fundamentação de decisões do Supremo Tribunal Federal, para que, derradeiramente, se possa apresentar um modo de argumentar juridicamente.

1.1 PRINCIPIOLOGIA

Como prender alguém que ainda não foi definitivamente condenado? Talvez esse seja o principal dilema que circunda as prisões cautelares. A Constituição de 1988, instituidora do Estado Democrático de Direito trouxe consigo, no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado sem sentença penal condenatória transitada em julgado. O que afirma a vigência da presunção de inocência no Brasil, incorrendo nisso a impossibilidade de se considerar alguém culpado, senão por meio de sentença transitada em julgado.

A disposição do artigo 5º, LVII, constitui “princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável”[3]. Nos dizeres de Fauzi Hassan Choukr, no processo penal constitucional “a prisão tem de ser encarada como uma exceção e a liberdade como uma regra e, por isso, as privações de liberdade anteriores à sentença condenatória [...], devem ter sempre

[3] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

e necessariamente, fundamentação e finalidades cautelares”[4]. Emana o artigo 283 do Código de Processo Penal, refletindo o artigo 5º, LXI, da Constituição, que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Essa prescrição, além da necessidade de motivação, culmina na reserva jurisdicional, porque diferentemente do flagrante, que pode ser conduzido por qualquer do povo e sem ordem escrita, sua conversão para prisão preventiva ou temporária requer ordem fundamentada de autoridade competente. “Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada, isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo)”[5]. Assim, a adoção de prisão cautelar passa pela reserva de jurisdicionalidade, sendo considera ilegal sua utilização sem esse requisito, também entendido como princípio.

No que se refere à principiologia das prisões cautelares, os princípios elencados são: a) presunção de inocência; b) motivação das decisões judiciais; c) contraditório; d) provisionalidade; e) provisoriedade; f) excepcionalidade; g) proporcionalidade.

a) Presunção de Inocência

A presunção de inocência é garantia constitucionalmente prevista e se reveste de extrema importância não só para o Processo Penal, mas para o Estado Democrático de Direito. Está prevista no artigo 5º, LVII do Constituição, o qual prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Face a consagração da presunção de inocência expressa pela Constituição, pode-se extrair, segundo Gustavo Badaró, algumas consequências, como: a) a presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que a prisão tenha natureza cautelar; b) torna-se incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado que se constitua como execução provisória ou antecipada de pena[6]. Depreende-se, pois, que não se poderá considerar alguém culpado por um crime enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

[4] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*: Comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 34.
[5] GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 14.
[6] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1000.

É importante mencionar sobre a controvérsia existente sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Depois de não a entender como possível no ano de 2009 pelo HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, voltou atrás em seu posicionamento, passando a entender como permitida a prisão após condenação em segunda instância. Entendimento esse que foi corroborado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 e que expressa o entendimento vigente sobre o tema.

Há controvérsias também no que diz respeito a competência jurisdicional para decretar a ordem de prisão, uma vez que a jurisdição da segunda instância já se esgotou, o Tribunal recorrido ainda não julgou o processo e o juiz da execução penal não tem poderes para determinar ordem de tal natureza, criando assim um vácuo onde não existem legitimados para decretação da prisão. Aqui é necessário observar pelo disposto na Constituição, a qual não permite que se considere alguém culpado até o trânsito em julgado. Assim, não se vislumbra como possível o encarceramento de condenados em segunda instância sem trânsito em julgado de sentença condenatória sob pena de violação do princípio de presunção de inocência.

Roberto Delmanto Junior remonta as origens do princípio de presunção de inocência à Roma Antiga, mais especificamente ao *Corpus Juris Civilis* (533 D.C) de Justiniano, sendo chamado à época de *favor libertatis* pelas decisões e pareceres dos juristas, como Décio, que disse: "É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente"; e Ulpiano, para quem: "É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar um inocente"[7]. Sobre o assunto, Antonio Magalhães Gomes Filho[8] aponta que, diferentemente do princípio *in dubio pro reo*, que possui origem no direito romano, o princípio da presunção de inocência tem suas raízes calcadas no sistema *common law*, inserido como postulado fundamental das revoluções liberais do século XVIII, como a Revolução Francesa, estando presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No período inquisitório a presunção de inocência foi completamente deixada de lado, podendo a prisão preventiva ser decretada pelo juiz sob qualquer pretexto, o que culminava em uma antecipação de pena. Era tida na Idade Média como condição indispensável para tortura e confissão[9]. No século XVII as práticas criminosas consideravam-se como ofensa ao próprio soberano, motivo pelo qual ele e a igreja detinham o direito de punir. Não se exigia a completa

---

[7] DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.
[8] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.
[9] Ibidem. p. 58.

formação da culpa para o Processo Penal e execução da pena, sendo suficientes apenas sua admissão e a existência de indícios de autoria[10]. Esse cenário só mudou após o surgimento do movimento iluminista. Autor clássico desse novo período foi Cesare Beccaria, que buscava, com seus escritos, expressar ideais de liberdade, dentre os quais está a presunção de inocência. Assim,

> A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá poder ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu inocente?[11]

A relação entre as prisões cautelares e a presunção de inocência é ampla. Segundo Eugênio Pacelli[12], "o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo". Entende-se haver não apenas a presunção de inocência (circunstância passageira[13], relativa ao caso), mas sim um estado de inocência, que é duradouro e absoluto.

Cuida, portanto, a presunção de inocência de "asseverar que o acusado em um processo penal não poderá receber tratamento equivalente a alguém já considerado culpado, por sentença definitiva"[14]. Para que esteja consolidada a culpa, é imperioso que exista prova cabalmente demonstrada em face do acusado, cabendo ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa, e com isso retirar a presunção de inocência.

> A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a

---

[10] FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.* Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013. p. 34.
[11] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.
[12] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.
[13] FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.* Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013. p. 31.
[14] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

> constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença[15].

A acusação deve estar calcada em uma prova para poder afastar a inocência do acusado em uma persecução penal. Tal característica reforça o caráter garantista que deve ser seguido pelo Processo Penal. Nessa linha, Patricia Stucchi Bento entende que "o princípio do ônus da prova no processo penal tem forte influência garantista na medida em que reconhece o acusado como inocente até que transite em julgado a acusação imputada contra ele"[16]. É garantida, dessa maneira, a inviolabilidade daquele que é acusado penalmente, o qual será considerado inocente e terá liberdade assegurada até prova em contrário e condenação transitada em julgado.

Pelo exposto, é estendido ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa daquele a quem acusa. A presunção de inocência "impõe [...] ao órgão acusador o ônus de comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, restando qualquer dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se aquela em favor da defesa (*in dubio pro reo*)"[17]. Assegura, então, ao indivíduo, enquanto não houver prova apresentada pela acusação capaz de demonstrar sua culpa, todas as liberdades possíveis. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho entendem que:

> [...] é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocar limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas[18].

O "estado de inocência" para Nereu Giacomolli é "um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos

---

[15] LOPES JUNIOR, Aury. *O fundamento da existência do processo penal*: instrumentalidade garantista. 1998. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

[16] BENTO, Patricia Stucchi. *O garantismo como vetor humanista ao Processo Penal*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da PUC/SP. São Paulo: 2013. p. 30.

[17] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

[18] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo* Penal. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

essenciais da pessoa humana”[19]. Destaca-se a imprescindibilidade do respeito a inocência do acusado enquanto não caracterizada sua culpabilidade. Isso se deve ao respeito que se deve conceder a dignidade humana, a qual deve ser estendida aos acusados em um Processo Penal e aos reclusos do sistema carcerário. “O pressuposto inegável da evolução do direito fundamental do estado de inocência deve ser entendido como o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana”[20]. A presunção de inocência vem justamente para privilegiar os ideais inscritos no chamado princípio da dignidade da pessoa humana. “Tendo em vista a dignidade do direito fundamental à liberdade [...], bem com a intensidade com que a persecução e a sanção penal estão aptas a atingi-la, o processo penal vem hoje encerrar notável arcabouço de garantias”[21]. A Convenção Universal dos Direitos Humanos[22], em seu artigo 11, versando sobre a presunção de inocência, determina que nenhuma pessoa deve ser considerada culpada até sua culpabilidade estar provada em um processo público com respeito a todas as garantias previstas para a defesa. A determinação é adotada por vários ordenamentos do mundo.

Em consonância com a Convenção Universal dos Direitos Humanos, a presunção de inocência também está inscrita na Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”[23]. Portanto, os documentos preveem que toda a pessoa tem o direito de que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece ainda várias garantias mínimas aos acusados em processo judicial (artigo 8), dentre as principais, podem-se citar o direito irrenunciável de ser assistido por defensor proporcionado pelo Estado, de não produzir provas contra si mesmo, de recorrer para um juiz ou tribunal superior (duplo grau de jurisdição) e a impossibilidade de confissão obtida por meio de coação e a necessidade da publicidade do processo.

No sentido de que deve haver uma presunção de não-culpabilidade, Ferrajoli leciona que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa ao invés da de

---

[19] GIOCOMOLLI, Nereu José. *O devido processo* penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

[20] FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.* Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013. p. 36.

[21] FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal*: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 55.

[22] ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.* Disponível em: < *www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf* > . Acesso em: 07 jun. 2017.

[23] OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > . Acesso em: 07 out. 2017.

inocência, presumida desde o início que forma o objeto do juízo”[24]. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior a presunção de inocência diz respeito a questões processuais a materiais.

> O direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modelo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com seu *status*, mesmo que presumido, de inocente[25].

Quer dizer isso que a presunção de inocência visa frear a atividade punitiva do estado, garantindo o direito fundamental de liberdade do indivíduo. Na lição de Antonio Magalhes Gomes Filho, “à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação de punição, ou que constituam corolário automático da imputação”[26]. Dessa forma, a prisão cautelar não pode encerrar-se como uma antecipação de pena.

De toda forma, a utilização das prisões cautelares é prevista legalmente e poderá ocorrer “desde que com diversas garantias jurídicas e obediência estrita aos limites indicados pelos direitos fundamentais, é um instituto que pode ser harmonizado com os direitos fundamentais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal”[27]. Nesse sentido, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar (preventiva ou temporária) precisa levar em conta os princípios que regem a matéria e os direitos fundamentais envolvidos, para que, a partir daí, se possa construir uma decisão baseada na proporcionalidade de forma argumentativa.

b) Motivação das decisões judiciais

O princípio a ser trabalhado agora é o da motivação das decisões judiciais, pelo qual cabe mencionar o artigo 315 do CPP, que diz: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Aliado a tal dispositivo está o artigo 93, IX da

---

[24] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.
[25] DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.
[26] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.
[27] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 185.

Constituição Federal que determina a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade, bem como o artigo 5º, LXI.

Dessa forma, "em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada"[28]. Nada mais natural de que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais sejam, por exigência, fundamentadas. Se assim não fosse, aos julgadores seria dada uma carta em branco, liberando-se arbítrios e discricionariedades antidemocráticas.

Alguns dispositivos do CPP vinculam de certa forma a fundamentação das decisões judiciais. Assim, deve-se seguir os critérios estabelecidos pelos artigos 282 (necessidade e adequação), 283 (obrigatoriedade de fundamentação), 312 (requisitos abstratos) e 313 (requisitos especiais), para a decretação da prisão preventiva. Há ainda os artigos 317 e 413, que tratam da sobre a necessidade de motivação da prisão preventiva após decisão de pronúncia e de sentença condenatória, respectivamente.[29]

Destacando a importância da fundamentação e de sua distinção da motivação, Nereu Giacomolli leciona que: "Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento [...] a motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão [...] é o motivo que direciona a ação (decidir) num sentido ou no outro"[30]. Portanto, motivar seria expor as bases de fato e de direito que vão ensejar a fundamentação. Fundamentar é a explicação racional dos motivos. Não pode o julgador apenas colacionar os motivos que ensejam a prisão sem demonstrar fundamentadamente sua aplicação no caso concreto. Há a necessidade de fundamentação específica e não genérica.

Apenas mencionar fórmulas indefinidas como garantia da ordem pública ou gravidade abstrata do crime não cumpre o dever constitucional de fundamentação. Para Rogério Schietti, "é dever do magistrado explicitar seu convencimento quanto à necessidade de segregação cautelar"[31]. Justamente por isso, "só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da

---

[28] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

[29] "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.
Art. 413, § 3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código."

[30] GIACOMOLLI, Nereu. *O devido Processo Penal*: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 212.

[31] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90

decisão predominou sobre o poder”[32], quer dizer, a exigência de expor a decisão publicamente possibilita absorver se esta possui legitimidade e fundamento (saber) ou se só apenas uma escolha do julgador (poder). Portanto, deve-se entender como inadmissível a motivação *per relationen*, genérica ou abstrata, fundada em argumentos *extra legem*, fundada na gravidade abstrata ou na hediondez do crime[33].

Além de se constituir com garantia para as partes dentro do processo, o dever de motivação atinge também toda a sociedade, que pode fiscalizar a atuação jurisdicional. Na lição de Antonio Scarance Fernandes, “os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa”[34]. Demonstra-se, assim, o caráter duplo da motivação, qual seja o processual e o democrático.

A fundamentação das decisões judiciais é um dever previsto pela Constituição Federal como garantia fundamental e seu não cumprimento enseja ofensa ao Estado Democrático de Direito[35]. A motivação das decisões judiciais possui grande importância tanto para o “desenvolvimento da própria sociedade quanto ao respaldo do Estado na proteção dos direitos do cidadão. A motivação das decisões judiciais assume caráter de garantia da própria jurisdição”, servindo às partes, aos juízes e a comunidade[36]. Em vista disso, “a sujeição do juiz à Constituição é o principal fundamento da jurisdição. Nessa perspectiva, a motivação das decisões judiciais deve, necessariamente, estar projetada no sentido de salvaguardar os direitos fundamentais”[37]. Entendida a importância do dever de fundamentação, cumpre dizer que sua construção se dá pelo discurso argumentativo.

Para tanto, é preciso que a decisão parta de uma premissa válida e chegue a uma conclusão igualmente válida por meio de uma inferência adequadamente justificada. Além do

---

[32] LOPES JUNIOR, Aury. *O fundamento da existência do processo penal*: instrumentalidade garantista. 1998. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[33] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 452-462.

[34] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 134.

[35] JORGE JUNIOR, Nelson. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. V.1 (2008). ISSN 1984-1094. p. 4-5.

[36] BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *FRAGMENTOS DE CULTURA – Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas da PUC-GO*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 195-206, abr./jun. 2013. ISSN 1983-7828. p. 198.

[37] SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

raciocínio silogístico, deve-se levar em conta a correção material dos argumentos, bem como a edificação dialética da decisão. Aponta José Frederico Marques que "a motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste"[38]. Importante, então, o uso da lógica, da semântica e da dialética no percurso do discurso.

Pode-se compreender que a motivação das decisões penais se constitui como "condição de legitimidade para a imposição de qualquer medida punitiva no Estado Democrático de Direito"[39], devendo uma decisão não fundamentada, ou não adequadamente fundamentada, padecer de nulidade, pois estará contrariando disposições constitucionais e infraconstitucionais.

c) Contraditório

O contraditório está insculpido no artigo 5º, LV da Constituição de 1988 e assegura, aos acusados, o contraditório e a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Tal instituto "é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo"[40]. Expressa a democratização do processo, no qual as partes podem atuar em igualdade de forças, propiciando a construção dialética da sentença.

Eugênio Pacelli ressalta a relevância do contraditório no Processo Penal, considerando-o como um requisito de validade. Para o autor, "o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta"[41]. Continua, dizendo que "o contraditório [...] junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal"[42]. Uma das bases de sustentação do Processo Penal é o contraditório, não havendo processo sem ele.

---

[38] MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. V. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 49.
[39] MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das decisões judiciais e a Prisão Preventiva*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2012. p. 25.
[40] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 370.
[41] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.
[42] Ibidem. p. 44.

O instituto significa o dever de a parte contrária ter acesso e ser informada de todos os atos processuais, bem como o poder de interferir no processo, de ser ouvida. O princípio supõe igualdade entre acusação e defesa. O conhecimento do processo pelas partes deve ser considerado como fundamental. A possibilidade conhecer os elementos e contradizer a parte contrária constitui elemento fundamental do Processo Penal. A importância do contraditório pode ser observada na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Está expresso no axioma "*Nulla probatio sine defesione"* [43], que implica a nulidade da prova se não houver participação efetiva da defesa.

Atrelada ao contraditório está a ampla defesa, a qual reflete a possibilidade de atuar ativamente no processo, não apenas tendo a oportunidade de conhecer dos atos e peças processuais, mas de nele influir utilizando-se de todos os meios legais disponíveis. Esse é o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho.

> [...] defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório[44].

O contraditório e a ampla defesa são pilares do Processo Penal e devem ser estudados em conjunto. A ampla defesa realiza-se quando permite demonstrar a inocência do acusado[45]. Muito se questionou a possibilidade de contraditório em sede de medida cautelar, devido ao caráter de urgência da medida. Entretanto, é inegável a importância do instituto para a garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Dispõe o artigo 282, §3º, que "ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária". Assim, em casos de evidente risco de fuga por exemplo, o contraditório sofrerá restrição. Todavia, o dispositivo processual penal prevê a possibilidade de intimação da parte contrária. "Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo

---

[43] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.74.
[44] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 75.
[45] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida”[46]. A aferição da urgência deve ser realizada caso a caso, observando-se todos os elementos constantes no momento da decretação. A motivação para que o instituto seja diferido deve ser forte e conter os fatores determinantes para a adoção da medida.

d) Provisionalidade

Quanto à provisionalidade da medida cautelar tem-se que esta só deverá subsistir enquanto se manter a situação fática que a ensejou, não devendo permanecer após o desaparecimento de seu substrato decretador. Nessa linha está o artigo 282, §5º do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. De tal modo, não mais existindo o substrato fático que lhe deu origem, a prisão deve ser revogada.

Este princípio veda a manutenção da prisão sem causa. Sua existência está atrelada a uma condição provisória, que é a existência de motivos legais que a ensejem, “indica a transitoriedade da medida cautelar adotada; assim, não subsistindo mais as razões que determinaram a imposição da medida prisional, a prisão processual deve ser revogada imediatamente”[47] . Se neutralizado o perigo para a instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há mais razões para a restrição cautelar da liberdade.

No sentido de ilegalidade da prisão por falta de fundamentos está Rogério Schietti, que diz: “A prisão inicialmente legítima torna-se ilegal a partir do momento em que desaparece algum requisito essencial à sua validade”[48]. Nesse ponto, é importante observar as medidas cautelares diversas da prisão, que podem ter a mesma eficácia da prisão provisória, mas com menor restrição de liberdade. Por exemplo, a entrega do passaporte impossibilita a fuga do acusado, sendo medida menos gravosa do que a prisão. Existindo hipótese de cautelar diversa, falta motivo para que a cautelar subsista. Assim, “uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o *status quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade”[49]. Além disso, inexistindo necessidade cautelar, seja de prisão, seja de medida alternativa, deve-se conceder a liberdade.

---

[46] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.
[47] BRANCO JUNIOR, Luiz Carlos. *A liberdade e os fundamentos da prisão cautelar*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Filosofia. São Paulo, 2010. p. 124.
[48] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 88.
[49] GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 32.

e) Provisoriedade

Ponto de extrema importância acerca das prisões preventivas é a provisoriedade das prisões cautelares. Distingue-se da provisionalidade porque se refere à questão do tempo, da duração da medida, que deve ser sempre temporária, não podendo assumir características de prisão antecipada[50]. A prisão preventiva diferencia-se da prisão temporária, pois permanece enquanto o juízo entender a necessidade de sua manutenção, não possuindo previsão legal de duração máxima.

> A Convenção Americana dos Direitos do Homem proíbe a prisão preventiva de duração indeterminada. A Comissão Interamericana declarou que o facto de não se fixar um prazo limite para a libertação de um detido que não tenha sido acusado ou para a comunicação do objecto da acusação, constitui uma violação dos direitos dos detidos. Por outro lado, se a duração da detenção de uma pessoa antes do julgamento ultrapassa a duração da pena que é susceptível de lhe ser aplicada na eventualidade de vir a ser considerada culpada e condenada, tal detenção constitui uma violação grave do direito a ser acusado e condenado com anterioridade à execução de uma pena[51].

A provisoriedade deve ser entendida como caracterizadora da prisão ou medida cautelar, pois não devem durar mais do que o imprescindível para a instrução processual. Caso tal princípio não seja respeitado, pode vir a tornar-se uma punição antecipada e violar os dispositivos constitucionais, nomeadamente a presunção de inocência.

Houve tentativa de limitação temporal da prisão preventiva pela inclusão do artigo 315-A no CPP por meio do Projeto de Lei 4.208/2001, o qual determinava o prazo máximo de 180 dias de prisão em cada grau de jurisdição, exceto se o acusado tivesse dado causa a demora. Referido dispositivo foi vetado e não integrou o rol de modificações trazidos pela Lei 12.403/2011. A jurisprudência tentou construir um critério temporal para as prisões preventivas, chegando a um prazo de 81 dias, contudo, a prática acabou não se consolidando[52]. Existe ainda o Projeto de Lei 8.045/2010, que constitui o projeto do novo Código de Processo Penal e estabelece prazos para a duração da prisão preventiva[53].

---

[50] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.
[51] ONU. *Direitos Humanos e Prisão Preventiva*: Manual de normas internacionais sobre prisão preventiva. Série de Formação Profissional n.º 03 [ACNUDH]. 1994. p. 28.
[52] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38.
[53] "Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos: I — 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3° e 4°.
II — 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do capuz deste artigo. § 1° Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado

No sentido de que a prisão provisória, justamente por essa definição, não pode ser perene, está Gustavo Badaró[54], para quem a provisoriedade deve ser considerada como o "antônimo de definitividade", ou seja, que não deve ser uma solução definitiva, apta a durar para sempre. Para o autor, "toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir. [...] a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal"[55]. O Convenção Americana[56] sobre direitos humanos, nos seus artigos 7º e 8º determina que toda pessoa tem o direito de ser julgada, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade.

> A limitação temporal máxima da prisão cautelar tem como fundamento sua natureza de medida cautelar instrumental e excepcional em virtude da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e do Estado de Direito e atual como um reforço efetivo para todas aquelas garantias concernentes à liberdade física da pessoa humana[57].

Portanto, é a observância de quanto à medida é importante para o processo, juntamente com o tempo de prisão provisória já passado que deve determinar sua conservação. "A palavra chave para o uso e a manutenção de qualquer prisão cautelar é a sua efetiva necessidade"[58]. Conforme Nereu Giacomolli[59], precisa-se levar em conta a complexidade da causa, as dificuldades da instrução (necessidade de realização de complexas diligências probatórias), a

---

o prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo. § 2° Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo, incluindo a hipótese do § 1°, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário. § 3° Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do capuz deste artigo, bem como nos §§ 1° e 2°, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos. § 4° Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do capuz deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente. 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais."

[54] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 990.

[55] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 392.

[56] OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > . Acesso em: 07 jun. 2018.

[57] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

[58] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.

[59] GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.

média de duração dos processos que envolvem o mesmo delito, a duração da pena privativa de liberdade para o crime imputado ao sujeito, bem como a previsão de provável pena em caso de condenação. Deve-se evitar que o acusado permaneça preso preventivamente, em regime fechado, por tempo aproximativo do cumprimento da pena total.

A indeterminação temporal da prisão preventiva prejudica muito àqueles afetados pela medida, porque ficam à mercê do juízo que a decretou, tendo que aguardar no cárcere por tempo indeterminado. Não parece razoável a inexistência de marcos temporais máximos para a prisão preventiva. A restrição da liberdade pode perpetrar por meses, resultando em uma pena antecipada. A ausência de sanção para o excesso de prazo também se mostra um problema. A maior duração da prisão provisória do que a pena máxima cominada ao crime investigado constitui-se como grave ofensa aos direitos fundamentais, constituindo constrangimento ilegal.

f) Excepcionalidade

A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes. É o que determina o artigo 282, §6º do CPP: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". Nesse sentido, diz o artigo 310, II que, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá convertê-la em preventiva, se presente os requisitos, ou se as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas.

Seguindo o disposto pelo artigo, o magistrado pode: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado; b) conceder a liberdade provisória, sem fiança; c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o delito tiver ocorrido nas condições do art. 23 do CP; d) conceder a liberdade provisória mediante fiança; d) aplicar uma medida cautelar diversa do da prisão, conforme o artigo 319 do CP; e) converter a prisão em flagrante em preventiva, nos termos dos artigos. 310, II, e 312 do CPP.

Para a decretação das medidas cautelares deve-se levar em conta o contido nos incisos artigo 282, I e II do CPP, que orientam a utilização da necessidade e da adequação na aplicação das medidas cautelares. Nas palavras de Eugênio Pacelli "toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade"[60]. O artigo 282 do CPP é melhor compreendido quando estudado junto com o princípio da

[60] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

proporcionalidade. Aury Lopes Junior critica o disposto no inciso I do artigo 282, que possibilita a utilização de medida cautelar para evitar a prática de infrações penais.

> No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado da hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após, prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*[61].

As prisões preventivas não devem ser banalizadas em referência à presunção de inocência. Sua finalidade não deve ser invertida. Os abusos na decretação das prisões cautelares acabam por prejudicar ainda mais o sistema carcerário brasileiro, que já sofre com o excesso de detentos. A excepcionalidade da prisão se dá pela valorização da liberdade.

g) Proporcionalidade

Tido como um dos principais princípios dentro das prisões cautelares e em vários ramos do Direito, o princípio da proporcionalidade é referencial quando existem interesses em conflito no caso concreto. É um dos princípios regentes das prisões cautelares, notadamente pela proibição do excesso. Conforme Gustavo Badaró, "há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar"[62]. Tal princípio busca controlar a atividade estatal para que esta não viole direitos fundamentais. Também deve ser observado sob o viés da proibição da proteção deficiente, pelo amparo a liberdade dos acusados no Processo Penal, que merecem assistência na afirmação de seus direitos.

No caso das prisões cautelares, o princípio procura balizar a divergência que ocorre entre a garantia da segurança pública ou eficácia na repressão dos delitos e a liberdade dos indivíduos. Tem previsão expressa no Código de Processo Penal Alemão (StPO § 112), que determina que a prisão não pode ser ordenada se resultar desproporcional em relação a sua causa ou a pena prevista a ser aplicada[63]. Visando a busca da adequação e da necessidade das medidas adotadas, o princípio da proporcionalidade deve levar em conta as características

---

[61] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

[62] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 393.

[63] ALEMANHA. Código de Processo Penal de 12 de Setembro de 1950. *Strafprozeßordnung*. Disponivel em: < https://www.juris.de/jportal/index.jsp >. Acesso em: 20 fev. 2018.

pessoais dos indivíduos e o crime cometido no caso concreto. Busca um modo de realizar os interesses pretendidos da maneira menos gravosa, ou seja, a medida que menos prejudique o acusado, mas que cumpra a finalidade cautelar deve ser a utilizada.

1.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

A decretação das prisões cautelares exige a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, os quais são seus *pressupostos materiais*, na linha de Odone Sanguiné[64]. Comumente, esses são entendidos como *requisitos* da prisão cautelar, entretanto, para Aury Lopes Junior[65], o *periculum libertatis* constitui seu fundamento, não requisito. O autor também pontua que tal fundamento não pode ser confundido com o *periculum in mora*, pois esse se refere ao Processo Civil[66], não guardando relação com o Processo Penal, no qual "o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado"[67]. Trabalham, por conseguinte, em territórios diferentes, ligando-se o Processo Civil ao critério temporal pelo perigo que a demora da prestação jurisdicional pode causar, e o Processo Penal pela ameaça que a liberdade do acusado ou investigado pode causar para a prestação jurisdicional.

Tais pressupostos são aferidos em um caráter não exauriente de cognição. Devem ser suficientes para indicar a existência de um delito praticado e o perigo na liberdade do acusado ou investigado para o processo. Assim, a liberdade do indiciado tem que, de alguma maneira, influenciar o processo, não sendo possível esse ter seu desenvolvimento normal sem a prisão ou outra medida cautelar. É necessária a probabilidade da existência de um delito juntamente com a necessidade da aplicação de cautelar pelo perigo gerado pela liberdade. "Exige-se a demonstração da necessidade cautelar da medida, isto é, das razões pelas quais a medida mostra-se imprescindível para garantir a realização do processo ou mesmo assegurar a aplicação

---

[64] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 97.
[65] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.
[66] "O Direito Processual Penal apresenta, em relação ao Direito Processual Civil, algumas peculiaridades, o que se justifica, sobretudo, em face do conflito de interesses de alta relevância existentes naquele ramo do Direito Processual, estando, de um lado, o *ius puniendi* e, de outro, o *ius libertatis*. DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.
[67] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

de eventual pena imposta”[68]. Os critérios de avaliação imprescindíveis à decretação das prisões cautelares são, então, a probabilidade do cometimento do crime, havendo indícios razoáveis de autoria e materialidade e o perigo de manter em liberdade o acusado ou investigado.

Com relação ao *fumus commissi delicti*, a cognição é sumária, falando-se apenas em hipótese do cometimento de um fato típico, ilícito e culpável ou de uma razoável previsão de cometimento. “Será ilegal a prisão de alguém quando o evento desponta atípico”[69]. Mesmo não se exigindo um juízo suficientemente apto à condenação, deve haver, no mínimo, uma probabilidade real de atuação delituosa, sem a qual não se torna possível a medida restritiva. Como prova de existência do crime, exige-se, nos crimes que deixam vestígios, a realização do exame de corpo de delito, a fim de esclarecer a materialidade, conforme determinação do artigo 158 do Código de Processo Penal.

Nos termos da parte final do artigo 312 do CPP, são necessários para a prisão preventiva os requisitos da prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria. De acordo com o artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89, caberá prisão temporária quando houverem fundadas razões de autoria e participação do investigado. A expressão indício suficiente de autoria não foi definida claramente pelo legislador, culminando em um requisito genérico que vai depender de como o julgador vai entender o caso e os elementos existentes. Tal expressão significa:

> [...] um elemento cognoscitivo de natureza lógica adquirido durante a investigação no sentido de *prova incompleta* ou *semiplena* de autoria, *prova leve com menor valor persuasivo*, ainda em evolução à espera de receber uma confirmação plena por meio do contraditório e suscetíveis de acrescentar-se e modificar-se com a aportação de posteriores informações [...] A expressão significa, assim, um *quantum* (ou *standard*) de prova que serve para legitimar a medida cautelar. Com base nele, o juiz deve formular um juízo prognóstico deliberatório funcional concernente não à certeza [..] mas à probabilidade da autoria ou participação criminal[70].

Corroborando essa linha de raciocínio está Gustavo Badaró[71], entendendo que a expressão indício foi utilizada no sentido de prova leve ou semiplena de autoria. É necessário

---

[68] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.
[69] DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 164.
[70] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 124.
[71] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1025.

observar o quesito da culpabilidade, tendo em vista que se o indivíduo não vai poder ser condenado, não há porque prendê-lo cautelarmente. Nesse sentido, apontam os artigos 310, parágrafo único, e 314 do CPP e 23 do CP[72]. Há que se ter um juízo de certeza sobre a ocorrência do fato (existência do crime) e um juízo de probabilidade sobre a autoria.

Quanto ao *periculum libertatis*, este se relaciona com as disposições iniciais do artigo 312 do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, também se refere aos incisos I e II do artigo 313. Não se estende ao inciso III (se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência), e a seu parágrafo único (dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la). Ainda, segundo o parágrafo único do 312, 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).

As circunstâncias que ensejam o *periculum in libertatis* são um tanto abstratas e possibilitam um grau de subjetividade ao juiz para decidir. Deve-se objetivar a demonstração concreta do perigo existente e de como a medida adotada é a menos grave possível. O magistrado deve ter a responsabilidade de se afastar de motivações de cunho discricionário, que externem uma opinião pessoal ou uma escolha casuística. Para Nereu Giacomolli[73], as situações integrantes desse pressuposto não são presumíveis e exigem um suporte fático suficiente e demonstrável empiricamente. Seus elementos normativos não subsistem por si sós e estão condicionados à demonstração de situações concretas que justifiquem o motivo legal da necessidade da prisão. Exige-se uma base probatória justificadora da prisão para que se afaste de presunções subjetivas, de conjecturas desvinculadas da objetividade fática e jurídica.

A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89 e é inerente às investigações realizadas no inquérito policial. Deve ser utilizada quando não for possível identificar o endereço ou a identidade do acusado ou quando houver indícios da prática dos crimes previstos

---

[72] "Art. 310, parágrafo único: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Art. 314: prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

[73] GIACOMOLLI, Nereu. *O devido Processo Penal*: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373.

no artigo 1º, inciso III da Lei. O foco da pesquisa será nas prisões preventivas, todavia, como seus pressupostos e características relacionam-se com a prisão temporária, está também será analisada, compondo o objeto do trabalho, qual seja, as prisões cautelares. Nessa modalidade de prisão, é a sua imprescindibilidade (conveniência[74]) para a investigação que vai determinar seu emprego. Para tanto, deve haver um mínimo de prova acerca da autoria ou participação do indiciado nos delitos que a lei faz referência[75], dentre eles: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro; crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Conhecida como prisão para averiguações, a prisão temporária, na visão de Roberto Delmanto é inconstitucional. O primeiro vício apontado pelo autor é a sua origem, pois é advinda da Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989, violando, assim, a garantia de reserva legal das leis. O segundo é a violação incidente ao direito de liberdade provisória, previsto pelo artigo 5º, LXVI da Constituição. Criou-se uma nova modalidade de prisão com menos requisitos do que a prisão preventiva. Diz o autor, que "não se pode vedar, *em absoluto*, a liberdade provisória", o que não impedira que uma lei ordinária alterasse a disciplina da custódia provisória. "O fundamental, entretanto, é que a *necessidade cautelar* da prisão seja inconteste"[76]. Além disso, os requisitos da lei violam determinações constitucionais, como a presunção de inocência e o direito ao silêncio. A um, porque o investigado não tem obrigação de auxiliar, sendo imprescindível, para as investigações do inquérito policial. A dois, porque o investigado não é obrigado a ter residência física ou a fornecer elementos necessários a sua identidade. Ainda, se houver fundadas razões de autoria e materialidade, a modalidade de prisão indicada é a prisão preventiva. Não se vislumbra a necessidade cautelar observando esses incisos. A doutrina diverge quanto se sua aplicação deve ocorrer de maneira cumulativa ou alternativa. A interpretação alternativa não poderia ser utilizada pelos motivos acima expostos. A única possibilidade enxergada é a de haver fundadas razões de autoria e participação nos crimes indicados no inciso III, acrescida da não-identificação ou falta de residência, como

---

[74] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 64.

[75] Os delitos de atentado violento ao pudor e rapto violento tipificados pela lei foram revogados respectivamente pelas Leis nº 12 015/2009) e nº 11 106/2005.

[76] DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151-152.

indício de que o investigado não possa mais ser encontrado, vindo a frustrar a aplicação da lei penal[77].

Quanto às prisões preventivas, o artigo 312 traz os requisitos materiais para sua decretação ou manutenção, sendo eles: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; (d) assegurar a aplicação da lei penal. O conceito de garantia ordem pública abarca uma série de argumentos que podem estar baseados em termos genéricos, tais como: gravidade abstrata do delito, clamor social, acautelamento do meio social, abalo social, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva.

> A prisão cautelar transformou-se em pena antecipada, com uma função de imediata retribuição/prevenção. A "urgência" também autoriza(?) a administração a tomar medidas excepcionais, restringindo direitos fundamentais, diante da ameaça à 'ordem pública', visto com um perigo sempre urgente.[78]

Entende-se que o requisito da garantia da ordem pública é inconstitucional pelas seguintes razões: falta de previsão legal constitucional (reserva legal) para o dispositivo; indeterminação do conceito de ordem pública e, por consequência, abalo à segurança jurídica[79].

A Constituição traz em seu artigo 136 a noção de "ordem pública", a qual liga-se a questões relacionadas à paz social ou acautelamento pessoal e a tarefas relacionadas à segurança pública e ao Poder de Polícia. Estabelece em seu artigo 144 que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio pelos órgãos policiais. A prisão preventiva voltada para a garantia da ordem pública ou econômica não se constitui como medida cautelar[80], pois liga-se a finalidades distintas daquelas para as quais deve servir a prisão preventiva[81].

---

[77] Ibidem. p. 160.

[78] LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo* Penal: Introdução Crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

[79] Nessa linha: "Deixamos de considerar as prisões para garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, por entendermos que tais medidas, por não ter natureza cautelar, mas de antecipação da tutela condenatória, são incompatíveis com o princípio da presunção de inocência". ". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 397.

[80] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

[81] "Quando se prende para 'garantir a ordem pública' não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está buscando é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal". BADARÓ, Gustavo Henrique

> As noções de "ordem pública" e de "segurança pública" se utilizam para fazer referência à atividade dos organismos policiais e daí sua difícil aplicabilidade às finalidades legítimas da prisão preventiva, salvo se esta for entendida incorretamente como medida de policial e não jurisdicional.[82]

Além da duvidosa constitucionalidade desse requisito, cumpre discorrer sobre a indeterminação gerada pelo caráter aberto que cerca a expressão "garantia da ordem pública"[83]. Por ser uma opção simples para basear a fundamentação, a expressão foi se tornando comum nas decisões judiciais, que, não especificando os argumentos em consonância com o caso concreto, legitimam as prisões preventivas na garantia da ordem pública.

> A indeterminação do conceito de ordem pública possibilita – na esteira do espírito autoritário do CPP vigente, editado sob a atmosfera fascista do Estado Novo com inspiração no Código Italiano de Mussolini – o arbítrio nos decretos de prisão preventiva, especialmente contra aqueles acusados desprovidos de recursos, materiais e culturais, submetendo-os à repressão penal autoritária e à discriminatória.[84]

A questão externa o paradoxo "Segurança Pública x Liberdade Individual" existente por trás das prisões cautelares. Suscita também o debate entre os princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro societatis*. É claro que o benefício da dúvida deve favorecer o réu, tendo em vista a presunção de inocência que o circunda. Sobre os motivos da vedação da revisão *pro societate* no Processo Penal, Eugênio Pacelli entende que essa "fundamenta-se na necessidade de se preservar o cidadão sob acusação de possíveis desacertos - escusáveis ou não -, encontráveis na atividade persecutória penal, atuando o princípio, também, como garantia de maior acuidade e

---

Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 390.

[82] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 296.

[83] "Além da duvidosa constitucionalidade desse requisito, cumpre discorrer sobre a indeterminação gerada pelo caráter aberto que cerca a expressão 'garantia da ordem pública'. A prisão cautelar, imposta antes de uma decisão final de mérito, sem avaliação profunda da prova, muitas vezes colhida sem o direito à ampla defesa e ao contraditório, baseada em critérios subjetivos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), é utilizada corriqueiramente, transformando a exceção em regra". SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓSMODERNO!. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 179-190, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/103>. Acesso em: 27 jun. 2018. p. 187.

[84] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 299.

zelo dos órgãos estatais no desempenho de suas funções”[85]. Havendo suspeita, mas sua não comprovação, a dúvida deve favorecer o acusado, não se decretando a prisão provisória.

A decisão fundamentada com base na gravidade em abstrato do delito não se mostra nem democrática, nem constitucional, pois agrava a situação do acusado ou investigado, restringindo sua liberdade pela pena abstratamente culminada para o delito. Se o delito cometido é grave, ele já tem para si uma pena grave cominada, que será imposta ao final do processo, não sendo razoável utilizá-la para justificar uma prisão preventiva.

A motivação baseada na *gravidade abstrata do delito* juntamente com a presunção de vultoso *abalo social* não se coaduna com ideais democráticos, porque violam os direitos de liberdade do cidadão, bem como sua presunção de inocência. Além disso, mesmo que a decisão, demonstre a gravidade em concreto do delito, isso não implica que a prisão provisória deve ser decretada, pois é a pena que se encarregará de determinar a punição pela gravidade da ação cometida.

O *clamor público* também é utilizado para justificar a medida restritiva, pois a gravidade do crime causaria extremo mal-estar no âmbito social, exigindo-se, assim, a prisão. O projeto do Novo Código de Processo Penal é expresso quanto à vedação da utilização do clamor público como fundamento da prisão preventiva[86]. Porém, ainda mantém a possibilidade de decretação para garantia da ordem pública e econômica. Apresenta novos motivos ensejadores da prisão, como a extrema gravidade do fato e a reiterada prática de crimes pelo mesmo autor. Avança quando diz que a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação de pena. No sentido da impossibilidade de utilização do clamor público para justificar a prisão provisória, Luigi Ferrajoli aponta que:

> Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria,

[85] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.
[86] A previsão está no artigo 556, §2º.

> aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.[87]

Retirando os argumentos relacionados ao acautelamento social e à credibilidade das instituições, o argumento que mais é utilizado no conceito de garantia da ordem pública seria é a prisão preventiva para evitar *reiteração criminosa*.

> Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em ***dupla presunção***: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime[88].

Nesse ponto, a prisão preventiva teria finalidade extraprocessual, que seria a de proteger a sociedade de eventuais práticas delitivas. Assim, quando o agente fosse considerado perigoso e possuísse uma ficha de antecedentes que demonstre a probabilidade de cometimento de novos crimes, estaria justificada a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Todavia, isso iria contra a presunção de inocência prevista constitucionalmente, gerando um conflito. Seria presumir a prática futura de crimes para justificar a prisão[89]. "O risco de repetição e o risco de desordem pública somente servem a interesses de prevenção geral do crime, não ao próprio processo. Consequentemente a prisão preventiva baseada nesses motivos é considerada como uma medida punitiva".[90] Essa interpretação alteraria os papéis previstos constitucionalmente para a Polícia, para o Direito Penal e para o Direito Processual Penal. A garantia material da segurança pública só é papel de um deles, a Polícia, segundo disposição do artigo 144 da Constituição[91]. Contra a utilização da prisão preventiva como modo de evitar a reiteração criminosa está Aury Lopes Junior. Para ele,

---

[87] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

[88] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 179. Grifo do autor.

[89] "Pela descrença na bondade do poder punitivo, é importante impedir que o conceito de reiteração criminosa presente na expressão "para evitar a prática de infrações penais" se torne um exercício de 'futurologia perigosista' ou que a referência às condições pessoais do acusado seja utilizada para reforçar um direito penal do autor quando não servir à seletividade". PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op.cit*. p. 10.

[90] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 299.

[91] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

> Em que pesem essas considerações, pensamos que a excepcionalidade e cruel necessidade deveria dar lugar não à prisão preventiva por risco de reiteração, mas a outras medidas restritivas aplicadas no âmbito da liberdade provisória, tais como o monitoramento eletrônico, prisão domiciliar, ou proibição de permanência, de ausência ou de contatos (como previsto no artigo 319 do CPP).[92]

A justificação do discurso da prisão cautelar com finalidade de prevenção, em que lhe é atribuída o caráter de medida de segurança aplicada não com base em uma presunção de culpabilidade, mas sim tendo em vista a periculosidade do agente, ainda que considerada meramente acessória às demais finalidades do instituto, trata-se, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho[93], "de mero jogo de palavras, que não consegue esconder a ofensa à regra constitucional". Revela um juízo de probabilidade ligado a apreciações subjetivas e emocionais, inconciliáveis com a certeza do direito e as garantias do cidadão.

Há uma abertura semântica muito grande que envolve a expressão "garantia da ordem pública", pela qual o intérprete, na hora de aplicá-la, pode se valer de um número elevado de derivações, das quais pode decorrer subjetividade ou discricionariedade. O Direito é linguagem e isso culmina que as disposições legais abarcam um significado amplo, sendo necessária essa compreensão do aplicador na hora de decidir.

Devido à considerável indeterminação inerente aos conceitos abstratos previstos pelo Código de Processo Penal, a aplicação do Direito por meio das decisões judiciais fica debilitada. Dentro desse campo de abertura conceitual pode operar o imaginário dos juízes, que pretensamente se valendo de uma disposição legal válida, podem acabar por legitimar conceitos morais de cunho abstrato que não condizem com as características do caso concreto.

Essa questão precisa receber a atenção de uma teoria da argumentação adequada à temática das prisões cautelares. "A expressão ordem pública precisa, necessária e indispensavelmente, ser delimitada em seus contornos mínimos, de modo a permitir uma aplicação minimamente segura da hipótese de prisão que ela consagra"[94]. Por isso, é fundamental uma teoria que possa libertar-se do paradoxo entre segurança e liberdade, acima referido, e de conceitos legais abstratos, que consiga isolar os argumentos estritamente morais

---

[92] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.
[93] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 68-69.
[94] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; DA COSTA; Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

e que possibilite às decisões ter como norte limites objetivos e identificáveis, baseados na preservação de direitos fundamentais.

No que tange ao requisito da garantia da ordem econômica, pode-se observar o viés patrimonialista da disposição, que se originou da Lei Antitruste (8.884/94), buscando conter os riscos que pudessem afetar o Sistema Financeiro Nacional. Na prática, os argumentos para justificá-las são correspondentes à ordem pública em si e não à econômica[95].

Quanto ao terceiro item, conveniência da instrução criminal, este consiste em um "termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade"[96]. Visa proteger os atores e o objeto do processo. Nesse sentido, engloba aqui a figura do acusado que solto ameaça testemunhas, põe em risco a pessoa da vítima, destrói provas, intimida peritos ou assistentes do juízo, etc. Está relacionado à tutela da prova, visando garantir que o acusado não pratique nenhum ato capaz de inviabilizar a investigação da conduta delituosa, como apagar provas, ameaçando testemunhas ou agentes ligados ao processo.

Com relação ao quarto requisito, aplicação da lei penal, este constitui-se como medida cautelar, posto que visa meios que impossibilitem a fuga do acusado, fazendo com que ele possa se eximir de receber a reprimenda penal. É preciso cuidado com a presunção de fuga, porque se contrapõe à presunção de inocência, devendo a decisão que determinar a prisão não estar baseada em opiniões, mas em um substrato concreto da possibilidade de fuga do acusado. "O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstancias concretas"[97]. Dessa maneira, quando a decretação da prisão preventiva remeter-se à garantia da aplicação da lei penal, deverá demonstrar concretamente o perigo de fuga do acusado, não sendo admitida a possibilidade abstrata de perigo.

O artigo 313 do CPP, em conjunto com o artigo 312, estabelece as hipóteses de decretação da prisão preventiva. Deve-se observar os dois artigos de forma interligada, porque complementares. O artigo 313 possui 4 incisos (o IV foi revogado pela Lei 12.403/2011). O primeiro versa sobre a pena mínima prevista em abstrato pelo tipo penal para que se possa decretar a preventiva e a necessidade de o crime ser doloso. Não há possibilidade da decretação

---

[95] A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 alterou dispositivos da referida Lei nº 8.884/94, optando por não revogar o artigo 86 que determinava a possibilidade de prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. Contra a não revogação desse dispositivo específico ver: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; DA COSTA; Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.
[96] LOPES JUNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.
[97] Ibidem. p. 95.

para crimes culposos ou contravenções penais. Assim, os crimes dolosos que não possuírem como sanção pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos não permitem tal modalidade de prisão. Podem-se observar algumas características da proporcionalidade nesses requisitos. A pequena lesividade da conduta não justificaria a grande lesividade acarretada pela prisão. Os meios utilizados (prisão) não justificariam os fins (segurança pública), pois muito gravosos. Não estaria presente a necessidade constante do artigo 282, I do CPP.

O inciso II diz que o acusado já condenado por crime doloso, em sentença já transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal (período depurador para fins de reincidência), poderá sofrer a reprimenda. O inciso III traz a possibilidade de prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ou seja, quando o acusado descumprir alguma medida protetiva anteriormente determinada, a prisão poderá ser decretada, tendo em vista a proteção das pessoas elencadas no inciso. Nesse ponto, a prisão preventiva não estaria ligada a assegurar o provimento jurisdicional penal, mas de proteger a integridade de pessoas específicas.

Por fim, o artigo 313 traz outra modalidade de prisão em seu parágrafo único, qual seja a da impossibilidade de identificação civil do acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecer sua situação. Para Aury Lopes Junior[98], a disposição acima deve ser lida em consonância com a Lei nº 12.037/2009, que regulamentou a identificação criminal. Ainda, primeiramente deve se proceder à identificação civil, para somente depois, em caso de necessidade, se passar à identificação criminal, e em último caso, à prisão preventiva. Este é um outro caso em que a prisão preventiva liga-se a outra finalidade que não à principal. Baseado na presunção de inocência, não faz sentido prender o acusado ou investigado para que esclareça sua situação, tendo em visto que esse não possui tal obrigação. Ainda, não se deve primeiro prender para depois buscar a identificação. Deve-se buscar a identificação civil pelos meios menos gravosos disponíveis. A prisão, assim, não se mostra como medida adequada à sua finalidade nesse caso.

[98] Ibidem. p. 103.

1.3 COMENTÁRIOS À LEI 12.403/2011

A Lei nº 12.403/2011[99], de 4 de maio de 2011, também conhecida de "Lei de Medidas Cautelares", buscou trazer uma nova visão[100] às prisões processuais e às medidas provisórias dentro de um Estado Democrático de Direito, tendo como base os preceitos determinados pela Constituição de 1988[101]. As normas que tratavam da matéria estavam regidas pelo Código de Processo Penal de 1941, o qual encontrava fundamento na Constituição de 1937, de características autoritárias[102], as quais se distanciavam da ordem democrática instaurada após 1988.

Preceitos como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV), a fundamentação para decretação da prisão (art. 5º, LXI), a liberdade provisória (art. 5º, LXVI), dentre outros foram trazidos pela Constituição de 1988 e devem influenciar diretamente as normas penais e processuais penais. Os Códigos passam a dar lugar a Constituição como norma hierarquicamente superior no ordenamento, devendo suas disposições ser com ela condizentes. Apesar disso, algumas críticas foram feitas à reforma, por consistir apenas em uma alteração pontual, sendo que seria necessária uma modificação global.

Ao invés de se proceder à implantação do Projeto de Lei nº 156/2009, que visava uma reforma no Código de Processo Penal, optou-se pela utilização do Projeto de Lei nº 4.208/2001, causando estranheza[103], pois não haveria motivos para recusar uma reforma geral que

---

[99] A lei alterou os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal: Artigos. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439.

[100] "O que aparentemente se pretendeu com a Lei n° 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só vira com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a mentalidade sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis" COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011*. p. 4.

[101] "Concebido como um objeto de desejo o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição de 1988" PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011*. p. 10.

[102] MASSON, Cleber Rogério. Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011. p. 29.

[103] "O que se deseja(va) é(ra) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-Constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida" LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011. p. 5.

contemplasse os novos ideais constitucionais e o modelo acusatório. Os novos dispositivos trazidos pela lei acabam por destoar das demais proposições legais já existentes no Código de Processo Penal, o que exige alguns cuidados no momento de sua interpretação[104].

A regra geral da Lei nº 12.403/2011 é a manutenção da liberdade do acusado[105], conforme o artigo 5º, LVII da Constituição. Pela lei, a situação de liberdade do indivíduo somente poderá sofrer restrições quando extremamente necessário. Primeiro deve-se analisar se cabíveis as medidas alternativas à prisão[106] para, somente como última hipótese, se proceder à restrição da liberdade pela prisão provisória. Sustenta Odone Sanguiné que:

> [...] a privação da liberdade pessoal deve realizar-se com um cuidado extraordinário e com um *plus* de exigência na responsabilidade do juiz, prevenindo-se, sobretudo, contra as perigosas tentações que desviem a prisão provisória das finalidades atribuídas pela Constituição e pela legislação[107]

Segundo a disposição trazida pelo artigo 310 do CPP, antes da decretação da prisão preventiva, o magistrado, ao receber o auto do flagrante deverá, primeiramente, se for o caso, relaxar a prisão ilegal; caso a prisão não seja ilegal, deve se converter o flagrante[108] em prisão preventiva se constantes os requisitos do artigo 312 e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; não sendo o caso de prisão ou da aplicação de medidas alternativas, deve conceder liberdade provisória, com ou sem fiança[109].

---

[104] FEDATO, Matheus Arcangelo; SANTIN, Valter Foleto. Análise comparativa dos efeitos da lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 73-89, ago. 2017. p. 76.

[105] MASSON, Cleber Rogério. *Op. Cit*. loc. cit.

[106] Se não estiverem presentes os requisitos e pressupostos da prisão preventiva, não há que se falar em medidas alternativas, pois são alternativas à própria prisão preventiva. Se essa não existe, não há por que aquelas existirem.

[107] SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da Prisão Cautelar: a Indenização por prisão injusta e a Detração Penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 2, n. 1, dez. 2014. ISSN 2358-1956. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52345/32189>. Acesso em: 13 abr. 2018. p. 113.

[108] "[...]finalmente vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como medida pré-cautelar, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de "prender por si só", como ainda teimavam alguns em sustentar, ainda que o antigo art. 310, parágrafo único não lhes amparasse. Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial encarcerizadora dominante". LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011. Ainda, "O dispositivo possui o inegável mérito de sepultar a interpretação que possibilita a manutenção da prisão em flagrante por tempo indeterminado" RABELO, Galvão. A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 225 – Agosto 2011. p. 10.

[109] "Destaco dois pontos muito relevantes da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011: [...]a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então". LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011. p. 6.

Pela redação dada ao artigo 311, depreende-se que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, necessitando requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou de representação da autoridade policial. O juiz somente poderá decretar de ofício a prisão durante o curso da ação penal.

Dispõe o artigo 313 que a prisão preventiva somente poderá ser decretada em determinadas hipóteses. Será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos[110]; se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência[111]. É possível também a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil o acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o mesmo ser imediatamente colocado em liberdade após a identificação, exceto se outra hipótese que recomende a manutenção da cautela.

Cumpre informar que a prisão preventiva não será admitida nos casos em que o crime cometido for culposo ou houver contravenção, ressaltando o caráter de *ultima ratio* desse tipo de prisão. Compreendidas as principais disposições que se relacionam à teoria da prisão preventiva, trazidas pela Lei nº 12.403/11, passa-se a analisar como essa regula a disciplina das medidas cautelares diversas da prisão. Para Odone Sanguiné,

> As novas disposições contidas na Lei nº 12.403/2011 constituem critérios normativos relevantes para a reconstrução de uma "teoria geral" das medidas cautelares pessoais

---

[110] "A primeira situação que admite a prisão preventiva ocorre quando o crime imputado ao investigado/acusado é doloso e punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos (p. ex. roubo). A anterior redação do dispositivo admitia a decretação da prisão preventiva em qualquer crime punido com reclusão ou detenção (quando se tratava de indicado vadio ou quando existia dúvida sobre a sua identidade e ele não fornecia elementos para esclarecê-la). Agora, independentemente da espécie de pena (reclusiva ou detentiva) é possível a restrição da liberdade, desde que o delito seja doloso e punido com uma sanção superior a quatro anos. Muitas críticas são feitas ao inciso I do art. 313 do CPP." MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011. p. 47.

[111] "A referência a violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência alargou o âmbito da lei de violência doméstica? Basta o descumprimento da medida de urgência para decretação da preventiva? O juiz deve assentar a prisão nesse descumprimento e em uma das hipóteses do artigo 312, enquadrando-se a situação possivelmente na necessidade de prisão para garantir a ordem pública a fim de evitar a reiteração criminosa ou para assegurar a aplicação da lei penal". FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas Cautelares. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 224 – Julho 2011. p. 7.

> no processo penal, mediante uma sistematização dos seus princípios à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.[112]

O artigo 282 do CPP prevê que as medidas cautelares previstas deverão levar em consideração na hora de sua aplicação: a necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais[113]; a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado. Tais requisitos são importantes e marcam o uso da proporcionalidade na aplicação de medidas que vão de alguma forma restringir os direitos de liberdade do cidadão. Ambas, "necessidade e adequação [...] são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal" [114]. Na lição de Valter Foleto Santin, pela Lei nº 12.403/2011,

> [...] foram instituídos os pressupostos da necessidade e adequação para as medidas cautelares [...] em fundamentação específica sobre a sua decretação e que deve guiar todo o sistema de medidas cautelares pessoais restritivas de direito ou de liberdade. Necessidade e adequação são as palavras-chaves para verificação de medida cautelar apropriada, qual, quando, por que e por quanto tempo.[115]

Para o autor, a lei deixou clara a imprescindibilidade de fundamentação específica para a decretação da prisão, vinculando todo o sistema de medidas cautelares pessoais restritivas de direito ou de liberdade. Defende, ainda, que a verificação da adequação da medida cautelar se guiará pela necessidade e adequação, as quais determinarão qual será a medida utilizada, quando esta ocorrerá, por qual motivo e por quanto tempo durará.

Dispõe o artigo 282, §4º, que no caso de descumprimento das medidas cautelares, essas poderão ser substituídas ou cumuladas com outras. Caso as medidas alternativas não se mostrem suficientes, somente então, a prisão preventiva poderá ser decretada. Nesse sentido está o artigo

---

[112] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 682.

[113] No processo penal constitucional "a prisão tem de ser encarada como uma exceção e a liberdade como uma regra e, por isso, as privações de liberdade anteriores à sentença condenatória [...], devem ter sempre e necessariamente, fundamentação e finalidades cautelares" CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*: Comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 34.

[114] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 504.

[115] SANTIN, Valter Foleto. Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011. p. 55.

282, §6º, do CPP, que vincula a utilização da prisão preventiva quando demonstrado ser incabível a adoção ou manutenção de outra medida cautelar.

O artigo 321 determina que ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares. Entende-se que, ausentes os requisitos da prisão preventiva, não há porque se falar em adoção de medidas cautelares alternativas. O artigo 322 permite à autoridade policial conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Os artigos 323 e 324 enunciam os casos em que não poderá haver concessão de fiança, quais sejam: nos crimes de racismo; tortura, tráfico, terrorismo e hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados; a quem já a tiver quebrado no mesmo processo; na prisão civil ou militar, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Os artigos 317, 318, 318-A e 318-B tratam da prisão domiciliar[116]. Esta poderá ser concedida ao agente que for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos[117]. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência também poderá ser substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. A substituição de que tratam os artigos 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP[118].

Finalmente, o rol das medidas cautelares diversas da prisão está inscrito no artigo 319, sendo elas: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V -

---

[116] Artigo 317: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.
[117] Os incisos V e VI foram incluídos pela Lei nº 13.257 de 2016.
[118] Os artigos 318-A e 318-B foram incluídos pela Lei nº 13.769 de 2018.

recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

As medidas alternativas constituem considerável avanço no campo das prisões preventivas, possibilitando a adoção opções menos gravosas e igualmente eficientes, com a preservação da liberdade do acusado ou investigado e a realização da finalidade da prisão, qual seja a instrução criminal ou aplicação da lei penal. Podem ser consideradas como um meio termo entre a garantia de liberdade e a garantia da segurança pública, expressando os ideais insculpidos pela proporcionalidade.

A primeira medida é a obrigação de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Aury Lopes Junior entende que essa "é uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal"[119]. As medidas cautelares diversas se pautam pela menor danosidade, de modo que seria mais adequado se o juiz, ao fixar o comparecimento, estabelece-se datas, horários e locais que não prejudicassem o acusado e sua jornada de trabalho.

A segunda medida é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. A proibição de acesso a determinados lugares tem a finalidade de impedir que esse acesso possa "criar condições favoráveis para a repetição do crime objeto do processo em curso ou mesmo de outros crimes"[120]. Não tem assim o objetivo de proteger o processo ou a aplicação da lei, e serve mais como uma salvaguarda da sociedade para prevenir novas infrações à lei. Remonta essa cautelar a garantia da ordem pública para evitar reiteração criminosa. A proibição de frequentar

---

[119] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.
[120] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 152.

determinados lugares deve estar ligada de alguma maneira com o fato, não podendo ser um impedimento genérico que cerceie discricionariamente a liberdade do acusado.

A terceira medida é a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, a qual se assemelha muito a anterior, não visando a proteção do processo em si, mas de determinadas pessoas que podem vir a ser vítimas do acusado. Trata-se de medida de difícil verificação pelo aparato judicial e policial, tendo mais eficácia com a denúncia de descumprimento pela pessoa protegida. A medida abrange não só o contato físico, mas qualquer meio de comunicação (escrito, telefônico, digital). Serve como cautela instrumental, para proteção da prova oral (testemunhas e vítimas) e como cautela final, par assegurar a aplicação da lei penal, proibindo o contato do acusado com um falsificador de passaportes, por exemplo[121]. Será considerada nula a proibição de manter contato com determinada pessoa que não esteja de alguma maneira ligada com o fato

A quarta medida é a proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução[122]. Para Aury Lopes Junior, é "medida de cautelaridade evidente, servindo assumidamente para tutela da prova e, por via reflexa, da própria eficácia da lei penal (risco de fuga)"[123]. Omitiu-se o legislador ao não prever expressamente a necessidade para a aplicação da lei penal. Não deve haver proibição sem que haja necessidade para a investigação ou instrução, não bastando mera conveniência. Deve haver também uma análise de adequação da mediada com o caso, não sendo razoável proibir o acusado de exercer atividade laborativa lícita que tenha como pressuposto o deslocamento (tripulação de avião ou navio, caminhoneiro, etc.)[124]. Ainda, deve-se questionar a medida sob a luz da presunção de inocência e do direito ao silêncio, pois não haveria motivos para cercear a liberdade do acusado, proibindo-o de se ausentar da comarca para a instrução criminal, pois não há obrigação de colaboração. A medida, dessa maneira, deve tutelar o risco de fuga (aplicação da lei penal).

---

[121] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 722.

[122] Dispõe o artigo 320 do CPP que: "A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas".

[123]LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 153.

[124] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 725.

A quinta medida é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. É medida que visa a diminuir o risco de fuga e resguardar a prova. Não poderá ser decretada para evitar a reiteração delitiva sob pena de ofensa ao princípio da legalidade[125]. Sua fiscalização é difícil e exigiria grande atenção da polícia para garantir sua aplicação. Por possuir uma eficácia menor, pode ser cominada juntamente com outras medidas alternativas.

A sexta medida é a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Tem como objetivo evitar a reiteração criminosa dos agentes que, pelo cargo que ocupam, podem utilizar de vantagens para o cometimento de infrações penais. Enquadra-se na tutela da garantia da ordem pública e possui constitucionalidade duvidosa. Para Rogério Schietti, trata-se de "providência cautelar bem direcionada e específica, a ser utilizada principalmente para a criminalidade do colarinho-branco"[126]. Não se poderá utilizar da suspensão do exercício de função pública ou de atividade financeira ou econômica quando o fato com elas não estiver relacionado. A decisão que a impor deve estar devidamente fundamentada.

A sétima medida é a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração criminosa. A medida tem como requisitos, portanto, crime cometido com violência ou grave ameaça, inimputabilidade ou semi-imputabilidade comprovada e risco de reiteração criminosa. Para tanto, é preciso a comprovação do *fumus bonis iuris*, pois mesmo se lidando com critérios de inimputabilidade, o sistema ainda é o cautelar. A averiguação da imputabilidade é ainda problemática[127], sendo necessário distinguir entre a inimputabilidade anterior ou posterior ao momento da ação e a possibilidade de recuperação do indivíduo. Se inimputável ou semi-imputável ao momento da ação e se apurada sua responsabilidade penal, aplica-se medida de segurança (absolvição imprópria, art. 386, III do CPP). Se for superveniente a ação, determina o artigo 152 que "se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149". Além disso, a medida visa impedir a

---

[125] Ibidem. p. 727.
[126] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 163.
[127] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 743 e ss.

reiteração criminosa, baseando-se em um prognóstico de perigosidade. Dada a fragilidade e urgência para realização dos laudos de averiguação da inimputabilidade, a adoção de outras medidas como o comparecimento em juízo, recolhimento noturno e a proibição de se ausentar da comarca podem se mostrar igualmente eficientes e menos gravosas.

A oitava medida é a aplicação da fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Medida eficaz para assegurar a presença do réu durante o andamento do processo, é altamente questionável em virtude da presunção de inocência e do direito ao silêncio, que não obrigam a parte a participar do processo. Para Rogério Schietti, a medida tem servido como "uma espécie de preço que o indivíduo preso é instado a pagar como condição para responder o processo em liberdade"[128]. Não poderá haver concessão de fiança nos seguintes casos: crimes de racismo; tortura, tráfico, terrorismo e hediondos; crimes cometidos por grupos armados; a quem já a tiver quebrado no mesmo processo; na prisão civil ou militar, quando presente os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A monitoração eletrônica é a nona e última medida prevista pelo artigo 319 do Código de Processo Penal. O conceito do dispositivo foi desenvolvido nas décadas de 60 e 70 do século passado nos Estados Unidos. Permite o controle da movimentação do acusado, sendo uma ferramenta útil para controlar o cumprimento de outras medidas alternativas como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar. "A possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações"[129]. Odone Sanguiné entende como benéfica para o acusado a medida, "desde que conserve determinadas garantias, não configura uma tecnologia *inconstitucional*, pois embora afete o direito à intimidade, se apresenta como medida alternativa menos lesiva"[130]. Desse modo, consegue atingir os fins que objetiva (segurança pública) e atinge a esfera de liberdade do indivíduo de maneira pequena. A medida de monitoração eletrônica, se eliminados os pontos negativos, como os problemas de utilização e intromissão ofensiva na intimidade do indivíduo, se mostra muito útil para o Processo Penal, não podendo,

---

[128] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167.
[129] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.
[130] SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 768.

todavia, seu uso vir a ser banalizado pelas instâncias de controle, devendo sempre se pautar pelos critérios de adequação e necessidade.

Existem, ainda, alguns problemas na aplicação das medidas cautelares, como mau uso, desvio de finalidade pelo imputado, problemas técnicos (monitoração eletrônica), dentre outros, que devem ser resolvidos o quanto antes, pois dificultam muito sua operacionalidade. "De nada vale a previsão legal de medidas cautelares diversas da prisão se o sistema não montar uma estrutura adequada à sua operacionalização e fiscalização"[131]. Para todas as medidas cautelares funcionarem corretamente, deve ser construída uma estrutura eficiente que consiga fiscalizar seu cumprimento.

1.4 DADOS SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Procura-se apresentar a situação do sistema carcerário brasileiro por meio de dados, expondo a realidade das prisões. Para tanto, os números apresentados estarão baseados no Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN de 2016[132]. A população carcerária informada pelo Relatório era de 726.712 presos, sendo que o número de vagas disponíveis no sistema é de 368.049 mil, gerando, assim, um déficit de 358.663 vagas. São 275,9 mil presos em regime fechado (38% do total) e 292.450 mil presos provisórios (40,2% do total). "Apenas 45% das unidades prisionais do País informaram que detinham informações sobre o tempo de aprisionamento das pessoas sem condenação. As unidades que detinham essa informação concentravam 115.120 presos provisórios e, entre esses, 47% estavam aprisionados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença"[133].

Estima-se que o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo, ficando atrás de Estados Unidos (2.228.424 presos) e China (1.657.812 presos), tendo ultrapassado a Rússia (673.818 presos) recentemente. Em números de habitantes, os EUA tem 321 milhões de pessoas, a China tem 1.371 bilhão e a Rússia tem 144 milhões. No Brasil a taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes é de 352,6 presos, sendo de 698 nos EUA, 119 na China

---

[131] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278.
[132] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa [...]. Brasília, 2017.
[133] Ibidem.

e 468 na Rússia[134]. A Taxa de ocupação, que significa o número de vagas disponíveis pelo número de vagas ocupadas é de 197,4%, uma das maiores taxas do mundo, e que acaba resultando em uma superlotação. A taxa de ocupação brasileira é a 5ª maior do mundo, ficando atrás das Filipinas, com 316%, Peru, com 223% e Paquistão, com 177%[135].

O aumento da população carcerária foi exponencial no Brasil. A variação da taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016 foi de mais 157%. De 1990 até 2016 a população carcerária passou de 90 mil presos para 726,7 mil, representando um aumento de 707%. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7,3% ao ano, passando de 232 mil pessoas em 2000 para 726mil pessoas privadas de liberdade em 2016. Nesse mesmo período, a população brasileira aumento, em média, 1,1% ao ano.

Dentro do país, o Estado que possui a maior população carcerária é o Estado de São Paulo, com 240.061 mil presos, seguido por Minas Gerais, com 68.354 mil presos, Paraná, com 51.700 mil presos, Rio de Janeiro, com 50.219 mil presos, Ceará, com 34.566 mil presos empatado com Pernambuco. Roraima, com 2.339 pessoas presas, é o estado com a menor população carcerária. O número de unidades prisionais no Brasil em 2016 era de 1.460 unidades

O aumento no número de vagas não foi proporcional ao crescimento da população carcerária. As vagas disponíveis em 2000 eram 135.710 mil, sendo que na época havia um déficit de 97.045 vagas. Em 2016 o número de vagas subiu para 368.049, entretanto, o déficit também aumentou, sendo agora de 358.663 vagas. Apesar do grande aumento no número de vagas, o déficit também cresceu. Cerca de 68% das vagas do sistema prisional são destinadas a pessoas condenadas, sendo 47% para condenadas em regime fechado, 18% em regime semiaberto e 1% em regime aberto. 32% das vagas existentes no sistema prisional destinam-se aos presos sem condenação. Aproximadamente 113 mil pessoas estão em unidades com mais de 4 pessoas presas para cada vaga disponível, sendo mais de 206 mil em unidades com mais de 2 pessoas por vaga.

A análise das características das pessoas privadas de liberdade permite uma compreensão apurada da situação carcerária no Brasil. Grande parte da população carcerária é formada por jovens, ou seja, daqueles que possuem entre 18 e 29 anos, e que correspondem a

---

[134] Para apresentar as informações comparativas entre o Brasil e demais países, será utilizado o Relatório de 2014. BRASIL. *Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. 2014.
[135] Ibidem.

55% da população prisional. Todavia, essa população representa apenas 18% da população nacional. Conforme a idade vai avançando, vai ocorrendo um decréscimo no número de presos.

Quanto à cor da população carcerária, a que mais predominou foi a cor negra, com 64% do total, contra 35% da branca. Ao se comparar com o resto da população brasileira, o número de negros é de 53% e de brancos 46%, podendo-se observar, dessa maneira, certa desigualdade no sistema prisional. Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.

A escolaridade dos reclusos do sistema carcerário também é estarrecedora. 51% da população prisional não completou o ensino fundamental. 14% das pessoas presas estudou, no máximo, até o ensino fundamental. Completaram o ensino médio tão somente 9%.

Quanto aos tipos penais praticados pelos detentos do sistema prisional brasileiro, o predominante é o tráfico de drogas, com 28% da totalidade dos crimes, seguido por roubo e furto, que somam 37%, e pelo homicídio 11%. Aproximadamente quatro entre cada dez registros corresponde a crimes contra o patrimônio. A proporção entre homens e mulheres difere para os tipos penais. No tráfico de drogas, 62% é cometido por mulheres, contra 26% dos homens. A população carcerária feminina chega a 42 mil presas.

Desses dados, é possível concluir que a população carcerária é predominantemente negra, que a maioria dos crimes praticados é o tráfico de drogas e crimes patrimoniais, que a educação dos presos é mínima, sendo que a maior parte não completou o ensino fundamental. "Verifica-se que a população carcerária é composta por pessoas jovens, negros ou pardos, e de baixa escolaridade, que cometem, em sua maioria, crimes patrimoniais ou tráfico de drogas"[136]. Além disso, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro é enorme e a porcentagem de presos provisórios também, o que faz refletir sobre a real necessidade dessas prisões a fundamentação das decisões que a decretam, pois são, em teoria, consideradas como *ultima ratio*.

[136] KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente*: uma releitura constitucional do direito penal. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009. p. 97.

1.5 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise da fundamentação das decisões judiciais é importante para entender como tem sido construída sua argumentação, podendo-se observar sua adequação ou inadequação[137]. A análise se deu pela pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por meio do seu sistema eletrônico de busca[138]. O marco temporal encontra-se entre a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 e a realização da presente pesquisa. O marco temporal específico foi de 05/07/2011 a 02/10/2018. O termo de busca utilizado foi "prisão cautelar e proporcionalidade", que teve como resultado 43 acórdãos. Desses, são comentados aqui aqueles entendidos como de maior relevância e pertinência temática[139].

Inicia-se com a Questão de ordem nº 1254 QO/Romênia, de relatoria do ministro Ayres Britto, a qual se relaciona a um pedido de liberdade provisória em um caso emissão de cheques sem fundo por estrangeiro Romeno. Em seu voto o ministro buscou verificar a proporcionalidade da medida para a decretação do aprisionamento. Entendeu ser possível a decretação de medidas alternativas à prisão cautelar, determinando: a) o depósito do passaporte do extraditando no Supremo Tribunal Federal; b) a impossibilidade de sair do Estado sem autorização do Relator do processo de extradição; c) o compromisso de comparecer semanalmente à Vara Judiciária para dar conta de suas atividades; d) o compromisso de atender a todo e qualquer chamamento judicial. Desse modo, "a prisão preventiva para fins extradicionais é de ser balizada pela necessidade e pela razoabilidade do aprisionamento" [140]. Em observância aos mandamentos trazidos pela lei de medidas alternativas, a decisão pauta-se

---

[137] "Nem a pesquisa em direito nem a pesquisa em ciências sociais têm prestado atenção na racionalidade jurisdicional. A pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais. A maioria das pesquisas empíricas existentes na literatura brasileira e mundial raramente procura investigar as razões para decidir oferecidas pelos juízes, mais especificamente, as variantes interpretativas existentes". RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 50.

[138] Outro trabalho que analisou decisões sobre prisões preventivas foi a dissertação de João Rafael de Oliveira, intitulada "CONTRIBUIÇÕES PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO USO DA PRISÃO PREVENTIVA PELOS JUÍZOS CRIMINAIS ESTADUAIS DE CURITIBA" apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado no ano 2015.

[139] Lista da jurisprudência pesquisada anexa.

[140] "Prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prisão preventiva para fins de extradição constitui requisito de procedibilidade da ação extradicional, não se confundindo com a segregação preventiva de que trata o Código de Processo Penal" BRASIL. *Ext 1254 QO*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00076 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 562-571.

pela verificação da necessidade e adequação das medidas adotadas, entendendo que a aplicação da prisão deve se dar apenas em último caso. Há menção à necessidade de utilização da razoabilidade, necessidade e proporcionalidade pelo ministro relator, que cita trecho de julgado de Gilmar Mendes em que alude às três máximas (*HC* 91.657).

O *HC* nº 106.446/SP, de relatoria da ministra Cármen Lúcia e relatoria designada para o acórdão do ministro Dias Toffoli, diz respeito a participação em organização criminosa com a finalidade de praticar ilícitos penais. A paciente do *Habeas Corpus* se encarregava da comunicação dentro de organização criminosa (integrante do PCC), auxiliando também na arrecadação de valores. Requerida a prisão cautelar, a ministra entendeu que estariam ausentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, considerada como *ultima ratio*. A ré não havia sido presa em flagrante e não possuía antecedentes crminais, tendo ficado em liberdade provisória até o advento de sentença condenatória. Devido a isso e levando em conta a proporcionalidade, foram decretadas medidas alternativas, como: I – O comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. Nos termos do acórdão,

> Considerando que a prisão é a última ratio das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei nº 12.403/11.[141]

Considerou não existirem elementos capazes de demonstrar que a liberdade da acusada poderia causar perturbação à sociedade, não restando necessária, portanto, a privação da

[141] BRASIL. *HC 106446*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-0039.

liberdade[142]. O *HC* nº 113.829/BA[143], de relatoria para o acórdão da ministra Rosa Weber, tem como objeto a prisão preventiva pela suposta prática dos crimes de latrocínio e formação de quadrilha. Nele optou-se pela manutenção da prisão devido ao fato de existência de circunstâncias concretas indicarem a periculosidade do agente ou risco de reiteração delitiva, pondo em risco a *ordem pública*, bem como pelas provas de comprovação de autoria e materialidade. Serviria a prisão, assim, como uma forma de evitar "*vindita* e ainda prevenirá a *reprodução de novos fatos criminosos, acautelando o meio social*, face a gravidade e a repercussão do comportamento dos agentes e o modo pelo qual foi perpetrado o crime".[144] Cumpre analisar que na fundamentação de decisão do acórdão acima exposto não houve menção à possibilidade do uso de alguma medida cautelar diversa da prisão, nos moldes do prescrito pelo artigo 319 do Código de Processo Penal.

Baseou-se tão somente nos argumentos trazidos pelas decisões das instâncias inferiores, não expondo sobre a justificação da periculosidade do agente e da reiteração delitiva. Nesse caso, o ministro Marco Aurélio discordou do entendimento majoritário, vislumbrando excesso de prazo na prisão. Reiterou o que havia deferido em medida liminar: "O paciente, sem culpa formada, está sob custódia há um ano, sete meses e vinte e oito dias. Implemento a liminar de ofício. Advirtam-no da necessidade de permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais e adotando a postura que se aguarda do cidadão integrado à vida"[145]. A ministra Rosa Weber não entendeu haver dilação indevida de prazo, "a demora na tramitação do feito há de guardar proporcionalidade com a complexidade do delito nele veiculado e as diligências e os meios de prova indispensáveis a seu deslinde em sociedade". Para ela, houve inexistência de demora injustificada atribuível ao juízo diante da complexidade do feito, atribuindo a demora a pluralidade de réus, a expedição de cartas precatórias e a ação procrastinatória da defesa quanto ao oferecimento das defesas preliminares.

---

[142] Nesse sentido: "No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública - acautelamento do meio social -muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude". Ibidem.

[143] BRASIL. *HC 113829*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

[144] Ibidem. Grifo nosso.

[145] Ibidem.

O *HC* 119.376/MS, de relatoria do ministro Luiz Fux, trata, essencialmente, sobre tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, prisão preventiva, garantia da ordem pública e excesso de prazo. Destacam-se os seguintes trechos do acordão:

> [...] o tempo de duração da instrução criminal e o andamento do processo não pode ser rigidamente controlado, devendo, ao contrário, submeter-se ao *postulado* da proporcionalidade, de modo a evitar a impunidade em casos de aguda complexidade. [...] O excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética, uma vez que a complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.

O Ministro Luiz Fux faz menção a outro voto, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, para embasar seus fundamentos. "A duração do processo se submete ao *princípio da razoabilidade*, havendo inúmeros critérios que auxiliam na determinação do excesso" (HC 92.719, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 18/9/2008). É possível perceber certa divergência quanto ao tratamento dado a proporcionalidade, chamada ora de *postulado*, ora de princípio da razoabilidade e ora de princípio da proporcionalidade.

Da análise do acordão, entende-se a necessidade de demonstração clara de que a dilação da prisão é necessária para o processo. A mera alegação da existência de vários réus não justifica a necessidade de se manter uma prisão preventiva para se poder proceder a instrução criminal. Uma vez demonstrada concretamente a necessidade da prisão e a inexistência de dilações indevidas na instrução não há óbice à sua manutenção. Entretanto, deve-se demonstrar nitidamente a necessidade da prisão e a inexistência de dilações indevidas. No caso acima a prisão já durava dois anos e quatro meses, o que suscita dúvidas acerca de sua duração para fins de instrução criminal, principalmente devido aos princípios da provisionalidade e provisoriedade, que orientam as prisões cautelares. Ainda em seu voto, o ministro Luiz Fux profere que[146]:

> A custódia preventiva visando à *garantia da ordem pública*, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de *acautelar-se o meio social* ante a concreta possibilidade de

[146] Nesse sentido também: HC 117876 AgR/SC. Relator(a): Min. Luiz Fux; HC 115201/MA. Relator(a): Min. Luiz Fux; HC 107823 AgR/SP. Relator(a): Min. Luiz Fux.; HC 125144 AgR/CE. Relator(a): Min. Rosa Weber.

> *reiteração criminosa* e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal.

É possível constatar, pela análise dos acórdãos, que a gravidade do tipo penal em abstrato influencia de sobremaneira a decretação de uma prisão cautelar. Ainda que no caso concreto se demonstre a gravidade do crime, entende-se que a prisão provisória só deverá ser decretada em casos de perigo real de fuga ou que a liberdade do acusado possa comprometer a instrução penal. Argumentar a prisão na garantia da ordem pública não se mostra recomendável, devido a abertura discricionária que o requisito gera, abarcando termos muito vagos, como o acautelamento social acima citado. O Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo adotado hoje uma postura mais garantista, afastando-se da justificação da prisão pelo clamor público, ainda possui algumas decisões que destoam do entendimento majoritário. Nessa linha,

> A gravidade do crime e o modo como foi praticado denotam o perigo social que representa o acusado livre, bem como sua liberdade prejudica a ordem social, deixando no ar uma sensação de impunidade que o Poder Judiciário não pode autorizar.[147]

No *RHC* 118034/DF, de Relatoria da ministra Rosa Weber, é possível visualizar o embasamento na credibilidade das instituições para decretação de prisão preventiva. Para ela, "mostra-se indispensável a decretação da prisão do representado com vista a garantir a ordem pública para *proteger o meio social* e *assegurar a credibilidade da justiça* em face da gravidade do crime praticado"[148]. Todavia, no voto do julgado acima mencionado, o Ministro Marco Aurélio discordou do posicionamento da relatora, expondo que "a questão da credibilidade das instituições não se resolve mediante a inversão da ordem natural das coisas, que é apurar para, depois, prender; não se resolve mediante a punição a ferro e fogo"[149]. A instrução já havia sido terminada, estando o acusado preso há um ano e seis meses, motivo pelo qual não se poderia falar em "tentativa de embaralhar a instrução criminal". A prisão acabou sendo decretada com

---

[147] BRASIL. *HC 117876 AgR/SC* - Santa Catarina. Ag.Reg. no Habeas Corpus. Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 08/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-211 divulg 23-10-2013 public 24-10-2013.

[148] BRASIL. *RHC 118034/DF*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/12/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-035 divulg 19-02-2014 public 20-02-2014.

[149] Ibidem.

vistas a garantir a ordem pública para proteger o meio social e para assegurar a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime praticado.

Outro argumento bastante utilizado para justificar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública é o do risco de reiteração das infrações criminosas, a possibilidade de *reiteração delitiva*. No Supremo Tribunal Federal é possível observar o uso desse argumento para justificação da prisão preventiva. Para o Ministro Luiz Fux, *"*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a possibilidade de *reiteração criminosa* e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de *garantir a ordem pública*"[150].

Aqui, mais uma vez, confundem-se as funções distribuídas entre o dever de garantir a segurança pública pelo Estado (Poder de Polícia), e o de impor uma sanção penal, por meio do processo. Ocorreria, nesse caso, uma presunção de culpabilidade, que consiste em grande oposição à presunção de inocência, prevista pela Constituição Federal. Não há como realizar exercícios de previsão delitiva de um acusado, determinando com certeza que este virá futuramente a cometer algum tipo de delito. Dessa maneira, parece ser infundada a motivação baseada na previsão futura de atividade criminosa para justificar uma prisão preventiva. O Poder de Polícia também exerce uma função preventiva, sendo a ele incumbida a obrigação de zelar pela segurança pública, impossibilitando a ocorrência da reiteração criminosa.

Sobre a gravidade em abstrato do crime, no *HC* 115.613, o ministro Celso de Mello, exaltou a necessidade de argumentação e de fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva. O ministro exalta o caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Entende que a gravidade em abstrato do delito não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. "A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo estado. A prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais"[151]. Reprime, dessa maneira, qualquer fundamentação que baseie a prisão

---

[150] BRASIL. *HC 117876 AgR/SC*. AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 08/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Grifo nosso.
No mesmo sentido, BRASIL. *RHC 11696/SP*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 01/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-226 divulg 14-11-2013 public 18-11-2013. BRASIL. *HC 119376/MS*. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 05/11/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-235 divulg 28-11-2013 public 29-11-2013.
[151] BRASIL. *HC 115613*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014.

preventiva na gravidade abstrata do delito, sendo necessária sua demonstração objetiva, além da presença dos requisitos autorizadores.

Entende que o tema se encontra condicionado pelo princípio da razoabilidade, que deve funcionar como limitação material à ação normativa do Poder Legislativo, e no princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. O ministro mantém o mesmo entendimento no *HC* 109.135, quando adverte que "o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais"[152]. Na visão do ministro Celso de Mello, o princípio da proporcionalidade deve ser compreendido como forma de conter os excessos do poder estatal, servindo para afirmação dos direitos fundamentais[153]. Cumpre informar que, na temática das prisões preventivas, o princípio da proporcionalidade foi estruturado pela primeira vez conforme a teoria de Robert Alexy no *HC* 91.676, pelo ministro Gilmar Mendes, que leciona:

> O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[154].

Ao final de seu voto, o ministro entendeu que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sem a existência dos requisitos necessários à prisão preventiva, ofende o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII da Constituição. O

---

[152] BRASIL. HC 109135, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014.

[153] É possível observar esse posicionamento do Ministro Celso de Mello em diversos julgamentos, dentre eles: HC 95685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-04 PP-00730 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 557-563. BRASIL. *HC 94404 / SP* - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.Julgamento: 18/11/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma.

[154] BRASIL. *HC 91676*, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354.

relator desse acórdão, ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que a prisão a prisão antes do trânsito em julgado sem a adequada fundamentação fere a presunção de inocência. Para justificar seus argumentos, o ministro cita o voto do ministro Celso de Mello no *HC* 80.719, para quem "o clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. [...] a preservação da credibilidade das instituições e da ordem pública não consubstancia, só por si, circunstância autorizadora da prisão cautelar[155]". Mesmo se tratando de pessoa acusada de suposta prática de crime hediondo, até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível presumir-lhe a culpabilidade.

No *HC* 115.786, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, entendeu-se que a vedação do direito de recorrer em liberdade era *desproporcional* com a pena imposta, porque seria cumprida no regime aberto. Para o relator, houve falta de demonstração da necessidade da prisão pelo juiz de 1º grau, não podendo a prisão cautelar se basear na gravidade abstrata do delito. A paciente havia sido condenada pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP) a pena de 2 anos e 8 meses de prisão. Como a pena imposta pelo juiz seria cumprida inicialmente no regime aberto, não haveria cabimento em mantê-la no cárcere, pois, se confirmada a decisão, o cumprimento de sua pena se daria em liberdade[156].

O *HC* nº 125.555/PR, de relatoria do ministro Teori Zavaski, diz respeito aos tipos penais de corrupção passiva (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei nº 9.613/98), tendo como objeto a prisão preventiva de Renato de Souza Duque, ex-funcionário da Petrobras. O processo fez parte da Operação Lava Jato. A prisão foi determinada pelo juiz de primeiro grau para a garantia da ordem pública, garantia da instrução penal e para aplicação da lei penal, tendo em vista a possibilidade de reiteração criminosa, de eliminação de provas e de o acusado furtar-se de uma possível condenação, tendo em vista a comprovação da existência de recursos no exterior não declarados, o que poderia representar intenção de fuga para o exterior.

O ministro Teori Zavaski, em seu voto, alertou para a necessidade da demonstração concreta dos requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos pelo artigo 312 do Código

---

[155] BRASIL. *HC 80719*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143.

[156] BRASIL. *HC 115786*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013. Nesse mesmo sentido, votou o ministro nos acórdãos: *HC 112731 / RJ* - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/09/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma ; *HC 126704 / MG* - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 03/05/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma.

de Processo Penal, quais sejam: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) por conveniência da instrução criminal; (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Também ressaltou que a prisão preventiva só deve ser determinada se não cabíveis outras cautelares[157]. Exaltou que o decreto prisional de primeira instância se limitou a valorar a existência de indícios de que o investigado manteria expressiva quantidade em dinheiro no exterior e poderia por isso, fugir do país. Entendeu haver ausência de fundamentação válida para a decretação da custódia cautelar, indicando a inexistência de elementos concretos para apoiá-la. Nesse sentido, reiterou a jurisprudência da Corte no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga. Determinou a revogação da prisão preventiva, substituindo-a por outras medidas cautelares, as mesmas aplicadas aos outros investigados em conjunto com o paciente.

O *HC* nº 130.636/PR[158], também de relatoria do ministro Teori Zavascki, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, trata sobre a decretação de prisão preventiva de paciente, investigado na operação Lava Jato, pelos delitos de associação criminosa (art. 288, CP) e lavagem de dinheiro, sob os argumentos de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. A decisão originária de prisão foi do Tribunal Regional Federal, entendendo presentes os requisitos de materialidade e autoria, bem como a proteção da ordem pública pela gravidade concreta do delito, pois fruto de um esquema de lavagem de dinheiro. A prisão foi posteriormente mantida pela sentença. Para o ministro Teori Zavascki, embora a sentença faça menção a resguardar a aplicação da lei penal, não demonstra concretamente seu fundamento, não sendo suscitados fatos independentes que justificassem nova prisão preventiva.

Em seu voto, o ministro alude à gravidade da medida, invocando como premissa a presunção de inocência[159]. Para ele, a prisão somente pode ser decretada se for o único meio eficiente para garantir as finalidades legalmente previstas, sendo que de outra maneira, pode caracterizar-se como uma antecipação de pena. Entende comprovadas a autoria e a materialidade, porém, não caracterizada a necessidade da prisão para garantia da instrução criminal. Salienta que além dessas premissas de materialidade e autoria, deve-se levar em conta o encarceramento do acusado como único modo eficaz para afastar o risco à segurança pública.

---

[157] BRASIL. *HC 125555*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015.

[158] BRASIL. *HC 130636*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.

[159] A prisão só "deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade" (*HC* 80282, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 2/2/2001). Ainda, "a prisão preventiva - enquanto medida de natureza cautelar - não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu" (HC 95290, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2012).

Por conseguinte, alerta para o disposto no artigo 282, §6º, que dispõe sobre a impossibilidade de admissão da prisão se possível sua substituição por outra medida cautelar prevista pelo artigo 319 do CPP.

Como já houve sentença condenatória, há impossibilidade de a instrução ser afetada. Quanto à garantia da ordem pública, exaltou que a gravidade do delito, por si só, não é suficientemente apta a ensejar prisão preventiva, sendo necessária a demonstração concreta da possibilidade de reiteração delitiva.[160] Para demonstrar a necessária observância de medidas alternativas diversas da prisão, o ministro relator aponta para fatos como: o de os crimes imputados ao paciente terem ocorrido há mais de três anos; o de o paciente se encontrar preso preventivamente há mais de nove meses; seu afastamento das empresas onde teria praticado os crimes; e de a instrução penal já ter sido concluída.

Por fim, determina a aplicação de medidas alternativas ao acusado, tais como: a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica; b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga; c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização; d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado; e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio; f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até quarenta e oito horas; g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica[161].

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que crítica a atual situação carcerária brasileira e a decorrente violação dos direitos humanos e fundamentais dos reclusos, culminando na declaração da existência do *estado de coisas inconstitucional*, o ministro Marco Aurélio concluiu que há um cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e a falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário. Entende que o Supremo deve impor aos poderes públicos as

---

[160] *HC* 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 3/4/2009; *RHC* 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 5/3/2015; *HC* 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21/10/2014; *HC* 123701 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 19/2/2015; *RHC* 121399, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 1º/8/2014; RHC 116995, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 27/8/2013.

[161] BRASIL. *HC 130636*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.

seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; *fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias*; consideração do "estado de coisas inconstitucional" quando da aplicação e execução da pena.

Em seu voto, diz que: "Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional, virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária"[162]. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é importante para que se possa modificar a realidade do sistema carcerário brasileiro, seja por meio de políticas públicas, investimento estatal, alteração legislativa, melhor gerenciamento dos presídios e pela fundamentação das decisões judiciais.

Da análise da fundamentação dos acórdãos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi possível observar alguns contrastes. Há decisões que ainda se baseiam na *gravidade abstrata* do delito para a configuração da prisão cautelar, notadamente crimes hediondos, como o tráfico, por exemplo. Também é comum a utilização da garantia da ordem pública direcionada ao clamor público ou acautelamento do meio social, à gravidade do crime, ao abalo social, à preservação das instituições públicas ou ao risco de reiteração delitiva. Embora minoria, há decisões que determinam a prisão cautelar para a garantia da integridade do acusado.

O excesso de prazo é constantemente direcionado à razoabilidade e a proporcionalidade, entendendo-se ser necessária sua verificação no caso concreto. Algumas vezes o acusado encontrava-se preso há mais de um ano e a justificação da prisão se dava por razões como: perigo que este poderia causar à sociedade; a complexidade da causa; número de testemunhas, dentre outras. Argumentava-se no sentido de que não haveria inércia do poder público em proceder a instrução e que o imputado deveria permanecer preso até sua conclusão.

Entretanto, observou-se que jurisprudência majoritária se encontra em direção oposta às fundamentações acima mencionadas. Dentre os principais requisitos para a decretação ou manutenção, as decisões apontam para verificação da necessidade e da adequação da prisão, além de possível imposição de medidas alternativas, conforme as disposições do Código de Processo Penal. A menção à proporcionalidade, ainda que não de forma uniforme, ocorria com

---

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

frequência, aliada na maioria das vezes com a razoabilidade, sendo expressada no sentido de limitação do excesso do poder estatal. Também foi utilizada para balizar a relação entre a possível pena imposta, o regime a ser cumprido e a adequação da prisão, não entendendo ser possível a decretação da prisão nos casos em que a pena fosse menos gravosa. Também se assentou que a manutenção da prisão após condenação anterior ao trânsito em julgado deve ser preventiva e exige fundamentação, não sendo efeito automático da sentença.

Nesse sentido, pode-se compreender que a tônica da jurisprudência no tribunal adere a utilização da proporcionalidade como parâmetro orientador na determinação das prisões cautelares. Afasta a justificação da prisão apenas em elementos abstratos, como aqueles ligados à garantia da ordem pública (clamor público, acautelamento social, credibilidade das instituições). Conclui ser imprescindível a demonstração concreta dos requisitos legais autorizadores da prisão e a imperatividade da verificação sobre a possibilidade da utilização de medidas alternativas à prisão cautelar, que têm sido bastante utilizadas.

2 DIREITO, LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO

Busca-se, neste capítulo, debater a questão sobre "*Como aplicar o Direito nas decisões judiciais*?" ao analisar como as principais teorias do Direito tratam o tema. Estuda-se também as relações entre Direito e Linguagem e a sua importância para a decisão judicial, percorrendo-se temas relacionados à lógica e a semiótica, tais como sintaxe, semântica e pragmática. Ainda, são estudadas as principais teorias da argumentação jurídica com a finalidade de demonstrar a importância de uma adequada fundamentação das decisões judiciais. Essa análise servirá de base para que se possa responder à pergunta "Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?"

2.1 TEORIAS DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO

As principais correntes históricas tratadas como Teorias do Direito são nesse tópico analisadas. Trabalha-se com o Direito Natural, com o Positivismo Jurídico e com o pós-positivismo, tratando-se de autores como Aristóteles, Kelsen, Hart, Alexy e Dworkin.

a) Escola do Direito Natural

A primeira Escola ou teoria do Direito foi a do Direito Natural, para qual existe uma grande influência da moral no Direito. Esta corrente já poderia ser observada na Grécia Antiga, com os pensamentos de Platão e Aristóteles, que acreditavam em uma justiça universal e eterna. O Direito Natural pode ser entendido como o Direito que não é positivado, sendo imutável e ilimitado, baseando-se em um ideal de justiça voltado para o Ser Humano. Na concepção de Norberto Bobbio, o Direito Natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia (Universalidade). "O Direito Natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve pois ações em que a bondade é objetiva"[163].

[163] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 17.

Dentre as obras de maior influência sobre o tema está Ética a Nicômacos (349 a.c) de Aristóteles, o qual foi precursor de ideais como o de justiça distributiva e o de um senso de igualdade na aplicação do Direito, esboçando assim os primeiros traços de uma teoria da proporcionalidade[164], com a ideia de dar a cada um o que é seu na medida de suas desigualdades. Também pregava o uso da equidade para resolver os casos práticos. Dessa forma, as decisões deveriam basear-se em um senso de justiça moral relacionadas à equidade (igualdade, correção, justiça). Tal uso se assemelha muito com o que se vê na utilização da proporcionalidade hoje.

Diferentemente de Platão, que tinha um ideal de justiça metafísico, Aristóteles era realista, entendendo que o senso de justiça "[...] não remete a uma utopia, a um estado de coisas ideal, mas a algo real, uma virtude, uma atividade"[165]. Concebia a justiça como uma virtude. Para ele, as leis eram produzidas na pólis a partir de um princípio ético diretamente relacionado ao justo em razão de seu conteúdo[166]. Nesse período histórico, o conceito de justiça está muito atrelado ao conceito de equidade. A equidade seria a correção do Direito positivo, a completude da justiça. Com relação a natureza superior da equidade sobre a legalidade, diz Aristóteles que:

> [...] na natureza do equitativo, [...] ele é justo e melhor que uma simples espécie de justiça. É igualmente óbvio, diante disto, o que vem a ser uma pessoa equitativa; quem escolhe e pratica atos equitativos e não se atém intransigentemente aos seus direitos, mas se contenta com receber menos do que lhe caberia, embora a lei esteja do seu lado, é uma pessoa equitativa, e esta disposição é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma disposição da alma diferente[167].

Nos dizeres de Alysson Mascaro, em oposição aos medievais e aos modernos, a concepção de Direito Natural de Aristóteles não se contraria às leis positivas, devendo ambas se complementarem. "O direito natural complementa o direito positivo. Isso porque a natureza, para Aristóteles, não é de uma categoria distinta daquela da vida social. As leis positivas são

---

[164] "O justo, portanto, pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. [...] O justo, então, é uma espécie do gênero "proporcional" (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral). Com efeito, a proporção é uma igualdade de razões, envolvendo no mínimo quatro elementos [...]; o justo envolve também quatro elementos no mínimo, e a razão entre um par de elementos é igual à razão existente entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas". ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos. Trad. M. da Gama Cury, Brasília: UnB, 1999. p. 96.

[165] VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito:* definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 57.

[166] MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 67.

[167] ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos. Trad. M. da Gama Cury, Brasília: UnB, 1999. p. 110.

históricas, variáveis, mutáveis, mas assim também o é a natureza”[168]. Assim, o conceito de justiça se modifica tanto quanto às leis positivas, se adaptando ao justo.

A Antígona de Sófocles expressa as características do Direito Natural frente ao Direito Positivo. Antígona era filha de Édipo e irmã de Etéocles e Polinice, os quais brigaram, acabando por matar um ao outro. Creonte, Rei de Tebas, determina que o corpo de Polinice não poderá ser sepultado, devendo ser deixado exposto para que as aves de rapina e outros seres o dilacerassem. Quando toma conhecimento do Édito, Antígona se revolta e luta contra a determinação de Creonte, para que possa seguir as leis divinas e assim sepultar seu irmão Polinice. A tragédia de Sófocles exalta a contraposição entre o mandamento positivo de um Rei, que seria injusto, contra as leis divinas que ordenavam a preservação da dignidade e o sepultamento do morto e que seriam mais adequadas que o édito.

Mais próximo da Idade Média e Moderna, o Direito Natural se desenvolveu como um ramo da igreja. As leis aplicadas eram as leis divinas, que eram imutáveis e universais. A aplicação do Direito nas decisões se dava também por um ideal de justiça moral. Dentre os principais autores modernos do Direito Natural estão Hugo Grócio e Pufendorf. No Brasil teve destaque Tomás Antonio Gonzaga. Nesse momento da história, a teoria tinha como característica principal a vocação divina e a subalternação da razão em face da vontade de Deus.

A felicidade só seria possível pela obediência às leis divinas. “A razão, porém, não bastava [...] para que o homem alcançasse esta vida; o fundamental eram as leis infundidas por Deus no coração do homem, às quais ele teria liberdade para seguir ou não. O recurso para conhecê-las era o amor, não a razão”[169]. Nesse sentido, “o direito natural, e portanto Deus, é o que organiza as relações sociais e fornece um fundamento para as ações humanas”[170]. Aqui o Direito Natural é considerado superior ao Direito Positivo.

Uma crítica que se faz a esse modelo de Direito, principalmente na Idade Média e durante a Inquisição[171], recai sobre o sistema inquisitório (Tribunal do Santo Ofício). Os encarregados de aplicar o Direito justificavam suas atitudes na vontade de Deus. A perseguição implacável daqueles que teriam infringido o Direito divino (hereges) causou inúmeras mortes.

---

[168] MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 79.
[169] GRINBERG, Keila. Interpretação e direito natural. Análise do “Tratado de direito natural” de Tomas Antônio Gonzaga. *Revista de História Regional* 2(1), 1997, p. 43-68. Disponível em: < http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2025/1508 > Acesso em: 21 dez. 2017. p. 46.
[170] Ibidem. p. 47.
[171] FREIRE, Mariza Scheffer; SOBRINHO, Vilma Pereira; DA CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique. A Figura Feminina no contexto da Inquisição. *Educere et Educare – Revista de Educação*. Vol. I, nº 1, jan/jun. 2006. p. 53-58.

A “Caça às Bruxas” é um exemplo marcante de como esse modelo pode ser extremamente perigoso.

Dessa maneira, o conteúdo do Direito estava atrelado a concepção de justiça, que por sua vez, liga-se ao divino, entidade metafísica. Isso cria uma sujeição abstrata das leis a algo intangível, o que compromete a segurança e a previsibilidade das relações sociais. Com o advento do iluminismo, a razão e a ciência foram se sobrepondo aos mandamentos da igreja e desenvolvendo seus próprios caminhos.

Cumpre informar que o Direito Natural não deve ser classificado como uma doutrina do passado, pois ainda hoje tem seus seguidores e possui grande influência. Dentre seus adeptos, o autor de maior destaque na contemporaneidade é John Finnis[172], para quem a moral possui um papel importantíssimo no conceito de Direito.

b) Positivismo Jurídico

É importante notar que durante a Idade Média (séc. V a XV) o poder era concentrado na mão da Igreja e do Rei. O pensamento absolutista concentrava em si o processo de elaboração e execução das leis. Não havia divisão dos poderes, democracia ou possibilidade de desacordo com as imposições do soberano. No momento histórico da Baixa Idade Média (séc. XIII a XV) os comerciantes começam a ganhar força econômica. A burguesia se instalava com força na Europa e foi alçada ao ápice pela Revolução Industrial. Dessa maneira, uma classe social com um grande poder econômico, mas ainda sem força política, necessita alterar os modelos que regem a sociedade. Para tanto, foram necessárias algumas revoluções[173], como a Francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamava: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, “a substituição do rei pela nação, conceito mais abstrato e, portanto, mais maleável,

---

[172] FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

[173] Na visão de Ricardo Marcelo Fonseca: “para a compreensão do positivismo é necessário frisar, já de saída, que se trata de uma corrente de pensamento tipicamente oitocentista. Pois ser uma teoria do século XIX significa, em primeiro lugar, dizer que se trata de uma reflexão que se dá num ambiente liberal (ou que assim vai se tornando progressivamente) e pós-revolucionário. As chamadas revoluções burguesas aconteceram no século XVIII e no início do século XIX (exceção feita à grande Revolução Gloriosa na Inglaterra, ocorrida no século XVII). E o que significa isso? Significa que é o século onde a burguesia já se instalou no poder é uma época onde uma outra ordem política é reinante. As revoluções burguesas têm o significado de serem exatamente aquelas em que a burguesia, já era hegemônica do ponto de vista econômico, passa a ser hegemônica também do ponto de vista político”. FONSECA, Ricardo Marcelo. O POSITIVISMO, “HISTORIOGRAFIA POSITIVISTA” E HISTÓRIA DO DIREITO. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 143-144.

permitiria a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania"[174], de acordo com a divisão dos poderes. É importante dizer que o Renascimento (séc. XIV a XVI) teve grande importância para o surgimento dos ideais positivistas. O avanço da ciência em seus mais variados ramos permitiu um grande avanço na compreensão do homem sobre a natureza. O método científico passava a ser extremamente respeitado. O empirismo[175] e a possibilidade de descrição dos fenômenos da natureza determinaram uma mudança de paradigma no curso da história[176].

Iniciou-se uma Revolução contra os dogmas da Igreja, tais como o geocentrismo e o funcionamento da mecânica celeste, sendo a razão muito utilizada para contrapor as leis divinas[177]. A partir de então, após as Revoluções Científicas, o Renascimento, a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, o entendimento do conceito de Estado e de Direito, bem como o de ciência, foi alterado. Passou-se a levar em conta aspectos de separação dos poderes, democracia e do uso da razão, sendo os apelos à moral e às leis divinas relegado a um segundo plano.

Após o jusnaturalismo iluminista (Hobbes, Locke, Rousseau), os primeiros traços dessa nova época foram escritos pelo positivismo científico. Com Augusto Comte, começou como um pensamento sociológico, sendo um modo de compreender e de se fazer ciência. Nesse momento, a produção das normas que regulariam a sociedade necessitava ter uma fonte baseada na autoridade de alguém constituído e com um poder legítimo para fazer leis. Assim, a tese da exclusividade das fontes é característica marcante do positivismo. A centralização, objetivação e legitimação de quem pode produzir normas com capacidade de coerção e coação se mostrou imperativa para a regulação de uma sociedade.

O pensamento positivista influenciou Napoleão, que com os ideais de um positivismo exegético (Escola da Exegese) formulou seu Código Civil em 1804, pelo qual o juiz deveria apenas reproduzir o que a lei dizia, não podendo omitir-se de julgar ou de fazê-lo além dos limites da lei. O Código tinha pretensão de completude (codificação), de abarcar todas as condutas humanas possíveis. Tal modelo acabou não dando certo e os juízes começaram a

---

[174] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 74.

[175] Obra de grande influência nesse momento foi o Tratado da Natureza Humano, de 1739, escrito por David Hume.

[176] Dentre os principais nomes da ciência, os quais possibilitaram essa mudança de perspectiva estão Galileu Galileu, Nicolau Copérnico, Johannes Kepler e Isaac Newton.

[177] Obra de muita importância foi Discurso do Método, de René Descartes, que fundou as bases do racionalismo e cartesianismo.

extrapolar o conteúdo das leis para não se omitirem do papel de julgar. A única possibilidade de aplicação do direito era o silogismo dedutivista, a mera subsunção do fato à norma, o que sem dúvidas limitou o campo de julgamento do juiz. "A influência dessa Escola, contudo, ultrapassou as fronteiras da França e se fez presente na maior parte dos países da Europa continental do século XIX, sendo que, ainda hoje, exerce uma influência significativa no ensino e prática do direito"[178].

Na Alemanha, surge a Escola Histórica do Direito, cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny. Buscava, dentro de um matiz positivista, a compreensão histórica e cultural do Direito, objetivando compreender os usos e aplicações que deram surgimento às normas. "A afirmação da historicidade do direito (como objeto e como ciência) foi uma resposta à perplexidade gerada pela positivação"[179]. Savigny entendia que era necessário buscar o sentido da norma no espírito do povo (*Volksgeist*), que é fonte originária do Direito. Para a Escola Histórica,

> [...] a essência do homem e as suas determinações fundem-se em um mesmo núcleo, cujo conteúdo e cuja forma são definidos como históricos; existiria, na verdade [...], unidade entre homens e forças da natureza, e a história, como um eterno fluxo de geração, plasmaria os homens, irmanando-os e reunindo-os na comunidade de autoconsciência[180].

Posteriormente ao positivismo exegético surge o positivismo normativista de Hans Kelsen. Cria-se uma nova teoria do Direito, calcada no estudo e na descrição do objeto do Direito e pautada em ideais de segurança, certeza e previsibilidade. Para Kelsen, a teoria do Direito deve estar livre de qualquer influência ideológica ou política[181]. A Teoria Pura "quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito"[182]. Do ponto de vista do

---

[178] LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, jan. a jun. de 2008, p. 106. ISSN: 2359-5736.

[179] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 77.

[180] FONSECA, Ricardo Marcelo. O POSITIVISMO, "HISTORIOGRAFIA POSITIVISTA" E HISTÓRIA DO DIREITO. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>. Acesso em: 21 dez. 2017. p. 145.

[181] "Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto" – Prefácio à primeira edição da obra. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998. p. VII.

[182] Ibidem. p. 1.

positivismo, "interessam como objeto do conhecimento apenas normas positivas fixadas, ou seja, estabelecidas por atos de vontade"[183]. A teoria procura dizer o que o Direito é (descrever seu objeto). Porém, essa teoria define a norma jurídica como um dever-ser. Por isso é normativa.

Com essa definição, Kelsen propõe uma teoria do Direito que foque seus estudos apenas no objeto que busca analisar. É uma teoria descritiva, analítica. Não está comprometida a dizer o que o Direito deve ser, mas sim aquilo que ele é. "A Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de ser dado Direito justo ou não como à questão mais fundamental do que constitui a justiça"[184]. Não se filia a uma concepção moral julgadora do como seu objeto tem que ser. Mantém distância de tudo aquilo que é estranho ao Direito positivo.

Com isso, coloca como objeto da Teoria Pura do Direito o Direito positivo. Tudo que a ele não importar, mas que se relacionar de alguma forma com Direito será considerado como *política jurídica*, como a história, a sociologia, a filosofia, a política, a economia etc. Dentro das principais características do positivismo normativista (a norma estatui um dever-ser[185]), podem-se citar a *Tese da Descrição*, que diz que a função do Direito é a de descrever seu objeto sem algum tipo de valoração. A *Tese da Separação*, que determina a separação conceitual entre direito e moral, tendo as normas jurídicas validade independentemente de sua validade moral. E a *Tese da objetividade das fontes*, que significa que somente será considerado como Direito aquilo que for produzido por uma fonte jurídica legalmente autorizada, legítima para produção da norma.

A validade do ordenamento jurídico se encontra em uma norma pressuposta chamada por Kelsen de norma fundamental, que é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.

> O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto

---

[183] KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 6.
[184] KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*: a Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001. p. 262.
[185] KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 4.

> representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa[186].

Dentro dessa ordem normativa que tem sua validade pressuposta na norma fundamental (transcendental), existe uma hierarquia que se define entre normas superiores e normas inferiores. A relação entre essas normas escalão superior inferior na ordem jurídica, "como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior"[187].

Nesse tópico, Kelsen utiliza o exemplo da moldura para demonstrar a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito. "Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato"[188]. Sustenta seu ponto de vista ao dizer que a indeterminação na aplicação da norma pode ser por ato não intencional da própria constituição da norma jurídica. A norma abarcaria a pluralidade de significações de uma palavra. Assim, "o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis"[189].

Com essas ideias, Kelsen passa a definir o que entende por interpretação, que seria "a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar"[190]. Partindo do conceito de moldura, diz que a interpretação da lei não conduz necessariamente a uma única resposta correta, mas a uma resposta correta dentro daquelas possíveis. A decisão por uma ou outra opção dentro da moldura, ou até mesmo fora dela, seria um ato de vontade do julgador[191].

---

[186] Que continua: "a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental *(Grundnorm*)" KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998. p. 136.

[187] Ibidem. p. 245.

[188] Ibidem. p. 246.

[189] Ibidem.

[190] Ibidem. p. 247.

[191] "A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito" Ibidem. p. 249.

Kelsen ainda diferencia a interpretação em autêntica e não autêntica. A interpretação autêntica é aquela realizada pelos juízes quando aplicam o Direito por meio de uma decisão judicial. A interpretação não-autentica é aquela realizada dentro da política do Direito por qualquer intérprete e que não possui força vinculante. Não tem legitimidade como a intepretação autêntica[192].

Com o advento da II Guerra e todos os acontecimentos dela decorrentes, a teoria de Kelsen foi rechaçada, sendo culpada pelas atrocidades cometidas pelo nazismo. A obediência cega da norma teria levado a uma catástrofe mundial. Tais críticas, entretanto, não correspondem aquilo que foi proposto por Kelsen, que não teve culpa pelos atos cometidos durante a Guerra[193], estando essa característica de obediência à norma ligadas ao positivismo exegético e não ao positivismo normativista. É importante ressaltar que não existe apenas um positivismo, mas sim positivismos, espécies que possuem características próprias e que não devem ser confundidas. Como espécies de positivismo podem ser citadas o positivismo filosófico, positivismo científico, positivismo jurídico e, dentro dele, o positivismo exegético, positivismo lógico, positivismo normativista, positivismo inclusivo, positivismo exclusivo etc. A crítica ao positivismo pode ser entendida com os seguintes argumentos.

> O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se

---

[192] Ibidem.

[193] Kelsen não negava a existência da moral e da sua influência no Direito. Entretanto, partia de outra perspectiva: "Quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito - e é este o seu sentido próprio, tem de pressupor que apenas uma Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas 'Direito'. Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça" (p. 45); "A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida" (p. 47); "A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito." (p. 47). KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

> encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. [194]

Em 1961 uma nova obra marcava a história do positivismo, "O Conceito de Direito"[195], de Herbert Hart, lançado um ano após a segunda edição da principal obra de Kelsen, trazia noções muito importantes sobre a teoria do Direito. Tenta, assim como o jurista alemão, realizar uma análise descritiva, analítica do Direito, na tentativa de dizer o que o Direito é e não o que ele deve ser. Hart pode ser considerado um positivista leve (*soft*) ou moderado. Defende as teses da objetividade das fontes, da descrição e da separação conceitual entre o Direito e a Moral[196]. Porém, entende que o juiz pode criar o Direito no momento de sua aplicação se a norma estiver em uma área de penumbra[197].

O conceito de Direito para Hart parte de um pressuposto que é a existência de normas entre os indivíduos de uma determinada sociedade. Para que essas normas existam é necessária a ideia de obrigação, que significa a consciência de que a norma tem caráter geral e é habitualmente obedecida por um certo grupo dentro da sociedade como se fosse obrigatória. As normas jurídicas seriam aquelas normas postas por um soberano legitimado para produzi-las.

Hart as divide entre normas primárias e normas secundárias[198]. "As normas primárias podem ser chamadas 'regras de obrigação', uma vez que impõem condutas ou a abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam"[199]. Todavia, estas normas não conseguem sozinhas dar conta da ordem social, pois possuem defeitos. Para sanar tais defeitos, criam-se as normas secundárias, que têm a função de corrigir os defeitos das

---

[194] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 326. É preciso ficar atento para não compreender a sucessão das Escolas do Direito na história por uma concepção evolucionista. Nesse sentido "A história, em suma, torna-se a justificadora do presente através de uma suposta demonstração de que o presente foi o caminho 'natural' do processo histórico. Em segundo lugar, tal procedimento historiográfico cumpre papel legitimador na medida em que vislumbra a linearidade histórica como algo que conduz, de modo necessário, ao progresso (no caso, o progresso jurídico). Trata-se de uma concepção evolucionista da história do direito" FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 63.

[195] HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[196] HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.

[197] "Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision" HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958. p. 607.

[198] HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 92.

[199] KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 79-84, jan. 1991. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16155/14707>. Acesso em: 22 dez. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/%x. p. 81.

normas primárias e com elas constituir o sistema jurídico. “Elas especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma excludente, ou serem criadas, eliminadas ou alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma inequívoca”[200]. A norma de reconhecimento[201] é a que dá validade jurídica ao sistema de normas sociais. É necessário reconhecer quais condutas são juridicamente exigidas para que o sistema seja válido.

> Dentro da leitura hermenêutica que realiza do Direito, Hart assenta sua fundamentação em uma teoria do reconhecimento, baseada na concordância interior dos sujeitos participantes (elemento psicológico de definição) e aliada à existência de uma regra de reconhecimento, fornecedora de critérios empíricos e/ou contextuais. Ao sustentar a obrigação jurídica na concordância do participante (o chamado ponto de vista interno, a adoção da norma jurídica como padrão de comportamento), Hart identifica um livre querer do sujeito jurídico. Nesta ótica, apenas uma parte dos participantes (aqueles que adotam um ponto de vista externo frente ao sistema) seria constrangida à aceitação da regra por temor à sanção que adviria do seu descumprimento[202].

O conceito de interpretação em Hart está atrelado à zona de penumbra e à textura aberta da linguagem[203]. “Os limites naturais da linguagem impedem que o Direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar [...] a complementação de significado dos termos não claros”[204]. A interpretação para os casos fáceis, ou seja, aqueles em que a linguagem da norma é unívoca e não gere interpretações dúbias ou contrapostas, deve ser realizada pela subsunção do fato a norma[205].

> A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais e pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso [...] Aqui, na franja

---

[200] Ibidem. p. 81-82.

[201] É preciso diferenciar os conceitos de norma fundamental em Kelsen e norma de reconhecimento em Hart. A norma fundamental de Kelsen também dá validade ao sistema, mas não funciona com base nos critérios de reconhecimento de Hart. Ela estabelece o dever-ser do ordenamento, não se preocupando com os valores internos de reconhecimento das normas pelos indivíduos.

[202] KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). . São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. p. 25.

[203] HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 141.

[204] KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. *Op. cit.* p. 27.

[205] HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 138-139.

> deixada pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis[206].

Para os chamados casos difíceis, aqueles em que há um conflito interpretativo no momento da decisão, em que os significados possíveis divergem, é possível que os juízes "criem" o Direito, baseando-se em critérios morais, mas limitados pela norma de reconhecimento. Esse ponto é, talvez, o mais criticado da teoria da Hart, pois com a permissão dada aos juízes de criar o Direito, instaurar-se-ia uma contradição ao positivismo, notadamente pela teoria das fontes e da segurança jurídica.

c) Pós-positivismo

Após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945)[207], o positivismo jurídico entrou em decadência, tendo sido culpado por muitos dos atos cometidos. A partir de então começaram a surgir novas teorias do Direito, inspiradas em ideais humanitários e de preservação da vida e da dignidade. Essas teorias costumam ser chamadas de pós-positivismos. Têm como característica distanciar-se das concepções puras de Direito Natural (universalidade e imutabilidade). Algumas de suas vertentes possuem uma base positivista, estabelecendo limites formais ao conteúdo do Direito. Entretanto, permitem um canal de comunicação entre a moral e o Direito, tendo em vista que o conteúdo do Direito deve possuir um "mínimo ético". A moral funcionaria como corretiva do Direito.

Se encaixa dentro desse conceito o neoconstitucionalismo, pelo qual a Constituição é alçada ao topo do ordenamento jurídico, sendo composta por princípios e valores compartilhados pela comunidade, abstraindo-se da subsunção formal para possibilitar uma real efetivação dos direitos. A promulgação da Constituição de 1988 "ocasionou uma significativa mudança na compreensão do ordenamento jurídico como um todo. Em grande medida, isto se

---

[206] Ibidem. p. 148-149.

[207] "Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. [...] Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A 'superação histórica' do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito'. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da* Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

deu pelo desenvolvimento de um discurso teórico voltado para a efetivação de direitos fundamentais sociais"[208]. Com ideais de concretização de direitos fundamentais, a Constituição se preocupou com a efetividade de suas disposições, emanado normas diretivas e prescritivas para a consecução das garantias.

> O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente[209].

Grande expoente dessa corrente é Robert Alexy[210], que defende a utilização da proporcionalidade em casos de conflito entre princípios. A permissão de uma "entrada" da moral no Direito ocorreria por meio da ponderação de interesses estaria justificada quando ocorressem tais conflitos[211]. A tese da incorporação da moral afirma que todo sistema jurídico contém princípios[212]. Assim, nesses casos, haveria um sopesamento por meio do qual seria possível determinar qual princípio deve prevalecer em relação ao outro.

Quando do conflito entre princípios, é possível, por meio da argumentação, "escolher" qual deve prevalecer. É preciso ressaltar que o conceito de Direito defendido pelo autor parte de uma premissa não positivista, que permite uma função corretiva da Moral no Direito[213]. Em sua teoria da proporcionalidade[214], após diferenciar e definir as espécies de normas (regras e princípios) e esclarecer as possibilidades de conflito entre elas, trata do uso da ponderação no caso de colisão entre princípios. Discorre sobre a Lei da Colisão (Quanto maior for o grau de

---

[208] RODRIGUES, Renê Chiquetti. *UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A SUPOSTA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. p. 15. O autor, em seu trabalho, realiza uma crítica sobre o discurso de superação do positivismo pelas correntes modernas do Direito, notadamente o neoconstitucionalismo, buscado averiguar a veracidade de tal afirmação.

[209] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da* Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328.

[210] Suas principais obras são: Teoria dos Direitos Fundamentais (1985), Teoria da Argumentação Jurídica, publicada em 1983, Conceito e Validade do Direito (2002) e Teoria Discursiva do Direito.

[211] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

[212] Ibidem. p. 90.

[213] "O argumento dos princípios leva a uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer" ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 92.

[214] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85-179 e 575-627.

não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro[215]), adentrando nas máximas da adequação e necessidade, as quais relacionam-se com as possibilidades fáticas de otimização, e na proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas).

Dentro das possibilidades fáticas é possível estabelecer-se critérios mais objetivos para dizer o que se considera adequado ou necessário. Contudo, quando se chega à proporcionalidade em sentido estrito, embora busque um raciocínio objetivo, é difícil sustentar os argumentos morais que podem ser colocados na fundamentação da decisão. Ao final estará se tratando de uma escolha moral e não de uma decisão jurídica. Essa permissão da moral na aplicação do Direito abre um enorme espaço para a subjetividade, discricionariedade e decisionismo, culminando em uma enorme falta de segurança jurídica, a qual é base fundamental do Estado de Direito.

Ronald Dworkin foi um dos autores que conceituou o *Interpretativismo Jurídico*. Baseado em um conceito de moralidade política, ergueu as bases de sua teoria na chamada "integridade". Entende que o Direito é um conceito interpretativo[216]. O Direito não pode ser definido como um objeto pronto e acabado, um sistema fechado de normas. O conceito de Direito deve ser constantemente redefinido conforme as práticas sociais, seus usos e sua historicidade.

Para ele, os princípios têm função extremamente importante, sendo conceituados como "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[217]. Princípios são uma exigência de justiça e representam a moralidade política de uma sociedade.

> A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade com o um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum

[215] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 593.
[216] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 488
[217] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 36.

> modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos[218].

É preciso ressaltar que o contexto em que o autor está inserido é o da sociedade americana, adepta do *common law*, em que a jurisprudência e os precedentes possuem grande força. O autor rechaça a tese da objetividade do positivismo, pois nos casos chamados de difíceis, em que não é possível obter uma resposta adequada por meio da subsunção, teriam que se admitir como válidas aquelas decisões baseadas em fundamentos extrajurídicos[219]. As razões tomadas para a norma não estariam baseadas no critério de *pedigree*, que seria a exigência para considerar uma regra como jurídica[220].

Critica, ainda, o positivismo, com a tese do aguilhão semântico. Sob essa perspectiva, Dworkin compreende que a concordância sobre o conceito do que é Direito implica que as divergências de concepção sobre a natureza ou fundamento do Direito não derroguem as bases históricas e linguísticas da comunidade sobre como tratar o Direito. Discordar sobre aspectos do Direito não significa divergir sobre o que se entende por Direito em uma prática social.

No positivismo, embora se possa determinar o que é verdadeiro ou falso em Direito, as divergências acabam por prejudicar um consenso acerca do tratamento dispensado ao objeto[221]. "A divergência teórica sobre os fundamentos do direito deve ser um pretexto, pois o próprio significado da palavra 'direito' faz o direito depender de certos critérios específicos, e que qualquer advogado que rejeitasse ou contestasse esses critérios estaria dizendo absurdos que contradizem a si mesmos"[222]. O aguilhão (ferrão) implica que as divergências semânticas

---

[218] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 204.

[219] MARANHÃO, Juliano Albuquerque. *Positivismo Jurídico Lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 113.

[220] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 29.

[221] "Seguimos regras comuns, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras estabelecem critérios que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso de 'direito' ligam o direito ao fato histórico puro e simples. Não se segue daí que todos os advogados tenham consciência dessas regras no sentido de serem capazes de enunciá-las de alguma forma nítida e abrangente. Pois todos nós seguimos regras ditadas pela língua que falamos, e delas não temos plena consciência DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 39. Na mesma linha, Dworkin segue: "As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam. Ibidem. p. 41.

[222] Ibidem. p. 38.

sobre o conceito de Direito prejudicam sua aplicação. Por isso, o aguilhão semântico deve ser afastado, senão seria possível dizer qualquer coisa sobre o que é Direito.

> Chamarei de aguilhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais[223].

Com base nesses fundamentos, o melhor modo para decidir as questões judiciais é a utilização do "direito como integridade". E quem estaria apto para julgar com base na integridade seria o "Juiz Hércules", o qual possui um método elaborado, pelo qual entende a "ideia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como o resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei[224]".

Desse modo, percebe que a adoção dos métodos tradicionais de interpretação, dentre eles o teleológico, não são de grande utilidade, pois não considera como fundamental a intenção do legislador no momento de promulgação da lei, visto que cercada por finalidades particulares. A opinião do legislador quando da elaboração do texto legal não representaria necessariamente o significado da norma, que se revela somente a partir da integridade. Nas palavras do autor, para que o Legislativo possa se utilizar da integridade, deve atuar como um intérprete social na busca pelo sentido da norma. Deve dar a ela o melhor sentido possível, funcionando como um autor inserido em um contexto específico, que precisa escrever os próximos passos da história legislativa. Assim,

> Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a

[223] Ibidem. p. 55.
[224] Ibidem. p. 380.

> desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso[225].

Dworkin insere Hércules dentro do contexto da decisão judicial, como o autor de um novo capítulo que será escrito. Seu dever não é descobrir a intenção do legislador, mas sim o momento histórico da concepção da lei. Deverá analisar a moralidade política da sociedade e a partir de critérios como justiça e integridade, conceber a melhor decisão possível[226]. Ainda, entende como equivocada a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, pois ambos devem ser resolvidos do mesmo modo pelo julgador[227]. Para ele, essa diferenciação não se justifica, tendo em vista que todos os casos jurídicos devem ser resolvidos utilizando o mesmo método.

Dworkin compreende a dificuldade do método utilizado por Hércules. Sabe que na prática é muito difícil que um julgador consiga realizar o trabalho realizado por ele, seja pela dificuldade de se trabalhar com a amplitude da historicidade, seja pelo enorme número de processos com os quais os juízes se deparam no dia-a-dia[228]. Por esse motivo o denomina de *Hércules*, aquele que está acima dos poderes humanos (semideus), e que, por isso, conseguiria julgar adequadamente os casos com base na equidade.

O autor trabalha com conceitos não convencionalistas, criticando o convencionalismo por possibilitar a discricionariedade. Dá grande valor aos princípios e à inserção do político no Direito. A moralidade política é conceito importante em sua obra e deve servir de guia para a aplicação do Direito. A importância discursiva da decisão jurídica é preciosa para ele, devendo sua construção ter caráter comunicativo. Para o autor, o Direito é inserido na linguagem e deve ser compreendido como um conceito interpretativo. Além disso, também compreende como necessário enxergar o Direito como uma prática argumentativa, devendo a decisão jurídica possuir as razões que melhor justifiquem a moralidade política de uma comunidade.

A presente pesquisa baseia-se na definição de Direito como conceito interpretativo, conforme assevera Ronald Dworkin. Dessa maneira, entende-se o Direito como linguagem, sendo a interpretação fundamental para determinar seu significado. Para tanto, é necessário

---

[225] Ibidem. p. 377.
[226] Ibidem. p. 64.
[227] "Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis" Ibidem. p. 423.
[228] "Hércules serve e a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica. Não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar um a linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive a suas caracterizações iniciais do direito" Ibidem. p. 454.

pressupor o caráter de prática argumentativa das decisões. Assim, os pressupostos teóricos da teoria da argumentação adequada às prisões cautelares aqui defendida encontram-se na teoria dworkiniana.

2.2 DIREITO E LINGUAGEM

O Direito é linguagem. Essa é sua forma e conteúdo. A linguagem tem papel extremamente importante para o Direito. É ela que possibilita a comunicação entre os indivíduos que compõe a sociedade, sendo fundamental para as relações sociais. Nas palavras de Paulo Barros de Carvalho, inspirado por Vilém Flusser[229], "somente acontece aquilo que é registrado pela linguagem"[230]. É impossível compreender a argumentação jurídica sem compreender a linguagem. O reconhecimento da importância da linguagem se deu com a chamada virada linguístico-pragmática e teve como principais autores Wittgenstein, Heiddeger e Gadamer. Até o acontecimento dessa virada, costuma-se dividir os paradigmas da história da filosofia em três fases, quais sejam: a filosofia do Ser (até Kant), a filosofia da consciência (de Kant até Wittgenstein) e filosofia da linguagem (de Wittigenstein até o presente)[231.]

É possível observar que na filosofia da Grécia Antiga a "relação sujeito-objeto [...] repousa sobre o objeto: a linguagem é mero instrumento de acesso à estrutura do real, do mundo, caracterizando-se não mais do que como uma coisa dentre outras"[232]. É possível entender tal trato com o objeto pela:

---

[229] FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade*. Annablume: Coimbra, 2012.

[230] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 159. Para Vilém Flusser, "é um engano querer acreditar que sempre houve história porque aconteceram fatos; [...]. É um engano, pois nada aconteceu antes da invenção da escrita, tudo apenas ocorria". FLUSSER, Vilém. *A Escrita*: Há futuro para escrita?. Annablume. Coimbra, 2010. p. 22.

[231] Ibidem. p. 26. É preciso ficar atento à noção de evolução histórica, que muitas vezes coloca uma corrente como superação da outra. Nesse sentido: "Na medida em que a história é vista como uma sequência linear e harmônica de fatos, que se encadeiam de modo lógico no tempo, está-se elaborando, na verdade, uma lógica da exclusão de todas as perspectivas e possibilidades históricas, ocorridas ou frustradas, mas que acabaram ficando ao largo do projeto que regeu o encadeamento dos fatos eleitos. Em outras palavras, é elaborado um conhecimento histórico intrinsecamente ligado a uma lógica que é própria do historiador que redige tal história e que, por sua vez, não pode ser dissociada de todo um código de valores, de preocupações teóricas, etc., em verdade pertencentes à época do historiador (e não à época estudada). A linearidade construída desta forma, assim, torna-se uma deformação grave do passado pelo filtro desta lógica da exclusão (do presente)". FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 60-61.

[232] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Na trilha da hermenêutica da Hans-Georg Gadamer*: giro linguístico-pragmático, hermenêutica filosófica e uma crítica ao subjetivismo na aplicação do direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. p. 20.

> [...] preocupação com a *cosmologia*, isto é, com o estudo das origens das coisas do mundo e do próprio mundo. Nessa especulação inicial, muito ligada à *physis*, à natureza, buscava-se entender a relação do homem com os deuses, o funcionamento do mundo, o ciclo da vida, fazendo, além da filosofia, uma perquirição muito próxima daquilo que hoje classificaríamos como ciência[233].

A influência que a filosofia do Ser representa ainda hoje é muito grande. Desde o início existiu um compromisso da filosofia com a verdade. Para representar tal situação, Streck utiliza o exemplo de *Crátilo*, escrito por Platão, a qual pode ser considerada a primeira obra que trata sobre filosofia da linguagem. Na discussão estão Sócrates, Hermógenes (sofista) e Crátilo (pré-socrático). O assunto debatido é o naturalismo, pelo qual o nome das coisas está ligado a sua natureza (o *logos* está na *physis*) e o convencionalismo, pelo qual a relação entre palavras e coisas é completamente arbitrária, não havendo relação entre ambas. O primeiro é defendido por Crátilo e o segundo por Hermógenes. *Crátilo* representa o enfrentamento de Platão à sofística[234], para quem a verdade não era prioritária.

Na modernidade há uma outra mudança de paradigma, em que o sujeito para de se assujeitar ao objeto e começa a ser o protagonista na definição de sentido das coisas. Essa modificação está principalmente atrelada as figuras de Immanuel Kant e de René Descartes, ambos ligados ao movimento iluminista e à ascensão da razão nas ciências. O "*eu penso* como fundamento primeiro do saber, a influência de Descartes no seu tempo eleva a consciência à qualidade de princípio legitimador da filosofia: *começa-se a falar de um sujeito 'assujeitador' ao se conceber a consciência enquanto instância doadora de sentido*"[235]. Kant, no prefácio da 2ª edição da obra Crítica da Razão Pura resume as bases dessa nova ontologia, entendendo que os objetos devem se regular pelo conhecimento do sujeito e de forma *a priori*, ou seja, que se estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados[236]. A colocação do sujeito como determinante para o conceito de objeto também tem influência no pensamento da modernidade. "A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a

---

[233] MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 35.
[234] STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.
[235] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 23. Grifo do autor.
[236] "Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir a priori, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se comeste pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor como que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento a priori desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados" KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2001. p. 45-46.

modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*)"[237]. A partir daí o homem e a razão se consolidaram como protagonistas da história.

A filosofia do conhecimento começou a entrar em decadência junto com o iluminismo e viu seu paradigma alterado pela linguagem. No século XX a razão e o sujeito não eram mais levados como únicos meios para o saber possível. Para além disso, a linguagem surge para alterar a ontologia do ser. O homem não era mais o único escritor da história, mas nela estava inserido e contribuía como um autor, junto com vários outros. Seu destino não era por ele unicamente determinado. O Ser modifica e é modificado pelo meio em que está inserido. Não determina a verdade das coisas, mas apreende seu sentido.

Para essa mudança de paradigma alguns nomes tiveram grande importância, sendo os principais Darwin, Marx e Freud. Eles mostraram a incapacidade de o homem dominar a história. Darwin mostrou que somos determinados biologicamente em um nível muito alto, mais do que se pensava ser à época. Marx, por meio do materialismo histórico e dialético demonstrou que o curso da história é formado pelas lutas de classe[238]. Que o curso do capital determinava o rumo da humanidade e que a noção de controle social estava equivocada. Em Freud é possível observar a força do inconsciente na formação do sujeito e que a noção de autodeterminação era falha[239].

Foucault[240], nas palavras de Guilherme Fonseca de Oliveira, entendeu que esses pensadores refundaram "a possibilidade de uma hermenêutica ao passo que em relação à sua época eles mudam a natureza dos signos e a maneira pela qual os signos em geral poderiam ser interpretados"[241]. Na física quântica, tida até então como uma ciência exata, capaz de determinar com precisão seus resultados, surge o princípio da incerteza, cujo termo foi criado por Werner Heisenberg em 1927, e que transformou a mecânica quântica. Este princípio é utilizado para determinar a posição de um elétron em um átomo. Todavia, é impossível saber a localização exata que este ocupa, e por isso o princípio é chamado de princípio da incerteza[242].

---

[237] STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.
[238] MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 8.
[239] STEIN, Ernildo. *Pensar e errar*: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 52-54.
[240] FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos II*: Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização: Manoel Barros da Motta. Tradução. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 42-43.
[241] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 25.
[242] Sobre o princípio da incerteza e o paradigma Schröedinger ver: < http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/4218/n/biologia-sistemica-a-ciencia-do-seculo-21/biologia-quantica/ >. Acesso em: 28. jan 2018.

Referida mudança de paradigma alterou as bases da ciência moderna. “No centro dessa superação está a viragem linguístico-ontológica, no interior da qual a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade”[243]. A filosofia da consciência deu lugar a filosofia da linguagem, sendo essa alteração conhecida como giro linguístico-pragmático[244]. Os autores fundamentais para o giro linguístico foram Rudolf Carnap e Moritz Schlick e para o giro pragmático foram Ludwig Wittgenstein e Martin Heidegger. A preocupação de ambos foi realizar uma crítica à metafísica tradicional.

> A viragem (reviravolta) linguística do pensamento filosófico do século XX vai se centralizar justamente "na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística. Passa-se, enfim, à inexorabilidade da mediação linguística, onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco. Morre o cogito cartesiano e todas as formas de “eu” puro, desindexado de cadeias significantes. Da superada (?) relação sujeito-objeto passa-se à relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a ontologia fundamental (analítica existencial). Com ela, decreta-se a morte da ideia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito. Com a ontologia fundamental, o que morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo[245].

O giro linguístico foi iniciado com o chamado Neopositivismo Lógico e o Círculo de Viena. Esse movimento teve início no século XX e reuniu pensadores dos mais diversos ramos da ciência, como filósofos, sociólogos, matemáticos, físicos, juristas e tinha como objetivo definir os rumos da ciência, discutindo a natureza do conhecimento científico. Tratavam então sobre a Filosofia das Ciências, sobre a Epistemologia do conhecimento. Estavam preocupados com o saber qualificado como científico (*episteme* + *logos*). Entretanto, o que marca o

---

[243] STRECK, Lenio Luiz. DIFERENÇA (ONTOLÓGICA) ENTRE TEXTO E NORMA: AFASTANDO O FANTASMA DO RELATIVISMO. In: *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Tôrres (Coord.). Barueri: Manole, 2005. p. 56.

[244] “Reflexões desse gênero conduziram a uma desconstrução da verdade objetiva e a correspondente tomada de consciência dos limites intrínsecos do ser humano, com a subsequente ruína do modelo cientifico representado por métodos aplicáveis aos múltiplos setores da experiência física e social. Plantado no princípio da autorreferencialidade da linguagem, eis a assunção do movimento do ‘giro-linguístico-pragmático’. [...] Tem-se como não mais existente aquele espaço excessivamente privilegiado da racionalidade, apoiado nos auspiciosos resultados colhidos pela Ciência, tão enaltecido e reverenciado nos tempos do Iluminismo”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 166.

[245] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 171-172.

movimento é a redução da Epistemologia à Semiótica ou teoria geral dos signos. A linguagem se torna o instrumento para o saber científico[246].

No ano de 1929, Rudolf Carnap, Hans Hahn e Otto Neurath publicaram um manifesto chamado "O ponto de vista científico do Círculo de Viena"[247]. Nele estavam escritos os principais objetivos do Círculo, quais sejam: I) a colocação da linguagem do saber sob bases intersubjetivas; II) assumir uma posição humanista; III) afirmar que tanto a Filosofia quanto à Teologia não poderiam ostentar genuína validade cognoscitiva. Partindo de tais concepções, sobressaltam duas características. A primeira é que todo conhecimento está no domínio do conhecimento empírico e a segunda é a adoção da análise lógica da linguagem como instrumento de reflexão filosófica[248].

A adoção da Semiótica como modo de análise do saber científico direciona o estudo da linguagem para três pontos: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Esse tratamento permite um rigor lógico para produção científica. O apelo a sintática, que trata das relações que os signos linguísticos possuem entre si, encontra fundamento na necessidade de sentido exigidas pelas proposições. Assim, a coerência entre as palavras empregadas em uma frase é requisito para que o discurso da ciência possa ser compreendido.

Além da sintática, tem papel importante a semântica, pois mesmo que os signos estejam dispostos de forma adequada em uma proposição, isso não implica que seu sentido seja verdadeiro. O semântico relaciona o signo com o objeto que representa. O significado advém da concepção material expressa pelo objeto e da sua representação pelo signo. É necessário um canal que liga o sentido dado materialmente e o concebido semioticamente. Pela sintaxe, uma frase pode fazer sentido, mas não ter sentido. Para tanto, "um enunciado terá sentido semântico se puder ser empiricamente verificável. Esta firme e radical postura epistemológica afasta, desde logo, os enunciados metafísicos dos quadros do saber científico"[249]. Todavia, embora o giro linguístico se ativesse à sintática e à semântica, se afastava da pragmática.

O giro pragmático é dado por Wittgenstein e Heidegger e busca o rompimento com as bases tradicionais da filosofia calcadas no esquema sujeito-objeto. A filosofia do Ser, com características de análise do objeto e a filosofia da consciência com análise subjetivadora do

---

[246] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 21.
[247] CARNAP, Rudolf ; HAHN, Hans; NEURATH, Otto. A Concepção científica do mundo: O Círculo de Viena. *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*. Vol. 10. 1986. p. 10-13.
[248] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 23-24.
[249] Ibidem. p. 29.

sujeito não conseguem sair desse esquema que para a corrente pragmática se mostrou equivocado ao longo da história[250].

> Com o giro ontológico operado por Heidegger, se dá — de uma forma inédita em toda tradição filosófica — uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um *contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*). Há uma espécie de "privilégio" do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico*[251].

Wittgenstein, com sua segunda grande obra, intitulada Investigações Filosóficas[252], promoveu uma incursão da pragmática analítica no campo da filosofia por meio dos jogos de linguagem. Heidegger[253], em Ser e Tempo, reformulou as questões sobre o sentido do ser a partir da pragmática existencial[254]. Para Wittgenstein "o termo 'jogo de linguagem' deve [...] salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida"[255]. Como superação da metafísica tradicional, o autor considera os jogos de linguagem como condição de possibilidade do conhecimento, separando-se da função meramente designativa da linguagem vista no objetivismo[256].

---

[250] "Neste sentido a pragmática transcendental vai substituir a distinção kantiana entre coisa em si e fenômeno pela distinção pierciana entre o real enquanto, em princípio, cognoscível e o de fato conhecido aqui e agora. Todo este movimento reflexivo efetivado pela pragmática transcendental desemboca numa mudança de paradigma em relação tanto à filosofia clássica (uma filosofia do ser), como em relação à filosofia moderna (uma filosofia da consciência): a reflexão filosófica não pode mais, como fez na modernidade, partir de um sujeito isolado, que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos. Produções cognitivas, o sabemos depois da reviravolta pragmática, são sempre produções comunicativas, isto é, só pensáveis como possíveis em relação a uma comunidade de comunicação. Daí a consequência fundamental para uma reelaboração transcendental-pragmática da teoria da verdade: a evidência cognitiva do indivíduo perde, de fato, seu status como instância última de decisão para o consenso intersubjetivo, onde todas estas evidências subjetivas são situadas e julgadas (eventualmente corrigidas) [...] A novidade aqui é que para a pragmática transcendental a instância fundante não é mais o Eu, pois ela não interpreta razão subjetivamente, mas intersubjetivamente, portanto, instância fundante é, em última instância, a comunidade infinita de comunicação" OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 80-84.

[251] STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63.

[252] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

[253] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

[254] ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Vol. 9(2): 136-150, maio-agosto 2017. Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2017.92.05. p. 144.

[255] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 35.

[256] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 31.

Critica também a tese do subjetivismo em que o significado das palavras é determinado exclusivamente pelo sujeito. Para ele, a linguagem se situa como essencial para o conhecimento e interação humana. O significado se dá a partir dos jogos de linguagem, das interações entre sujeito em objeto, em que não há uma subjetivação, nem uma objetivação, mas uma composição de sentido mediada pela linguagem. Wittgenstein está preocupado com os usos da linguagem (pragmática).

O pensamento de Heidegger[257] é extremamente influente no mundo contemporâneo. Sua obra Ser e Tempo (1927) é um marco dentro da filosofia, sendo ele considerado um dos grandes filósofos da história. "Afastando-se das filosofias metafísicas idealistas, Heidegger propõe uma busca ontológica como base da filosofia. A palavra ontologia vem do grego *ontós*, ser, e a petição heideggeriana é pela filosofia do Ser. Compreender o que é, o que existe, o ser, torna-se o fundamento de sua filosofia"[258]. Nesse sentido, a filosofia passa a ser uma ontologia fundamental do ser, descrevendo fenomenologicamente sua existência[259].

Tema de grande importância dentro da filosofia de Heidegger é o *Dasein*. Para ele, o Ser é sempre o ser de um ente. "A compreensão do sentido do ser se dará a partir da análise de um determinado ente. O ente eleito por Heidegger para o questionamento acerca do sentido do ser é o Dasein"[260]. A compreensão ontológica do Ser se dá pela sua colocação no mundo, como ente, cujo sentido é dado pela linguagem[261].

> Toda pesquisa — e não por último a que se move no âmbito dessa questão central que é a questão-do-ser — é uma possibilidade ôntica do *Dasein*, cujo ser encontra seu sentido na temporalidade. Essa é, contudo, ao mesmo tempo a condição da possibilidade de historicidade como um modo-de-ser temporal do Dasein ele mesmo, abstração feita de se e de como ele é um ente sendo "dentro do tempo". A determinação de historicidade é anterior ao que se chama de história (o acontecer de-

---

[257] Foi orientador de Heidegger o filósofo Edmund Husserl, adepto da corrente fenomenológica.

[258] MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 333.

[259] "... ontologia fundamental passa a significar que é impossível encontrar através da ontologia um fundamento, no sentido clássico - mas é preciso, de certo modo, ir a um abismo na análise do ser-aí, que é sem fundo na medida em que é finito e é preciso, em lugar de se descrever o ser humano, descrevê-lo enquanto ele se manifesta na sua existência. Daí que ontologia nunca mais será apenas uma teoria do ser, mas será uma descrição fenomenológica da existência". STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência*: Uma introdução à filosofia. L&PM Editores: Porto Alegre, 1988. p. 78.

[260] BARRETO, Jupyra Vilela. O SER DOS ENTES QUE VÊM AO ENCONTRO NO MUNDO CIRCUNDANTE; UMA ANÁLISE DO PARÁGRAFO 15 DE SER E TEMPO DE MARTIN HEIDEGGER. *"Existência e Arte"- Revista Eletrônica do Grupo PET - Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei* – Ano IV - Número IV – janeiro a dezembro de 2008. p. 2.

[261] "Compete à linguagem revelar o ente em sua verdade e exprimi-la na palavra. No entanto, o que se revela nunca é só um ente: no dizer o ente transcendemos o ente na direção do ser. Então, é por meio da palavra que se realiza o evento do desvelamento. Assim, é na força da palavra que o homem, ser histórico, vem ao ser. Heidegger chama esse evento de relação hermenêutica entre o homem e o ser" OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 213.

> história-universal). [...] Se o *Dasein*, por outro lado, tomou a possibilidade que tem de não só dar transparência a sua existência, mas também de perguntar pelo sentido da própria existenciariedade, isto é, perguntar previamente pelo sentido do ser em geral e, perguntando, ter olhos para ver a essencial historicidade dele mesmo, então ele verá inevitavelmente que o perguntar pelo ser, cuja necessidade ôntico-ontológica foi mostrada, é caracterizado ele mesmo pela historicidade. A pergunta pelo sentido do ser – conforme o modo-de-execução que lhe é próprio, isto é, como prévia explicação do *Dasein* em sua temporalidade e historicidade — é por si mesma lesada a se entender como conhecimento-histórico[262].

O Ser só é na linguagem. A linguagem para Heidegger é a "morada do Ser", é a condição de possibilidade do Ser no mundo. O Ser está inserido na temporalidade que o determina e por ela é determinado. A pragmática analítica de Wittgenstein e a pragmática existencial de Heidegger complementam o giro linguístico iniciado por Carnap e Schlick e compõe a mudança de paradigma iniciada na filosofia no século XX, em que a linguagem assume papel principal na concepção de sentido no mundo.

A partir da influência de Heidegger, Hans-Georg Gadamer elaborou sua teoria sobre a interpretação baseada na ontologia do Ser e no uso da linguagem. É autor fundamental da *hermenêutica filosófica*, pela qual vai contra a existência de um método para a descoberta da verdade. Aponta Stein, seguido por Streck[263], que a leitura correta da obra de Gadamer seria "Verdade contra método"[264]. Busca romper com a tradição subjetivista da filosofia da consciência e pôr fim ao esquema sujeito-objeto e iniciar um novo modelo interpretativo para as ciências humanas. Objetiva um modelo hermenêutico em que o Ser é compreendido na linguagem. O significado de hermenêutica está ligado à compreensão de sentido. Para Streck,

> Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que

---

[262] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2012. p. 81-83.

[263] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 214.

[264] Nesse sentido, "a questão da relação verdade e método, em geral, na filosofia, na epistemologia e na teoria da ciência é apresentada como algo paralelo, como algo que decorria de si. Mas no próprio título Verdade e Método da obra de Gadamer podemos apreender que o que está presente neste binômio verdade e método é talvez muito mais a questão alternativo-disjuntiva – ou até, num certo sentido, a oposição: verdade contra método"; "a verdade é maior que a linguagem que o método quer controlar. Há uma palavra que destrona o sujeito que se quer afirmar no método". STEIN, Ernildo. *Anamnese*. A Filosofia e o retorno do reprimido. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 137 e 151. Ver também, nesse sentido: FUSARI, Lionara. Verdade contra o método: uma hermenêutica da hermenêutica filosófica gadameriana. In: *Anais da Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS, VII Edição*. Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 50.

> os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram[265].

O problema estaria justamente na atribuição de sentido que o intérprete coloca no texto para passar a mensagem. A intermediação entre o objeto e o indivíduo pode ser problemática. Segundo Gadamer, a verdade deve ser construída a partir das relações que o sujeito tem com o mundo a sua volta, com as trocas que realiza com o objeto. Como parte integrante da história, está inserido em um contexto em que a construção de sentido se dá pelo movimento circular das relações do sujeito com o que o cerca. Nesse sentido, "a realidade e aquele que a compreende estão numa posição de constante fusão de horizontes, num processo que não se esgota em determinações lógicas"[266].

A conceituação da palavra hermenêutica possui modernamente cinco diferenciações: I) uma teoria da exegese bíblica; II) uma metodologia filológica geral; III) uma ciência de toda a compreensão linguística (Schleiermacher); IV) uma base metodológica das ciências do espírito (Dilthey); e V) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial (Heidegger-Gadamer)[267].

Schleiermacher e Dilthey tiveram grande importância para a hermenêutica filosófica de Gadamer, influenciando-o diretamente. O primeiro buscou elaborar uma teoria geral dos processos de compreensão, tendo a hermenêutica papel fundamental e sendo considerada a base das ciências humanas, em contraposição à metodologia positivista das ciências naturais. Procura afastar-se do método. "Estabeleceu-se, assim, uma nova inteligibilidade própria às ciências humanas, *compreensiva*, diferente da oriunda das ciências naturais, que é *explicativa"*[268]. O autor também denuncia a tensão que ocorre entre a dialética e a hermenêutica, concluindo ser ambas necessárias para a compreensão do sentido. Para Schleiermacher, "o

---

[265] STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 25 dez. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/%x. p. 29. Entretanto, não é pacífica a relação entre o surgimento do significado de hermenêutica e Hermes. Sobre o assunto, pontua Jean Grondin: "A atividade mediadora do processo hermenêutico conduziu, já na antiguidade, a que a família verbal em torno de 'hermeénêus' e da 'hermèneutiké' fosse relacionada etimologicamente com o deus mediador Hermes. A conexão é, sem dúvida, demasiado patente para ser verdadeira. Por isso, na filologia mais recente, em quase toda a parte, foi encarada com razoável ceticismo. No entanto, nenhuma explicação etimológica conseguiu, até agora, impor-se universalmente, de modo que a questão sobre a origem do campo verbal de 'hermeènêuein' deve, aqui, continuar inconclusa" GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999. p. 55.

[266] MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 350.

[267] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 42.

[268] Ibidem. p. 47.

sentido de uma palavra em uma determinada passagem deve ser determinado a partir do contexto onde ela ocorre"[269]. Seu conceito de hermenêutica é o seguinte: "a hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, de um ponto de vista necessário, a partir de sua exposição"[270]. Schleiermacher esboça aí os primeiros traços do círculo hermenêutico e a importante contraposição do universal e do particular[271], entendendo que a natureza da hermenêutica parte da linguagem, e que têm como condições fundamentais as relações entre o falante e o ouvinte[272]. Dá importância fundamental à compreensão dos pensamentos do autor para que se capte o sentido da obra.

Em Dilthey é possível observar, com a influência de Schleiermacher, a procura de um meio para justificar a hermenêutica como base do conhecimento das ciências humanas (ciências do espírito). Com base na crítica da razão pura de Kant, procurou realizar uma crítica da razão histórica. A crítica kantiana se notabilizou por ir contra a metafísica como pura ciência racional do mundo, e motivou Dilthey a exigir uma fundamentação filosófica do conhecimento histórico[273]. Os conceitos de vivência e historicidade são essenciais para o autor[274]. A compreensão da existência e da experiência do ser é ponto chave em sua teoria. A partir desses elementos surge o conceito de consciência histórica.

> A consciência histórica em Dilthey obriga a compreensão do mundo e da própria vida a partir da temporalidade, de forma que tudo se dá em termos históricos e que não é mais possível falar em pressupostos e conceitos atemporais: lançam-se novos olhos sobre o ser, pois o próprio ser passa a ser histórico, e isto é decisivo para Heidegger e Gadamer[275].

Dessa forma, é com fundamento nas doutrinas de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger que Gadamer baseia sua teoria sobre a hermenêutica filosófica. O autor criticava a cisão que o processo interpretativo clássico fazia entre compreensão, interpretação e aplicação. Essa

---

[269] SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica*: arte e técnica de interpretação. Trad. Celso Reni Braida. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 17.
[270] Ibidem. p. 30-31.
[271] Ibidem. p. 47.
[272] Ibidem. p. 64.
[273] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 51.
[274] "Segundo Gadamer [...]. Ele elaborou uma análise lógica do conceito de 'nexos' na história que representou a ampliação do princípio hermenêutico, segundo o qual as partes individuais de um texto só podem ser entendidas a partir do todo, e este somente a partir daquelas (o chamado 'círculo hermenêutico'), sobre o mundo da história. Não somente as fontes chegam a nós como textos, mas também a realidade histórica é em si um texto que deve ser compreendida". SCOCUGLIA, Jovanka Baracuhey Cavalcanti . A HERMENÊUTICA DE WILHEIM DILTHEY E A REFLEXÃO EPISTEMOLÓGICA NAS CIÊNCIAS HUMANAS CONTEMPORÂNEAS. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 249-281, jul./dez. 2002. p. 257.
[275] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 52.

impossibilidade de cisão recai na impossibilidade de o intérprete "retirar do texto 'algo que o texto possui-em-si-mesmo', numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*)"[276].

Gadamer, portanto, se opõe ao método, critério para obtenção da verdade, cuja característica remonta ao movimento cartesiano[277]. Não acredita que o método possa revelar a verdade, pois o sujeito não deve atribuir sentido ao objeto e com isso chegar a um resultado. A partir disso Gadamer vai propor o conceito de pré-compreensões, inerentes ao intérprete e imprescindíveis para o processo hermenêutico.

> Na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser. [...] A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. É isso que deve ser aplicado à teoria hermenêutica, que está excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método[278].

O movimento dialético entre sujeito e objeto é recorrente em sua teoria. Para que esse ocorra é necessário que o sujeito reconheça seus preconceitos, que podem ser autênticos ou inautênticos, e esteja aberto para o diálogo. O conceito de tradição então se torna muito importante para Gadamer, pois é ali que estão inseridas as pré-compreensões.

A autoridade da tradição tem que ser levada em conta. Os preconceitos são fundamentais para a composição do sentido. É necessário descobrir quais preconceitos possibilitam a compreensão e aqueles que a afastam. "O intérprete deverá [...] ter-se com a

---

[276] STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 25 dez. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/%x. p. 31.

[277] "É nesse caminho que Gadamer vai se colocar em posição radicalmente contrária ao método, que é filho da modernidade e inerente ao historicismo, e sempre almeja um critério que permita alcançar uma objetividade inalcançável. Dessa forma, embora por influência cartesiana a modernidade sustente o método como meio de acesso à verdade, Gadamer acredita que o método já seja sempre viciado, pois pressupõe uma verdade implícita". OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 66.

[278] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 388.

tradição e, no texto, colocar à prova seus preconceitos para confrontá-los”[279]. As pré-compreensões são requisito necessário à interpretação. “Se os preconceitos são condições da compreensão, se a compreensão-interpretação-aplicação é um fenômeno indissociável, e se o intérprete não pode impor seu sentido sobre o texto, como extrair sentido?”[280].

Para tanto, a noção de círculo hermenêutico se torna indispensável. Gadamer faz uso de Heidegger para trabalhar com sua noção de círculo hermenêutico, dentro do qual a dialética e relação entre a parte e o todo, entre o universal e o particular está posta como condição interpretativa. O constante movimento do círculo e a abertura para um novo sentido são essenciais[281]. A interpretação autêntica é aquela que se dá dentro do círculo. Por meio dele ocorre um jogo de perguntas e repostas em que o intérprete deve deixar que o texto diga algo. Esse deve levar em conta que está inserido em uma tradição e carregar consigo todos os preconceitos. Não deve atribuir sentido ao texto, mas compreender o que o diz. Não deve impor o sentido da interpretação. A hermenêutica filosófica parte de uma concepção dialógica, na qual o diálogo é muito importante. A construção de sentido é intersubjetiva.

O modelo de argumentação jurídica proposto por esse trabalho está diretamente vinculado à filosofia da linguagem, entendendo-a como satisfatória para responder aos anseios buscados por esta pesquisa, tendo em vista que um modo mais apropriado para compreender o mundo. A percepção da pragmática e do modo como o sentido da linguagem é constantemente construído pelo Ser no mundo se mostra como algo essencial para lidar com decisões jurídicas, as quais estão atreladas aos fatos inseridos nos casos concretos e precisam buscar qual a melhor solução por meio da interpretação da linguagem.

---

[279] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011. p. 121.
[280] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Op. Cit*. p. 71.
[281] “Quem deseja compreender um texto realiza sempre um *projetar*. Aparecendo no texto um primeiro sentido, o intérprete imediatamente projeta um sentido do todo; este sentido manifesta-se apenas porque aquele que lê o texto o faz desde determinadas expectativas, por sua vez relacionadas a algum sentido determinado. A compreensão do texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que deve ir sendo constantemente revisado, com base no que vai resultando conforme se avança na penetração de sentido. Mas toda revisão do primeiro projeto se apoia na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido. [...] Isso não implica que o intérprete deva abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto ou todas as posições próprias, porém, simplesmente, *que esteja aberto para a opinião do texto*: quem deseja compreender um texto de estar, em princípio, disposto a deixar-se dizer algo por ele. Uma consciência formada hermeneuticamente tem de se mostrar receptiva desde o princípio à *alteridade* do texto” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112-113.

2.3 INTRODUÇÃO À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O trabalho se propôs a tentar elucidar como o Direito deve ser aplicado nas decisões judiciais. Para tanto expôs como as principais teorias do Direito veem a questão da interpretação e da aplicação do Direito. Discorreu-se também sobre as relações entre Direito e linguagem, notadamente sobre a importância da filosofia da linguagem e do giro linguístico-pragmático.

Dessa feita, o estudo feito até o momento foi meramente analítico ou descritivo, procurando entender como as ciências do Direito, da filosofia, da linguagem e da lógica operam e quais são suas relações com o Direito, a fim de possibilitar uma ampla compreensão do fenômeno jurídico de aplicação do Direito nas decisões judiciais, objetivo desse trabalho.

Nos últimos três tópicos desse capítulo, trabalha-se com os temas da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões. Após uma introdução à essa temática, serão analisadas as principais teorias da argumentação jurídica, que depois de descritas servirão de base para a apresentação de uma teoria da argumentação jurídica voltada para as prisões cautelares. A pergunta que se busca responder nesse estudo é como fundamentar a decisão que trata sobre prisões cautelares. Para isso foi necessário analisar como se aplica o Direito. Agora será avaliado o *porquê* se deve fundamentar uma decisão judicial.

Em primeiro lugar é importante notar que o dever de fundamentação das decisões judiciais, ou de qualquer ato do Poder Público, está previsto constitucionalmente no artigo 93, IX da Constituição Federal, que diz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Em complementação ao disposto pela Constituição estão o artigo 564, IV do Código de Processo Penal (CPP), que trata das nulidades e que prevê sua ocorrência por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, qual seja, a fundamentação, o artigo 283 do CPP, dizendo que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, e o artigo 315, também do CPP, que determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada[282].

---

[282] “O Estado constitucional pressupõe assim um desenvolvimento no que tange à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior exigência de argumentação jurídica [...] o ideal do Estado constitucional (o

Além disso, o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil estabelece os requisitos essenciais para uma decisão judicial ser considerada justificada, delimitando os pontos necessários a serem observados para um provimento adequadamente fundamentado. O dispositivo determina que não se considerará 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.[283]

Dessa maneira, entende-se que a decisão judicial, para ser considerada devidamente fundamentada, não pode se limitar a simples indicação de dispositivo legal sem explicar qual é a sua relação com a causa, bem como o usar conceitos jurídicos indeterminados, não demonstrando sua incidência no caso concreto. Proíbe-se também a fundamentação genérica, qual seja aquela que prestaria a justificar qualquer decisão. As prescrições trazidas pelo legislador têm a finalidade de demonstrar como uma decisão judicial não deve ser. O parágrafo 2º do artigo 469 inova ao dispor sobre a colisão entre normas e o dever de justificação dos critérios de ponderação utilizados pelo julgador. O dispositivo é alvo de algumas críticas, principalmente por seu caráter aberto.

> Observa-se, desse modo, o erro grosseiro do legislador ao positivar a técnica da ponderação em caso de colisão de normas, ignorando toda e qualquer distinção entre regras e princípios. Ademais, a ponderação autorizada pelo referido dispositivo legal estabelece que cabe ao julgador "enunciar as razões que autorizam a interferência na

---

culminar do Estado de Direito) pressupõe a subordinação completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão, frente à razão da força. Parece por isso bastante lógico que a evolução do Estado constitucional tenha sido acompanhada de um incremento quantitativo e qualitativo de exigência de fundamentação das decisões dos órgãos públicos" ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2004. p. 23.

[283] BRASIL. *Lei nº 13.105/2016* - Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2016.

> norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão". Afinal, que ponderação é esta que nada disciplina, nada regula, nada explica, nada controla, nada justifica?[284].

A permissão a uma ponderação genérica pode acarretar em graves danos processuais e materiais, pois permite aos magistrados estabelecerem seus próprios critérios de ponderação. Talvez o legislador tenha tentado incorporar a teoria de Robert Alexy, entendendo pela existência dos conflitos entre normas e pela utilização da ponderação como técnica para a resolução desses conflitos. A exigência de justificação por parte dos julgadores é extremamente bem-vinda, porém, não pode ocorrer de qualquer maneira, sendo necessária a adequada observância da teoria.

É possível a interrelação entre o sistema processual civil e o sistema processual penal. Ambos preveem a viabilidade de integração, seja na forma de analogia ou de interpretação extensiva. Além do mais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressamente prevê a possibilidade do uso da analogia. Para que um sistema interfira no outro é necessária a existência de algum tipo de omissão. Uma delas é a da fundamentação das decisões judiciais, pois o Código de Processo Penal não possui disposição nesse sentido, podendo ser aplicada a determinação civilística no campo das prisões cautelares. Devem os julgadores observar a norma e fundamentar adequadamente suas decisões.

Pode-se dividir a motivação das decisões como garantia *interna* e garantia *externa*[285]. A fundamentação é garantia *interna* (processual) quando permite às partes o conhecimento das razões que levaram o julgador a tomar uma medida em detrimento da outra, uma decisão em vez de outra. Permite que se conheça o que determinou o julgamento, quais fatos foram considerados, quais provas, quais depoimentos e fatores ensejaram a decisão judicial.

Garante que o magistrado não foi arbitrário, discricionário, subjetivista, que da decisão se possam tirar inferências lógicas baseadas em fatos concretos e nas disposições legais. Que o resultado do processo não foi objeto de uma mera escolha ou opinião do juiz, mas que adveio de uma reflexão profunda, a qual se externou por meio de uma fundamentação adequada. "A

---

[284] TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. OS (DES)ACERTOS DO LEGISLADOR NA "POSITIVAÇÃO" DAS TEORIAS DE ROBERT ALEXY NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603>. Acesso em: 20 mar. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5902/1981369429603. p. 1064.

[285] Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

exigência de motivação dos provimento penais integra e completa todo um sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de Direito”[286].

A fundamentação é garantia *externa* (política) quando permite que a população tenha conhecimento e possa verificar o conteúdo da decisão[287]. Funciona, assim, como garantia democrática de controle das decisões judiciais. O interesse público se manifesta, então, na possibilidade verificação do funcionamento dos órgãos públicos e das atividades públicas, pelo que a fundamentação expressa o cumprimento dos requisitos legais previstos constitucionalmente.

“A motivação surge como garantia política, na medida em que estabelece limites ao poder jurisdicional à vista de que oportuniza o controle popular sobre o modo de administração da justiça”[288]. A fundamentação possibilita o controle democrático da decisão. Para José Afonso da Silva, “o que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder”[289]. Por ela qualquer do povo está habilitado a verificar o funcionamento do Poder Público e exigir que este opere conforme as disposições legais[290].

> A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas comprovado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional)[291].

---

[286] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97-98.

[287] Deve-se levar em conta o disposto na segunda parte do artigo 93, IX, que diz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

[288] SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

[289] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 133.

[290] “Ao expor os fundamentos da decisão, os órgãos jurisdicionais permitem que as partes e a esfera pública como um todo possa controlar sua racionalidade à luz das normas positivas de um determinado ordenamento jurídico” RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 95.

[291] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 322.

Na linha traçada por Tercio Sampaio Ferraz Junior, dentro da decisão, a verdade estará sempre submetida à valoração e, na argumentação, esses valores são utilizados como critério para demarcação de seu objeto. Assim, por exemplo o critério da *segurança pública* avaliará o objeto garantia da ordem pública, ou pode-se utilizar de um critério justificador, como a credibilidade das instituições para fundamentar a garantia da ordem pública[292]. Trabalhar com conceitos abertos e valorativos é muito complicado e pode macular a fundamentação de uma decisão. Nesse sentido, como *sistema de controle da decisão*, as teorias da argumentação jurídica são de extrema importância, conferindo racionalidade à decisão judicial.

Para tanto, introduz-se a temática das teorias da argumentação jurídica. A argumentação (*argumentatio*) era designada como *probatio* por Quintiliano e como *confirmatio* por Cícero, e estava inserida, desde a Antiguidade, como uma das partes da retórica, sendo dela uma componente das mais importantes, pois visava a credibilidade dos discursos[293]. Ambos os autores tiveram a influência de Aristóteles, um dos primeiros a inserir a argumentação no contexto da Retórica. Com a obra de mesmo nome, o estagirita a define como a faculdade de descobrir especulativamente sobre todo dado o persuasivo[294].

A Retórica consistia na apresentação de provas, que eram classificadas em artificiais e inartificiais. As primeiras eram conhecidas por "*genus argificiale"* e estava atrelada a produção de provas próprias da retórica. Essas eram divididas em: a) *Ethos* - provas éticas: que se referiam ao caráter digno de confiança do orador; b) *Pathos* - provas patéticas: que eram capazes de motivar a sensibilidade do ouvinte; c) *Logos* - provas reais: que era o efeito baseado na coerência lógica de apresentação da coisa *res* (indícios, argumentos, exemplos)[295]. As que pertenciam ao *"genus inartificiale"* referiam-se as provas obtidas em elementos materiais, como decisões jurisprudenciais, doutrinas, documentos etc. Deu origem à atual teoria da provas no Direito processual[296].

Para Atienza, o argumentar está sempre relacionado a uma ação de comunicação, é estar inserido dentro dos jogos de linguagem. Seu sentido é o de sustentar uma tese, fornecendo argumentos para tanto. Consiste em usar de certa forma a linguagem para dar argumentos a

---

[292] Ibidem. p. 345.
[293] Ibidem. p. 322.
[294] ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho; Jean Voilquin; Goffredo Telles Júnior. Tecnoprint, 1969. p. 33
[295] ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. XXIX.
[296] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 323.

favor ou contra determinado ponto de vista. A argumentação dirige-se a um fim. Assim, é necessário distinguir três elementos, quais sejam: as premissas (da onde se parte); a conclusão (onde se chega) e a inferência (a maneira como as premissas e a conclusão estão unidas, a relação entre elas) [297].

O mesmo autor diferencia ainda, dentro da argumentação jurídica, o contexto da descoberta e o contexto da justificação[298]. Baseado na filosofia da ciência, entende importante realizar tal distinção. De um lado estaria a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria, de demonstrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico. Do outro lado estaria o procedimento que consiste em justificar ou validar uma teoria, confrontá-la com os fatos para mostrar sua validade. Esse último requer uma análise do tipo lógico e o uso do método científico.

O contexto de descoberta pode ser ligado ao processo de tomada de decisão, pelo qual o julgador combina os valores de informação com os de sua impressão inicial. A decisão começa com o acúmulo de unidades de prova ou informação; após, se avalia cada item informativo e a ele se atribui um valor e depois um peso; a informação avaliada e sopesada é levada para julgamento junto com as impressões iniciais (preconceitos).

O contexto de justificação se liga as condições em que se pode considerar um argumento justificado. Esse contexto se divide em justificação formal e justificação material. A primeira atua na área da correção formal dos argumentos, operando em algo parecido com a sintaxe, com a ordenação dos argumentos no discurso. A segunda liga-se à correção material do argumento, ou seja, em que condições ele pode ser considerado correto, funcionando aqui como a semântica.

Segundo Atienza, a teoria padrão da argumentação jurídica se encontra justamente dentro dessa segunda perspectiva, que em geral possui pretensões prescritivas e descritivas, ou seja, que visa descrever como as decisões judiciais são tomadas e também dizer como elas devem ser tomadas. Nesse sentido, entendem que as decisões devem ser justificadas não só formalmente, funcionando apenas no nível da subsunção do fato a norma (determinismo metodológico/Escola da Exegese), mas também materialmente, sendo essa uma exigência de uma sociedade moderna e pluralista.

---

[297] ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2004. p. 95-98.

[298] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 p. 5-8.

Exemplificando, a justificação formal sem correção material poderia ser expressa da seguinte forma:

Todas as regras são princípios
X é uma regra
Logo, X é um princípio

O enunciado possui correção formal, pois a conclusão é decorrência lógica da premissa. A inferência é válida. Entretanto, materialmente ela é equivocada ao dizer que todas as regras são princípios. Dessa forma, o enunciado acima poderia ser corrigido da seguinte maneira:

Regras e Princípios são normas
X é uma regra
Logo, X é uma norma

Destarte, a justificação material, aqui apenas expressa pelo enunciado, é muito importante para a argumentação jurídica, pois vai além do campo lógico formal, que toma como verdadeira a inferência cuja conclusão decorra da premissa. Indo além, a fundamentação das decisões judiciais precisa aplicar um grau de correção que possa determinar materialmente a verdade do argumento, se sua ligação com o objeto se mostra adequada.

Com finalidade meramente expositiva, comenta-se alguns dos principais argumentos jurídicos utilizados desde a Antiguidade até hoje[299]. a) *Argumento ab absurdo*: significa algo inconcebível, em que a demonstração do consequente de uma proposição não conduz a uma conclusão aceitável, mas sim, absurda, inaceitável. Não é destituído de sentido, mas seu sentido é falso. Liga-se ao princípio da não-contradição (uma proposição não pode ser, ao mesmo tempo, verdadeira e falsa) e do princípio do terceiro excluído (uma proposição é verdadeira ou é falsa, não existindo uma terceira possibilidade).

b) *Argumento ab auctoritate*: é um argumento que busca sua validade na autoridade de quem o apoia (grupo, pessoa, entidade). Utiliza-se da consideração que a autoridade possui para dar validade a uma sentença. Como exemplos tem-se a invocação de jurisprudência, doutrinas, juristas etc. Nesse ponto é possível mencionar a utilização da proporcionalidade (princípio da proporcionalidade) para decretação de prisões cautelares no Processo Penal como

[299] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 335-343.

argumento de autoridade. A mera menção à uma teoria, autora ou doutrina sem correlação com o caso se constitui nesse tipo de argumento.

c) *Argumento a contratio sensu*: pode ser entendido como a afirmação pelo contrário. Nesse sentido, as hipóteses para prisão preventiva são aquelas taxadas pelo legislador, *a contrario sensu* todas as outras não estão abrangidas e não servem para a decretação. Aparece com mais frequência nos casos de silêncio da lei. É mais um argumento retórico do que lógico, pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso e duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência.

d) *Argumento ad hominem*: Esse argumento direciona-se à pessoa e não ao conteúdo de seus argumentos, recaindo em uma falácia. Pode ser entendido como um argumento relacionado à petição de princípio, ou seja, minha premissa é minha conclusão. O orador restringe o que está disposto a conceder pelas conclusões que quer chegar. Exemplo: O ato x é imoral porque é ilegal / Y afirma X; Y possui características negativas; Logo, a afirmação X é falsa.

e) *Argumento a fortiriori*: é comumente entendido como "quem pode o mais pode o menos". É utilizada comumente para determinar regras de conduta e possui um estatuto não lógico, mas axiológico, pelo qual precisa da construção de hierarquias (a definições de mais e de menos), determinada por critérios de valor.

f) *Argumento a maiori ad minus e a minori ad maius*: Estão na mesma família do argumento a fortiriori e necessitam da construção de hierarquias. O primeiro quer dizer que um argumento cuja validade de uma disposição mais extensa passa para outro de validade menos extensa. Representa que o que é válido para o mais também é válido para o menos. No segundo, a validade de uma disposição menos extensa passa para outra mais extensa. Pode ser entendida como "o proibido para o menos deve também ser proibido para o mais". Exemplo: Se se proíbe o constrangimento ilegal (Art. 146, CP), quanto mais a sequestro ou cárcere privado (Art. 148, CP).

g) *Argumento a pari ou a símile*: Quer dizer por paridade ou similitude. Entre dois casos semelhantes deve valer a mesma hipótese. Se assemelha à *analogia* e parte de processo indutivo de compreensão. Exemplo: Se nesse caso aplico a pena X, nos outros semelhantes também aplicarei a pena X.

h) *Argumento silogístico ou entimema*: Trata-se de um argumento quase-lógico porque não segue as regras formais do silogismo, permitindo valorações. É chamado de silogismo

imperfeito ou retórico. Funciona pelo processo dedutivo, dá a impressão de rigor lógico, mas pressupõe juízos de valor. Caracteriza-se não pelo certo, mas pelo provável. Utiliza o elemento lógico como forma de persuasão, credibilidade. É fundamental que os juízes, nas decisões sobre prisões cautelares, não se valham desse tipo de argumento.

É possível estabelecer alguns tipos de falácias ou falsidades na utilização dos argumentos, as quais podem levar a considerações enganosas. Uma *falácia formal* parte de uma regra de inferência válida, mas que não se mostra assim na realidade. Como exemplo, tem-se a afirmação do consequente (contra uma regra dedutiva), a generalização precipitada (contra uma regra indutiva) e a petição de princípio (postular aquilo que se quer provar). Uma *falácia material* parte de uma premissa que levou em conta um aspecto apenas aparentemente correto, como a ambiguidade ou a falsa analogia. Na *falácia pragmática* ocorre a infração de uma regra que rege o comportamento daqueles que participam do discurso, seja retórico ou dialético[300].

Para a aplicação do Direito nas decisões judiciais, a fundamentação das decisões, além dos argumentos, se valem também dos chamados *métodos de interpretação*, sendo os mais conhecidos os métodos gramatical, lógico, histórico, teleológico e sistemático[301]. Concebidos em diferentes momentos históricos, e tendo em Savigny (Escola Histórica) como grande precursor, visam dar ao intérprete da norma ferramentas para se possa extrair seu verdadeiro sentido. Quando da ocorrência de alguma obscuridade no ato de aplicação da lei, os métodos serviriam como um guia hermenêutico que possibilita o desvelamento do sentido da norma.

Tercio Sampaio Ferraz Junior[302] opta por trabalhar com os métodos em conjunto, quais sejam: gramatical, lógico e sistemático; histórico e sociológico; teleológico e axiológico. A interpretação gramatical se refere aos problemas *sintáticos* (entre palavras), mas não consegue resolvê-los, apenas os descreve. Entende que a análise das palavras, de como estão escritas e interligadas, vai possibilitar a obtenção de significado. Todavia, a estudo gramatical tem capacidade apenas de apontar o problema da norma e servir de ponto de partida para a atividade hermenêutica.

Quanto à intepretação lógica, este também se constitui como instrumento para a verificação de inconsistências. Analisa a relação de uma norma com as demais dentro de um contexto, com a finalidade de buscar o significado correto. Busca a decorrência lógica que

---

[300] ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2004. p. 139.
[301] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 87 e ss.
[302] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 287-293.

melhor explique a situação. Quando se trata da intepretação sistemática, deixa de se lidar apenas com um conjunto de normas para se trabalhar com um sistema (estrutura). Deve se levar em consideração para a análise a organização hierárquica das normas e sua conexão com a norma maior (Constituição). O sistema deve ser entendido como um todo harmônico e coerente.

As interpretações históricas e sociológicas levam em consideração os aspectos temporais e culturais da norma e da sociedade em que ela foi concebida e estão circunscritas no aspecto *semântico* (correção material). Leva-se em conta o momento histórico atual e aquele em que a norma foi concebida. A busca por precedentes auxilia na reconstrução do conteúdo da norma. Entender o que determinou e determina o sentido é o objetivo desses métodos de interpretação.

Os métodos de intepretação teleológico e axiológico estão atrelados às questões pragmáticas (usos sociais), as quais se ligam à carga emocional dos símbolos. Para tanto, por esses métodos atribui-se um propósito às normas (valores/fins), com o intuito de se determinar seu significado. Procura-se determinar qual é o sentido que a lei quer emanar. Dessa maneira, procura-se qual a intenção do legislador ou de como foi utilizada no decorrer de tempo pelos cidadãos com o sentimento de obrigatoriedade. A intepretação teleológica (fins) e axiológica (valores) dão ao intérprete papel importantíssimo na configuração de sentido da norma.

A utilização única e exclusiva dos chamados métodos de interpretação se mostra em contradição com o proposto pela hermenêutica filosófica e filosofia da linguagem[303]. "À luz de Gadamer, esses métodos se mostram inadequados e insuficientes para compreender o próprio fenômeno da compreensão, principalmente depois dos giros"[304] linguístico e pragmático. O uso de tais métodos exprime uma volta à filosofia da consciência e ao esquema sujeito-objeto, pelo

---

[303] Para Luis Alberto Warat, os métodos de interpretação da lei funcionam como recurso ideológico e político. "À luz dos argumentos expostos conclui-se que os métodos interpretativos podem ser indiscriminadamente utilizados apesar de o senso comum teórico dos juristas exigir sua compatibilidade com o tipo de problema ao qual se apliquem. [...] Pode-se, afinal, examinar a questão das funções dos métodos interpretativos de um outro ângulo, isto é, através de um conjunto de crenças configuradoras de uma ideologia específica para o direito. É mediante as grandes correntes do pensamento jurídico e dos métodos interpretativos que se consegue a articulação de todas estas crenças. Por exemplo, no caso das fórmulas interpretativas a exegese reafirma a ideia da legislação racional, o método dogmático gera a suposição de um ordenamento coerente e auto-suficiente: o método teleológico reitera a crença numa ordem protetora e não discriminatória em relação aos súditos, o positivismo sociológico consolida o dogma de que o julgador busca a verdade dos fatos provados e assim por diante. Todos em seu conjunto consolidam a crença de que o julgador, graças aos métodos interpretativos, é neutro e imparcial. Chegamos, aqui, ao ponto chave onde se vê que a função dominante dos métodos interpretativos é a de fornecer garantia absoluta contra a arbitrariedade. Uma ilusão que perpetue um poder de dominação" WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 90-92.

[304] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Na trilha da hermenêutica da Hans-Georg Gadamer:* giro linguístico-pragmático, hermenêutica filosófica e uma crítica ao subjetivismo na aplicação do direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. p. 92.

qual o intérprete (sujeito) define o significado da norma (objeto) de maneira a se assenhorar de seu sentido (idealismo).

2.4 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A partir da década de 50 do século passado as teorias da argumentação jurídica começaram a surgir, buscando novos caminhos, além daqueles presentes na lógica formal. As obras de Viehweg[305] (1953), Perelman[306] (1958), Toulmin[307] (1958), MacCormick[308] (1978), Alexy[309] (1983), Günther[310] (1993) e Atienza[311] (1991) tiveram grande impacto na época que foram lançadas e possuem influência até hoje.

a) Tópica de Viehweg

Theodor Viehweg (1907-1988) foi um importante autor da tópica, tendo-a resgatado das obras de Aristóteles e Cícero e buscado demonstrar sua relevância para o Direito. Antes dele, outros autores também apontavam para a importância da tópica em outras áreas, como ciência política, sociologia, teoria literária e filosofia[312].

A *Tópica* é componente do *Organon* de Aristóteles e trata-se de uma tentativa da criação de um tratado de lógica[313]. Nela diferencia-se uma argumentação apodítica ou demonstrativa, característica das ciências, de uma argumentação retórica, com características de dialeticidade e convencimento. Os argumentos dialéticos, diferentemente dos apodíticos,

---

[305] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
[306] PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.
[307] TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
[308] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
[309] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
[310] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.
[311] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[312] Ibidem. p. 38.
[313] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 21.

que trabalham com a verdade, partem apenas de proposições prováveis ou plausíveis (*doxa*). Aristóteles buscava para os argumentos dialéticos a descoberta das premissas, o sentido das palavras[314].

A obra de Cícero sobre a *Tópica* teve uma maior influência para Viehweg, pois tentou estabelecer os lugares comuns do raciocínio jurídico, os *topoi*, e aplicá-los na prática, diferente da característica eminentemente teórica de Aristóteles. Cícero não vai trabalhar com a distinção entre apodítico e dialético, mas sim entre o contexto da invenção e o da formação do juízo, que se assemelham ao contexto de descoberta e ao contexto da justificação. A tópica se localizaria no contexto da invenção e deveria ter como função encontrar os argumentos (*ars inveniendi*)[315]. Poderia ser colocada dentro do campo da retórica, junto com as sete *artes liberais*, como a gramática, didática, aritmética, geometria, música e astronomia.

Viehweg caracteriza a tópica como a arte de pensar por problemas, de pensar problematicamente[316]. Denomina a *tópica de primeiro grau* aquela como aquela que busque as premissas adequadas e que permitam levar a consequências idôneas. A *tópica de segundo grau* seria aquela formada pelos catálogos de *topoi*, onde se possa buscar um ponto de apoio num repertório de pontos de vista disponíveis[317]. A função dos *topoi* é servir à discussão dos problemas. A ênfase então está no modo como se encontra a premissa, e nesse ponto difere da lógica, que aceita a premissa como ela é.

A tópica é um modo de pensar e não apresenta conjunto de princípios, cânones da interpretação ou critérios para selecionar hipóteses. "Pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático, no sentido de que jamais perdem sua qualidade de tentativa"[318]. Como exemplos de *topoi* (lugares comuns), tem-se os *gramaticais*, que abarcariam a etimologia, sinonímia, antonímia, homonímia etc.; os *lógicos*, que englobariam elementos de definição, gênero, espécie, família, classe etc.; e os *históricos*, que reuniriam testemunhos, exemplos, documentos, informações etc. Dessa forma, não se pré-determina os *topoi*, mas busca-se sua construção frente ao problema tratado.

---

[314] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 41.
[315] Ibidem. p. 42.
[316] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 34.
[317] Ibidem. p. 37.
[318] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 328.

Viehweg entende que o Direito Romano se utilizou da tópica em grande escala, notadamente no *ius civile* e na jurisprudência. Nesse sentido, o jurista romano apresenta "um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se por ele instado a desenvolver uma correspondente técnica. Ele pressupõe irreflexivamente um nexo que não se intenta de demonstrar, porém, dentro do qual se move. Ora isso á a postura fundamental de atuar da tópica"[319]. Esse modo de pensar perdurou até a Idade Média, pois na Idade Moderna a retórica se viu substituída pelo emprego da lógica formal, do método axiomático dedutivo. Viehweg também elenca os pressupostos fundamentais para orientação da tópica, quais sejam:

> 1. A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema.
> 2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele.
> 3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada[320].

Alguns pontos da obra do autor são criticados, como o caráter não específico com o que se define "problema" e a própria definição de tópica, que pode ser entendida como uma técnica de busca das premissas, uma teoria sobre a natureza das premissas ou uma teoria sobre o uso das premissas na fundamentação jurídica[321]. De toda forma, a teoria proposta por Viehweg se mostrou muito importante por rediscutir os aspectos da argumentação jurídica e da retórica, iniciando um novo momento de reflexão sobre a argumentação jurídica.

b) Perelman e a Nova Retórica

Chaïm Perelman é um dos mais influentes autores da argumentação jurídica e foi responsável por dar uma nova dimensão à retórica, que até então havia sido esquecida. Sua obra mais conhecida é "Tratado da Argumentação – A Nova Retórica", elaborada em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca, que procura colocar o raciocínio jurídico como parte integrante do raciocínio prático. Se insere dentro da concepção dialética do pensamento, afastando-se dos

---

[319] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 51.
[320] Ibidem. p. 97.
[321] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 47.

raciocínios lógico-formais (analíticos), embora tenha dedicado seus primeiros estudos à lógica analítica, notadamente a de Frege, conhecido como pai da lógica moderna, o qual "supunha eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, pois os juízos de valor recairiam fora do campo do racional"[322]. Busca afastar-se do binômio indução/dedução, presente nas ciências exatas, para buscar, dentro da retórico, uma forma de compreender as ciências humanas[323].

O campo lógico-formal se insere dentro do pensamento dedutivo, no qual a passagem das premissas à conclusão é necessária e a verdade de uma implica a verdade da outra. No terreno da retórica, as premissas, a conclusão e a inferência lógica não são tomadas como verdadeiras, mas plausíveis. A argumentação retórica trabalha no campo demonstrativo e devem convencer sobre o caráter razoável ou admissível de uma proposição[324].

Destarte, é imprescindível que o orador conheça e se refira ao auditório quando quiser persuadi-lo. Perelman define o auditório como "*o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*"[325]. A argumentação visa obter a adesão do auditório e para ele deve se dirigir, sendo essencial que o desenvolvimento do discurso procure o influenciar[326]. A noção de auditório fortalece a concepção retórica adotada por Perelman.

Nessa linha, defende que a argumentação funciona com um processo, e que seus elementos estão em constante interação, distanciando-se da concepção dedutiva vista em Descartes. "Perelman considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama"[327]. Os pressupostos da argumentação para ele são o *orador, o auditório e o discurso*.

O autor trabalha com três gêneros do discurso, quais sejam: o *deliberativo*, que é comumente realizado frente a uma assembleia e tem efeitos futuros; o *judicial*, produzido diante de juízes e que possui efeitos pretéritos; e o *epidíctico*, que é demonstrativo e no qual o auditório não precisa se manifestar. Na Retórica de Aristóteles, esse último gênero é o que tem por objeto

---

[322] Ibidem. p. 55.
[323] Para Warat, "a nova retórica somente dirá algo qualitativamente distinto do 'corpus' aristotélico, quando se der conta do argumento como produto social" WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 99.
[324] PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. Ibidem. p. 22.
[325] Ibidem. p. 58.
[326] "O objetivo de toda argumentação [...] é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nas ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno" Ibidem. p. 50.
[327] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 59.

o elogio e a censura, a virtude e o vício. Os dois primeiros possuem função retórica e, por meio da oratória, buscam a adesão do auditório.

Dentro do âmbito de auditório, Perelman cria o conceito de *auditório universal* e a ele concede grande importância, distinguindo-o da argumentação perante um único ouvinte e da deliberação consigo mesmo. Esse auditório buscaria um consenso entre os participantes de modo que, para além dos auditórios particulares, as pessoas pudessem obter um entendimento válido em totalidade.

> O valor dessa unanimidade depende do número e da qualidade dos que a manifestam, sendo o limite atingido, nessa área, pelo *acordo do auditório universal*. Trata-se evidentemente, nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal, pois aqueles que não participam dele podem, por razões legítimas, não ser levados em consideração[328].

Para tentar defini-lo, a autor traça alguns aspectos característicos, como a de que o conceito de auditório universal não é empírico. O acordo do auditório universal não é uma questão de fato, mas de direito. O auditório universal é ideal, sendo que é formado por todos os seres dotados de razão, entretanto, é uma construção do orador, o que não caracteriza uma entidade objetiva, o que significa que não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda[329]. A definição do auditório universal não é precisa, não tendo sido emitida com clareza pelo autor. Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o auditório, para Perelman, é apenas uma função de argumentação do orador, existindo efetivamente em um única espécie, a universal, a qual é construída pelo orador a partir daquilo que sabe sobre seus semelhantes, transcendendo às oposições das quais tem consciência[330].

As bases fundamentais do auditório, segundo o próprio Perelman, estão na ideia de que a argumentação dirigida a tal auditório deve convencer o público pelas razões fornecidas, por sua validade intertemporal e absoluta, independente de contingências locais ou históricas. Cita Kant para dizer que a verdade repousa no acordo com o objeto e que, com relação a esse

---

[328] PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 35.
[329] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 61.
[330] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 9.

objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo. Busca, então, uma razão válida para todo homem, um juízo necessariamente válido para todos.

Assim, o autor procura, com o conceito de auditório universal, estabelecer um ideal para o discurso retórico, que tenha como objetivo a crença na validade de um juízo geral e válido para todos os ouvintes. Isso pode ser interpretado em consonância com a comunidade ideal de comunicação de Apel ou com a situação ideal de fala de Habermas[331] e que pode ser relacionado com o imperativo categórico em Kant.

Perelman também diferencia os atos de persuadir e de convencer. Procura se distanciar da lógica clássica, que entende por convencer um ato racional o qual se contrapõe ao ato de persuadir, que seria considerado um ato passional e contingente. Na sua definição, busca observar a qualidade daqueles que aderem a tese para verificar a qualidade da argumentação. "Sendo assim, se o auditório é ideal, estamos diante da melhor argumentação possível, que merece o título de convincente. Assim, o discurso dirigido a um auditório particular tende a persuadir enquanto que aquele dirigido a um auditório universal tende a convencer"[332].

Classifica os argumentos em dois grupos. Os argumentos de *união* são os que permitem a aproximação de elementos distintos e o estabelecimento entre eles de uma solidariedade, a qual tem a função de estruturá-los, seja positiva ou negativamente. Os argumentos de *dissociação* têm como objetivo separar, dissolidarizar, elementos pertencentes a um todo. Os primeiros classificam-se em: a) argumentos quase-lógicos, dos quais a força deriva da proximidade, mas não da identificação, como seria comum nos argumentos lógicos ou matemáticos. b) argumentos baseados na estrutura do real, quando se tratar de uniões de sucessão ou de coexistência. c) argumentos que dão base a estrutura do real, que tem como fundamento a semelhança de estruturas existentes entre elementos pertencentes a domínios distintos[333].

> A argumentação quase-lógica se apresentará de uma forma mais ou menos explícita. Ora o orador designará os raciocínios formais aos quais se refere prevalecendo-se do prestígio do pensamento lógico, ora estes constituirão apenas uma trama subjacente. Aliás, não há correlação necessária entre o grau de explicitação dos esquemas formais

---

[331] ALVES, Marco Antônio Sousa. *O auditório universal de Chaïm Perelman*: a relação entre o universal e o particular. Trabalho apresentado no X Encontro Nacional de Filosofia da ANPOF, São Paulo, 2002. Disponível em: < http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898212/O_auditorio_universal_de_Chaim_Perelman_a_relacao_entre_o_universal_e_o_particular >. Acesso em: 05 jan. 17. p. 1.

[332] Ibidem. p. 7.

[333] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

> aos quais o orador se refere e a importância das reduções exigidas para lhes submeter a argumentação[334].

Dentro dos tipos de argumentos existem várias técnicas argumentativas. Por exemplo, os argumentos quase-lógicos vão trabalhar com noções de contradição, identidade e transitividade. Os argumentos baseados na estrutura do real se utilizam de uniões de sucessão ou de coexistência para estabelecer relações de solidariedade entre juízos. Os argumentos que dão a base para a estrutura do real recorrem ao caso particular e empregam como espécies de argumentos o exemplo, a ilustração e o modelo. Os argumentos de dissociação consistem em analisar as uniões de elementos que estão indevidamente associados e deveriam estar separados, sendo estudados junto com os elementos de união e de associação[335].

A teoria da argumentação da Perelman é de grande importância e influenciou muitos autores que estão relacionados com a temática. Pode-se perceber que o autor buscou colocar o discurso argumentativo dentro de um discurso racional prático, possibilitando uma conversação entre o âmbito teórico e prático. A compreensão dos argumentos e de seus usos demonstram a relevância que o autor dá à pragmática como parte integrante da argumentação. Todavia, não estabelece um método esquematizado de argumentação, o qual poderia ser utilizado no mundo jurídico, refletindo isso em uma lacuna de sua teoria.

c) A lógica informal de Toulmin

Stephen Toulmin é conhecido no campo da argumentação jurídica por sua obra "Os Usos do Argumento" (1958). O autor foi influenciado por Ludwig Wittgenstein e buscou afastar-se do aspecto lógico formal como único meio de argumentação racional possível,

---

[334] PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 220.

[335] Manuel Atienza, para facilitar a compreensão, elaborou um quadro esquemático das técnicas argumentativas presentes na obra de Perelman. De reunião ou associação, que abarcam:
a) argumentos quase-lógicos: lógicos (contradição – identidade); completa: definição; parcial: regra de justiça, reciprocidade, transitividade; matemáticos: de inclusão: - relação parte-todo - relação parte-todo de um todo (dilema - argumentos jurídicos: - *a pari* - *a contrário*); de comparação: argumento do sacrifício; probabilidades.
b) argumentos baseados na estrutura do real: uniões de sucessão (baseadas no nexo causal - argumento pragmático - relação fato-consequência e meio-fim - argumento meio-fim - argumentação por etapas - argumento do esbanjamento - argumento da direção - argumento da superação); uniões de coexistência: (relação ato-pessoa: argumento de autoridade - relação indivíduo-grupo - relação simbólica - dupla hierarquia - diferenças de grau e de ordem).
c) argumentos que dão a base para a estrutura do real: argumentação pelo caso particular: exemplo - ilustração - modelo - raciocínio por analogia. E os argumentos de dissociação. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 66-67.

entendendo também como importante a utilização da razão prática. Para ele, o caráter abstrato da lógica formal não consegue compreender os fenômenos práticos. A partir disso, procura elaborar uma teoria que seja mais abrangente e que inclua, além dos elementos lógico-analíticos, os práticos.

Nesse sentido, questiona como o método dedutivo poderia trabalhar com categorias cotidianas: "Que ligações há entre os cânones e métodos que usamos quando, na vida do dia a dia, avaliamos, de fato, a solidez, a força e o caráter conclusivo de argumentos?"[336]. Toulmin defende que para a compreensão dos elementos práticos, é necessária uma reformulação da lógica, a qual passaria a se chamar de "jurisprudência generalizada". Esse ponto indica que o autor se utiliza de um termo jurídico para conceber um modelo que supere o modelo estritamente analítico.

Na visão de Toulmin "os argumentos podem ser comparados a processos judiciais; e as alegações que fazemos e os argumentos que usamos para 'defendê-las', em contextos extra-legais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais [...] são jurisprudência"[337]. Entende que a função da jurisprudência é conservar o essencial no processo legal, que significa os procedimentos, por meio dos quais as alegações são apresentadas ao juízo, e as categorias segundo as quais essas devem se apresentar.

É com essa linha de pensamento que Toulmin vai colocar como objetivo de sua investigação caracterizar o chamado "processo racional", que abrange os procedimentos e as categorias pelos quais se podem discutir as causas. "Parte-se, então, de uma suposição: diante de uma asserção e do compromisso com a alegação que esta envolve, como prová-la ou justificá-la no caso de tal alegação ser desafiada?"[338].

Para tanto, cria as categorias de argumentos, que são: a alegação (C); os dados (D); as garantias (W); os qualificadores morais (Q); e as condições de exceção ou refutação (R)[339]. A alegação é o argumento que se pretende justificar e os dados servem como fundamento para esse argumento. Embasam a conclusão pretendida. As garantias vêm para explicar e dar validade a relação de inferência até a conclusão, qual é a relação entre a alegação e os dados.

---

[336] TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 2.
[337] Ibidem. p. 10.
[338] VELASCO, Patrícia Del Nero. Sobre a Crítica Toulminiana ao Padrão Analítico-dedutivo de Argumento. Cognitio: *Revista de Filosofia*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 281-292, jan. 2013. ISSN 2316-5278. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13443>. Acesso em: 06 jan. 2018. p. 282.
[339] A simbologia das palavras advém do inglês, então: cause (C); data (D); warrant (W); qualifiers (Q); refutation (R).

Para Toulmin, as garantias são afirmações hipotéticas que conduzem à inferência. Distingue os dados das garantias, sendo que os primeiros possuem características explícitas e as segundas, características implícitas. As garantias são gerais e certificam a solidez dos argumentos, constituindo-se de modo diferente dos dados. A distinção entre dados e garantias é semelhante àquela entre questões de fato e questões de direito[340].

Há diferentes graus de garantia, os quais conferem distintos graus de força às alegações que apoiam. Nesse sentido, "pode ser preciso acrescentar alguma referência explícita ao grau de força que nossos dados conferem à nossa alegação em virtude de nossa garantia. Numa palavra, pode acontecer de termos de inserir um *qualificador*"[341]. Além disso, pode ser necessário provar a pertinência e a aplicabilidade da garantia ao caso concreto. Ou seja, as condições dela ser aceita e o porquê de ela ser aceita. O argumento que sustenta a garantia é chamado de apoio (B - *backing*). Para os casos de uma alegação não se aplicar, não ser aceita (refutado) ou constituir-se exceção, o argumento utilizado chama-se R (refutação).

"Os apoios por trás das garantias podem ser de natureza bastante diversificada. As garantias são defendidas por motivos variados: ampara-se uma garantia ao relacioná-la a um sistema de classificação taxionômica; ao recorrer aos estatutos legais; aos valores morais[342]". O modelo argumentativo de Toulmin pode ser expresso pelo seguinte esquema[343]:

D → assim, **Q, C**
| |
já que a menos que
W **R**
|
por conta de
B

[340] TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 143.
[341] Ibidem. p. 145.
[342] VELASCO, Patrícia Del Nero. Sobre a Crítica Toulminiana ao Padrão Analítico-dedutivo de Argumento. Cognitio: *Revista de Filosofia*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 281-292, jan. 2013. ISSN 2316-5278. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13443>. Acesso em: 06 jan. 2018. p. 283.
[343] TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 150.

Esse esquema poderia ser exemplificado da seguinte maneira:

A Lei X restringiu direitos fundamentais → assim, **a Lei X deve ser considerada inconstitucional e retirada do ordenamento**

| | |

já que | a menos que

Uma lei que vai contra o disposto na Constituição deve ser declarada inconstitucional e retirada do ordenamento | **Seja dada uma interpretação de que não houve violação de direito fundamental**

|

por conta de

que a Constituição é a fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico, de forma que tudo o que for contra ela perderá validade

Dessa maneira, Toulmin, assim como Viehweg e Perelman, se mostra insatisfeito com o emprego da lógica formal dedutiva e busca encontrar novas possibilidades para os usos do argumento. Diferentemente de Viehweg, que apresentou um sistema voltado apenas para o Direito e de Perelman que propôs um modelo argumentativo da razão prática, Toulmin apresenta uma teoria para a argumentação em geral[344]. Assim, entende que os argumentos substancias merecem tratamento específico e não devem ser submetidos ao tratamento dado pela lógica formal[345]. Procura, então, afastar-se da concepção tradicional do silogismo dedutivo,

[344] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 99.

[345] VELASCO, Patrícia Del Nero. Sobre a Crítica Toulminiana ao Padrão Analítico-dedutivo de Argumento. *Cognitio: Revista de Filosofia*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 281-292, jan. 2013. ISSN 2316-5278. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13443>. Acesso em: 06 jan. 2018. p. 291.

que são, para ele, insuficientes, buscando novas formas para a construção argumentativa do discurso.

d) A teoria da argumentação jurídica de MacCormick

Neil MacCormick teve orientação de H.L.A Hart na universidade de Oxford, o qual foi fundamental para a elaboração de sua teoria da argumentação jurídica. Em "Argumentação Jurídica e Teoria do Direito" de 1978, publica sua teoria da argumentação jurídica, a qual o consolida como grande teórico do Direito.

Juntamente com Robert Alexy, MacCormick é um dos precursores da contemporânea teoria da argumentação jurídica, influenciando diretamente o atual mundo do Direito. Sua teoria se encontra em um meio termo entre o ultrarracionalismo de Dworkin (tese da única resposta correta) e o irracionalismo de Ross (as decisões são arbitrárias, atos de vontade do juiz). MacCormick se considera como pertencente a uma corrente pós-positivista do Direito, rejeitando a tese das fontes sociais e entendendo que a validade de uma lei não pode ser identificada somente por suas características formais[346], razão pela qual se afasta do positivismo, inclusive de Hart.

O autor é adepto da teoria institucionalista do Direito, na qual a importância da institucionalização das normas sociais se dá pela necessidade de preservação da ordem social. Assim, o conceito do que é normativo determina o que pode ser considerado como fato institucional. Sua definição está atrelada à interpretação das coisas, dos eventos ou de comportamentos a partir de uma moldura normativa[347]. O papel do teórico do Direito passa a ser o de trabalhar com conceitos interpretativos para explicar a natureza do Direito, em conformidade com a teoria de Dworkin (conceito interpretativo)[348]. Compreende o caráter do Direito como atividade prática[349].

---

[346] BUSTAMANTE, Thomas. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. 2013. p. 265.
[347] PUGLIESE, William Soares. *A RATIO DA JURISPRUDÊNCIA:* COERÊNCIA, INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E UNIFORMIDADE. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Curitiba, 2016. p. 87.
[348] BUSTAMANTE, Thomas. *Op.cit.* p. 271.
[349] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21.

Sua teoria da argumentação jurídica tem como característica operar no contexto da justificação[350], embora também aceite o contexto de descoberta, procurando apresentar uma teoria tanto prescritiva, quanto descritiva da argumentação jurídica. "Ele está especialmente preocupado com a justificação de decisões jurídicas porque ele é consciente do elemento subjetivo que está sempre presente, em maior ou menor extensão, nas atividades de interpretação e aplicação do direito"[351].

Para o positivismo exclusivista de Joseph Raz, a aplicação do Direito se trata de mero processo de execução da norma. Ao jurista só é dado conhecer o objeto do Direito e aplicá-lo conforme está descrito. Essa distinção entre criação e a aplicação do Direito culmina na distinção entre "teorias do Direito" e "teorias da decisão". As primeiras dizem como o Direito é, e caracterizam o positivismo. A conceituação de Ciência do Direito como Teoria do Direito implica na determinação de qual é sua função. O que culmina por isolar a teoria da decisão do debate teórico e criar um abismo entre a teoria e a prática[352].

MacCormick está preocupado, além da concepção jurídico-teórica do Direito, com a concepção prática, em que a argumentação jurídica se insere em um processo construtivo e hermenêutico. Não se contenta com a teoria positivista de descrição do objeto do direito (analítica), procurando estabelecer uma teoria descritiva/prescritiva do Direito (o que o Direito é como o que o Direito deve ser).

A teoria da argumentação jurídica de MacCormick é conhecida como "teoria integradora da argumentação jurídica". O autor, nascido no Reino Unido (Escócia), teve grande influência do *common law* e isso se reflete em sua teoria, que tem a jurisprudência como ponto de referência. Afirma que em alguns casos jurídicos a lógica dedutiva não dá conta de resolver os problemas e que a justificação das decisões deveria se basear em outros argumentos, utilizando o caso *Daniels versus R. White and Sons and Tarbard* para exemplificar.

No caso, Daniels vai a um bar e compra de Tarbard uma limonada. Descobre-se, posteriormente, que essa limonada estava contaminada com ácido carbólico e que esta causou danos para a saúde de Daniels e de sua esposa. No *common law*, a venda é denominada por "venda por descrição", tendo em vista que Daniels havia pedido a bebida da marca R. White and Sons. Em vendas desse tipo, entende-se implicitamente que a mercadoria vendida deve ser

---

[350] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 18.
[351] BUSTAMANTE, Thomas. *Op.cit.* p. 270.
[352] Ibidem. p. 273.

de qualidade comercializável e quem descumprir essa obrigação terá que responder pelos danos causados, tendo Tarbard o dever de indenizar Daniels.

MacCormick reescreve a sentença em forma de proposições *modus ponens*, do que se extrai que: Se uma pessoa transfere a propriedade de suas mercadorias para outra pessoa por uma soma de dinheiro, então existe um contrato de venda dessas mercadorias entre ambas as partes, chamadas respectivamente "vendedor" e "comprador"; No caso, Tarbard transferiu a propriedade da bebida para Daniels; efetuou-se um contrato de venda dessa mercadoria, cujo comprador era Daniels e o vendedor era "Tarbard"; Se um vendedor descumpriu uma condição de um contrato, cujo cumprimento lhe foi exigido, então o comprador está autorizado a obter, do vendedor, indenização pelos danos e prejuízos; Nesse caso, a parte vendedora violou uma condição do contrato, cujo cumprimento lhe tinha sido exigido. Assim, o comprador está legitimado para obter, do vendedor, indenização equivalente à perda resultante direta e naturalmente do descumprimento da condição por parte do vendedor[353].

Atienza adverte que o que a lógica determina é a obrigação do juiz de sentenciar o caso, mas não a sentença do juiz como tal. Dessa maneira, a ordem do juiz que condena uma parte a pagar certa quantia em dinheiro já não é um produto lógico, embora o que justifique essa decisão seja precisamente um raciocínio lógico-dedutivo. Isso quer dizer que "uma decisão jurídica precisa, pelo menos, estar justificada internamente, e que a justificação interna é independente da justificação externa, no sentido de que a primeira é condição necessária, mas não suficiente, para a segunda"[354]. Quanto a essa segunda questão, o juiz, no caso acima, não condenou o fabricante porque entendeu que não foi possível se provar sua responsabilidade, que havia descumprido o critério de cuidado razoável, mas não negou que este não fosse responsável.

A justificação dedutiva possui pressupostos e limites. O primeiro pressuposto é que o juiz deve aplicar as regras de Direito válido sem entrar no mérito da natureza desse dever. O segundo é que o juiz pode identificar quais regras são válidas, o que implica aceitar a existência de critérios de reconhecimento. Os limites da justificação dedutiva se mostram quando os juízes se deparam com os chamados casos difíceis, em que a subsunção não é suficiente para resolvê-

---

[353] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 37-40.
[354] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 138.

lo. Nesses tipos de caso, é necessária a argumentação a partir de princípios e os argumentos a partir da analogia.

MacCormick divide os casos difíceis em quatro: os que envolvem problemas de *interpretação*, de *pertinência*, de *prova* ou de *qualificação*. Os primeiros se referem a premissas normativas e os segundos a premissas fáticas. Os *problemas de interpretação*[355] surgem quando não há dúvida sobre qual norma deve ser aplicada, pois a conduta por ela descrita se aplica ao caso, mas sobre qual interpretação deve ser dada, qual o sentido deve ser atribuído a norma (p' → q, ou então p" → q).

Por exemplo, no caso *Brown v. Board of Education* (1954), a Constituição proibia a distinção entre as pessoas, mas as escolas eram dividas entre negros e brancos. A alegação da Board of Education indicou a interpretação de que não haveria distinção, pois brancos e negros tinham os mesmos direitos (direito à educação), que poderia ser expresso pela notação p' → q. O lema dos que defendiam a segregação era "Separate but equal" ou "Separados, mas iguais", e que compreendia que a segregação não afrontaria a igualdade pois os mesmos direitos estariam sendo concedidos. Brown alegava outra interpretação, a de que a separação entre negros e brancos violava a igualdade prevista pela Constituição (p" → q). Essa última intepretação foi a que prevaleceu na Suprema Corte dos Estados Unidos.

Os *problemas de pertinência* não se ligam as possíveis interpretações que podem ser dadas à norma, mas se existe uma norma pertinente para o caso analisado (p → q). MacCormick exemplifica esse problema pelo caso Donoghue *versus* Stevenson (1932), que versava sobre a existência de responsabilidade do fabricante de bebidas se estas causassem algum mal ao consumidor. Não havia um precedente que regulamentasse o caso. Estabeleceu-se que, com base em uma regra do *common law*, haveria a responsabilidade do fabricante para com o consumidor se fosse demonstrado que este não teve o cuidado razoável na fabricação do produto.

Os *problemas de prova*[356] estão relacionados ao estabelecimento da premissa menor. Pela prova são estabelecidas, por proposições, conexões entre fatos do presente e fatos do passado, em que das primeiras inferem-se as segundas. Ligam-se à qualidade das provas, de sua veracidade e confiabilidade, como um depoimento, um documento e da sua capacidade de possibilitar uma inferência conclusiva sobre o caso.

---

[355] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 86.
[356] Ibidem. p. 111.

Os *problemas de qualificação* não se ligam diretamente a existência de fatos provados, mas de sua pertinência para o processo, a possibilidade de integrarem o caso[357]. Assemelham-se aos problemas de interpretação, mas diferente daqueles, estes dizem respeito apenas a aspectos processuais. Como exemplo, tem-se o caso MacLennan *versus* MacLennan (1958), em que uma ação de divórcio é proposta com base na alegação de adultério, pois a esposa de MacLennan havia concebido um filho onze meses após a última relação sexual ocorrida entre o casal. A esposa admitiu esse último fato, mas negou o adultério, alegando que realizou inseminação artificial. Resta, então, a questão: Pode-se falar em adultério quando se trata de inseminação artificial?[358] No caso, a corte entendeu que a inseminação artificial não constituía adultério. Entretanto, a esposa de MacLennan não conseguiu prová-la e seu marido conseguiu o divórcio.

Listados os problemas existentes nos chamados casos difíceis, nos quais o raciocínio dedutivo não é suficiente, surgem os problemas de como justificá-los. A tese de MacCormick consiste na afirmação de que justificar uma decisão num caso difícil significa cumprir os requisitos: de *universalidade;* de *consistência* e de *coerência* (a decisão deve ter sentido com relação ao sistema); e de *consequência* (com relação ao mundo). "As decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e também devem fazer sentido no contexto do sistema jurídico"[359].

O requisito da universalidade está implícito na justificação dedutiva e significa que, para justificar uma decisão, deve ser levada em conta uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio. Em um caso específico, devem ser oferecidas razões específicas para sustentar a decisão. É preciso criar um enunciado normativo que expresse que tal decisão sempre será tomada quando ocorrerem tais circunstâncias. Uma hipótese geral que una as causas aos efeitos. Para Atienza, MacCormick não estaria fazendo outra coisa senão reproduzindo o esquema de argumentação de Toulmin, ou seja, "a favor de uma pretensão ou conclusão, é preciso apresentar não só razões concretas (os *data* ou *grounds*), como também a garantia (*warrant*) que permite passar das razões à conclusão"[360].

A universalidade é também chamada por MacCormick de "exigência de justiça formal", e por isso deve alcançar o passado (critério de precendetes), ou seja, uma situação

---

[357] Ibidem. p.118.
[358] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 140-142.
[359] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 131.
[360] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143-144.

igual deve utilizar os mesmos critérios, independentemente do tempo de sua aplicação. Por exemplo, se um caso X foi julgado da maneira W para a pessoa Y pelas condições Z, também deverá ser julgado o caso X" para a pessoa Y" se as condições forem as mesmas (Z). Até aqui, a justificação encontra-se em seu aspecto interno, de escolha das premissas e que diz respeito ao sistema jurídico. O aspecto da justificação externa concentra-se em como justificar a escolha de determinadas premissas, e para isso faz uso da coerência e da consistência e que diz respeito ao que faz sentido com relação ao mundo.

"A ideia básica de um sistema jurídico como corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível"[361]. O requisito da consistência significa que as premissas escolhidas não podem entrar em contradição com as normas estabelecidas de modo válido. A coerência pode existir independentemente da consistência, sendo aquela uma questão de grau e essa de ocorrência ou não ocorrência. "Uma história pode ser coerente em seu conjunto, embora contenha alguma inconsistência interna"[362].

MacCormick exemplifica a situação do seguinte modo. Uma norma de que todos os automóveis amarelos devem respeitar um limite máximo de velocidade de 30 km/h não contradiz uma norma de que todos os automóveis vermelhos, verdes ou azuis devem respeitar um limite mínimo de velocidade de 40 km/h e um máximo de 110 km/h. Observa-se que não há contradição entre as normas estabelecidas, mas também não existe coerência, pois não razão que possa justificar essa diferença de tratamento[363].

> A coerência normativa é um mecanismo de justificação, porque pressupõe a ideia de que o Direito é uma empresa racional; porque está de acordo com a noção de universalidade - como componente da racionalidade na vida prática - ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido[364].

Para a justificação dos casos difíceis devem ser usados argumentos baseados em princípios (estados de coisas desejáveis, valiosos) e argumentos consequencialistas. "A

---

[361] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 135.
[362] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 147.
[363] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 135.
[364] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 148.

justificação de segunda ordem envolve dois elementos, a argumentação consequencialista e a argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente”[365]. A argumentação consequencialista é avaliatória, ou seja, valorativa. Interessa, para estes argumentos, responder que tipo de conduta estaria autorizada ou proibida pela norma estabelecida na decisão. Os argumentos consequencialistas são hipotéticos e não probabilistas em sua maioria. Estão relacionados às consequências jurídicas, e se ligam a valores como Justiça, o senso comum, o bem comum, a conveniência pública[366].

MacCormick difere de Dworkin e não acredita na tese da única resposta correta, defendendo que os juízes devem pautar suas decisões nos requisitos de universalidade, coesão, coerência e aceitabilidade das consequências. Difere também de Hart, e não acredita em um poder discricionário forte dos juízes frente aos denominados casos difíceis, em que o julgador teria o poder de um quase-legislador. Entende que os juízes podem se valer de princípios, mas que esses servem para fundamentar as regras e que a decisão é fruto de um procedimento racional que está delimitada pelos requisitos por ele apresentados.

e) A teoria da argumentação de Robert Alexy

Robert Alexy já foi introduzido em tópico anterior desse capítulo. O autor alemão possui várias obras sobre teoria e filosofia do Direito. As que tiveram mais destaque foram a Teoria dos Direitos Fundamentais (1985) e a Teoria da Argumentação Jurídica. Essa última foi sua tese de doutorado em 1976, entretanto, somente publicada em 1983.

Seu objetivo com essa obra é elaborar uma teoria da decisão judicial que satisfaça o requisito de fundamentação jurídica. Entende que a fundamentação é um problema: a) devido ao caráter aberto da linguagem no Direito; b) pela possibilidade de conflito entre as normas; c) pela possibilidade de haver casos que necessitem de regulamentação jurídica, uma vez que não existe norma válida existente; d) pela possibilidade de uma decisão que contrarie a literalidade da norma[367]. Objetiva, assim, por meio de sua teoria da argumentação jurídica, construir condições e critérios para que o discurso jurídico tenha caráter de discurso racional.

---

[365] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 137.
[366] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 156.
[367] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19-20.

Para a elaboração de sua teoria, Alexy utiliza como base autores da escola analítica, como Hare, Toulmin, Baier, Escola de Erlangen, Perelman e a teoria consensual da verdade de Habermas. Essa última foi a que maior influência teve em sua obra e de onde buscou os conceitos e premissas para sua teoria. Alexy entende o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral[368]. O ponto comum entre ambos é a preocupação com a correção de afirmações normativas. Ambos os discursos exigem fundamentação, sendo que o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático porque a argumentação jurídica acontece em um contexto de condições limitadoras, como a lei e os precedentes. Caracteriza-se como um procedimentalista, interessado nas regras do processo de participação democrática da decisão.

Para ele, poderia presumir-se que quaisquer participantes num processo de deliberação racional que tenha por objeto os limites do discurso prático geral decidiriam a favor da inclusão de procedimentos para cria regras de lei positiva, bem como procedimentos para a análise científica e para aplicação dessas regras[369]. Na teoria consensual da verdade, Habermas afasta-se da concepção da verdade como correspondência, em que a verdade é concebida pela relação entre enunciados e fatos. A verdade, no discurso prático, deve ter um resultado racionalmente motivado baseado em um *consenso* justificado. "Habermas transfere esse conceito do nível semântico (a verdade como referida ao sentido das proposições ou das normas) para o nível pragmático (a verdade como referida aos atos que se realizam ao se dizer algo: afirmações, promessas, ordens etc.)"[370].

O consenso racional advém da comunicação entre os participantes do discurso, dos atos de fala. Para tanto, Alexy esboça sua teoria do discurso prático racional geral estabelecendo algumas regras, que são divididas em: regras fundamentais, regras da razão e regras sobre a carga da argumentação. Além disso, também estabelece as formas de argumento.

As regras fundamentais (*die Grundregeln*) se aplicam tanto ao discurso teórico quanto ao discurso prático e valem para qualquer comunicação linguística que trate da verdade ou da correção. Enunciam os princípios da não contradição (inclusive a não contradição entre normas), sinceridade, universalidade e o uso comum da linguagem[371]. [372]. São elas: 1.1: Nenhum orador pode se contradizer; 1.2: Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê;

---

[368] Ibidem. p. 26.
[369] Ibidem. p. 29.
[370] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 188.
[371] Ibidem. p. 195.
[372] Ibidem. p. 195.

1.3: Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos importantes; 1.4: Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados[373].

A regra 1.1 diz respeito à lógica, mais especificamente ao princípio da não-contradição. Além disso, não se aplica apenas à lógica clássica, mas também à lógica deôntica. Em 1.2 assegura-se a sinceridade da discussão, essencial para a comunicação linguística. A regra 1.3 refere-se à coerência do falante em suas expressões. A regra 1.4 está ligada a uma comunidade de linguagem e ao compartilhamento de significados por diversos falantes.

As regras da razão (*die Vernunftregeln*) exprimem a racionalidade do discurso. São elas: 2: Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação; 2.1: Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso; 2.2: (a) Todos podem transformar uma afirmação num problema, (b) Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso, (c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades. (d) é importante particularmente no discurso prático; 2.3: Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos, estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso[374].

A primeira (2) pode ser chamada de "regra geral de justificação". A regra 2.1 refere-se à admissão no discurso. 2.2 e suas três divisões regulam a liberdade da discussão. A regra 2.3 manifesta, mais do que uma regra, uma condição para a realização de 2.1 e 2.2. As regras previstas em 2.1, 2.2 e 2.3 expressam, respectivamente, exigências de igualdade de direitos, universalidade e não coerção.

As regras sobre a carga da argumentação (*die Argumentationslasregeln*) servem para a organização do discurso, pois o uso irrestrito de regras poderia levar ao bloqueio da argumentação[375]. São elas: 3.1: Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso; 3.2: Quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso; 3.3: Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários; 3.4: Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e

---

[373] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 187.
[374] Ibidem. p. 191.
[375] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 196.

necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo[376].

A regra 3.1 exprime que todos os participantes são iguais e um tratamento diverso desse exige fundamentação. Em 3.2 observa-se a impossibilidade de uma falante exigir continuamente razões de seu interlocutor, o qual só está obrigado a dar nova resposta em caso de contra-argumento. As formas de argumento são representadas por proposições normativas, as quais permitem dois modos de fundamentação. Na primeira, toma-se como referência a regra (R), pressuposta como válida. Na segunda, se assinalam as consequências (F) de seguir no imperativo implicando N[377]:

Os argumentos 4.1 e 4.2 seguintes podem servir como exemplos de aplicação destas duas formas[378]:

A mentiu	Ao mentir, A causa sofrimento desnecessário
Mentir é mau	Causar sofrimento desnecessário é mau
_____	_____
A agiu mal	A agiu mal

As regras de fundamentação (*die Begründungsregeln*) ligam-se especificamente ao caso da argumentação prática e demonstram como fundamentar com base nas regras anteriores. 5.1.1: Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; 5.1.2: As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitáveis para todos; 5.1.3: Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada; 5.2.1: As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se: (a) embora originalmente passível de justificação racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificação, ou (b) se não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertos novos motivos nesse ínterim; 5.2.2: As regras morais subjacentes às visões morais de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico

---

[376] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 194-195.

[377] A representação ocorre da seguinte forma: 4) $\frac{G}{R.}$ 4.1) $\frac{T}{R}$ 4.2 $\frac{F}{R}$ 4.3) $\frac{Fr}{R\prime}$ 4.4) $\frac{T\prime}{R}$. Ibidem. p. 196-197.

[378] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 198.

em termos de sua gênese individual. Uma regra moral não aguenta esse teste se tiver apenas sido adotada com base em algumas condições injustificáveis de socialização; 5.3: Os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta[379].

Alexy formula três variantes do princípio da universalidade que se ligam, respectivamente, às concepções de Hare (princípio da troca de papéis), de Habermas (princípio do consenso) e de Baier (princípio da publicidade). Entre as duas primeiras formulações, há esta diferença: no primeiro caso se parte das concepções normativas de cada falante, enquanto no segundo se refere às opiniões comuns a obter no discurso[380].

As regras de transição (*die Übergangsregeln*) são úteis, pois nos discursos práticos surgem problemas que a argumentação prática não pode resolver (problemas de fato, problemas linguísticos), o que obriga a passagem para outras formas de discurso, a qual deve obedecer às seguintes regras: 6.1: É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico (empírico); 6.2: É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso linguístico analítico; 6.3: É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso-teórico-discurso[381].

O discurso prático geral possui seus limites. Seguir as regras e as formas de argumentos apresentadas aumentam a probabilidade de um acordo racional, mas não garantem que um acordo seja sempre obtido, ou que este seja imutável. Os resultados do discurso não pressupõem razões definitivas, e podem ser revisados a qualquer tempo. Entretanto, essas alterações necessitam de algumas regras. "Os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas. Com isso se produz a transição para o discurso jurídico"[382].

Dentro do contexto da argumentação jurídica, Alexy entende existir uma pretensão de correção, que conforme mencionado no primeiro tópico, está relacionada com a correção moral do Direito. Com isso, exprime que se busca uma resposta correta na fundamentação de uma decisão judicial[383]. A correção é valorativa ou axiológica, e conforme se verá quando se falar da proporcionalidade, é aplicada para o caso de ponderação de princípios. "Nas discussões jurídicas, os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência

---

[379] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 200-201

[380] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 199-200.

[381] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 203.

[382] Ibidem. p. 205.

[383] Aqui não no sentido de Dworkin da única resposta correta, mas apenas da melhor resposta.

condições ideais”[384]. Para o autor, nos discursos jurídicos, trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas (decisões jurídicas). Essa justificação é interna e externa, conforme já abordado anteriormente. Na justificação interna, trabalha-se com silogismo jurídico, no qual aplicam-se os métodos da lógica, que é assim representada:

J 1.1 (1) (x) (Tx → ORx)

(2) Ta

(3) ORa (1),(2)

X representa uma variável de um indivíduo, A é uma constante do indivíduo, como o nome, T representa a suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas, e R, que expressa o que o destinatário da norma deve fazer (operador deôntico). Além dessa representação, para concreção do princípio da universalidade, formulam-se outras regras: J 2.1: Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal; J 2.2: A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições; J 2.3: Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M, deve-se apresentar uma regra que decida a questão; J 2.4: São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível; J 2.5: Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento[385].

Essas regras devem servir à argumentação formal na estrutura da argumentação jurídica. O ponto mais importante é o da segurança da universalidade. Designam-se como regras e formas de justiça formal. O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna.

Alexy[386] classifica as formas de argumentos e as regras de justificação externa em seis grupos: regras e formas de (1) interpretação, (2) argumentação da Ciência do Direito, (3) uso de precedentes, (4) argumentação da prática geral, (5) argumentação empírica e as chamadas formas especiais de argumentos jurídicos (6). Se se desejasse caracterizar esses grupos por meio de uma palavra ou expressão apenas, seriam escolhidos os seguintes termos: (1) lei, (2) Ciência

---

[384] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 216.
[385] Ibidem. p. 221-226
[386] Ibidem. p. 229. Alexy escreve, para cada uma dessas regras enunciados, os quais podem ser conferidos durante e ao final da obra (p. 287).

do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria, e (6) formas especiais de argumentos jurídicos.

f) A teoria da justificação e da aplicação de Klaus Günther

Klaus Günther é um jurista alemão cuja obra mais conhecida é *Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, de 1993. O autor possui uma forte influência habermasiana, sendo sua teoria considerada como uma reconstrução da teoria procedimentalista de Habermas. Dentre os aspectos mais notáveis de sua teoria, está a diferenciação entre os contextos de justificação e de aplicação das normas.

Questões referentes à validade são separadas das questões referentes à aplicação. No primeiro caso, "tratar-se-ia de perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, para tanto, de um teste de universalização – a partir do princípio do discurso"[387]. Já no segundo, "pretender-se-ia considerar aquelas normas válidas e, então, diante de um caso concreto especifico, busca encontrar a norma que seja adequada"[388]. Günther objetiva dar uma justeza moral às normas, para isso, concebe o princípio da universalização sob a ótica de três pontos: o do agente, o do espectador e o do afetado. Busca uma justificativa do ponto moral ou jurídico para uma norma, apoiando-se na versão forte do princípio de universalização na forma do princípio do discurso. "São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais"[389]. Assim, as decisões devem ser tomadas em conjunto, colocando-se cada um na posição do outro, conforme o interesse universal[390]. Para Klaus Günther,

> [...] há duas atividades distintas na justificação de uma norma: mostrar que há razões, sejam lá quais forem, para aceitá-la ou relacioná-la a uma situação, perguntando se e

[387] PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2008. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>. Acesso em: 03 out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v48i0.15748. p. 188.

[388] Ibidem.

[389] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: ente facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.142.

[390] PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2008. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>. Acesso em: 03 out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v48i0.15748. p. 188.

> como ela é adequada à situação, se não há outras normas que seriam preferíveis, ou se a norma sugerida deveria, diante dessa situação, ser modificada[391].

O autor assevera que há necessidade de inserir um discurso de aplicação das normas, com a finalidade de complementar o discurso de justificação. O que ele propõe é que a justificação da norma refere-se a sua validade e que a aplicação da norma é uma situação distinta, nas quais o juiz se depara frente a um caso concreto[392]. Assim, pode-se depreender que "para toda norma que for aceita como válida a partir de um princípio de universalização, haverá situações nas quais, essa mesma norma, aparentemente, poderá se 'chocar' com outra norma igualmente válida, de modo que será possível seguir uma sem descumprir outra"[393]. Uma norma pode ser considerada válida mesmo se houvesse incompatibilidade empírica.

Ainda, Günther possui uma definição de regras e princípios própria, rejeitando aquelas propostas por Alexy e Dworkin. Para ele, o conflito entre regras, ao invés de se resolver no âmbito da validade, ocorrerá no âmbito da fundamentação da validade das normas jurídicas (colisão interna); já a colisão entre princípios não acontecerá na dimensão de peso, mas na dimensão de aplicação das normas (colisão externa)[394]. Para ele, a validade das normas não será averiguada nos discursos de aplicação, considerando isso algo impossível. Desse modo, defende que os discursos de aplicação devem apenas referir-se à adequação das normas, restando ao plano da justificação tratar do aspecto de validade. Baseando-se no princípio moral "U" de Habermas, conclui que decidir acerca da validade é algo totalmente diferente de decidir sobre a adequação.

---

[391] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 35.

[392] BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008. p. 172-173.

[393] PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2008. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>. Acesso em: 03 out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v48i0.15748. p. 189.

[394] BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008. p. 174.

g) A argumentação jurídica de Manuel Atienza

Manuel Atienza, cujas obras são base para elaboração desse trabalho, é um jurista espanhol ligado às teorias da argumentação jurídica e à teoria do Direito. Dentre suas obras mais importantes estão "As razões do Direito" (1991), "O sentido do Direito" (2001) e "O direito como Argumentação" (2006). Nesse tópico serão tecidas breves considerações sobre o projeto de uma teoria da argumentação jurídica escrito na primeira obra acima mencionada.

Para o autor, uma teoria da argumentação jurídica deve ser avaliada a partir de três perspectivas diferentes, considerando qual é seu *objeto*, seu *método* e sua *função*. Isto é, tratar de ver "o que explica a teoria em questão, como explica e para quê"[395], pois entende que as teorias até então expostas (Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick e Alexy) não conseguiram dar conta suficientemente dessas três dimensões.

A construção de uma teoria alternativa da argumentação jurídica para ele deve levar em conta no seu objeto a argumentação sobre fatos. A teoria padrão se preocupa muito com questões de tipo normativo. A aproximação com a realidade implicaria o contato da argumentação não só com a teoria do Direito, mas também com a sociologia do Direito.

Ainda, a argumentação jurídica, além de tratar dos processos da dogmática jurídica e da interpretação do Direito, deve levar em conta os processos de elaboração do Direito. "A argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas"[396]. A produção legislativa envolve vários atores, como os redatores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores das normas e por isso a racionalidade legislativa deve ser levada a vários níveis, compreendendo o sentido dado pelo emissor, que deve ser transmitido inteligivelmente por meio de uma mensagem (lei) ao receptor (destinatário da norma).

Como terceira característica, a argumentação jurídica, situada no contexto de aplicação do direito (adjudicação), não deve se esquecer de que grande parte das resoluções de conflito se dão pela mediação ou conciliação. Considerar esse aspecto é importante não só por razões práticas, mas também por razões teóricas. A racionalidade discursiva teria que se aproximar da racionalidade estratégica, o que geraria uma aproximação desse âmbito de argumentação com o da argumentação legislativa.

---

[395] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254.
[396] Ibidem. p. 256.

Em último lugar, uma teoria da argumentação jurídica deve possui também um caráter descritivo. Deve ser capaz de dar conta dos argumentos que ocorrem de fato na realidade jurídica. Dentro do contexto de justificação é preciso não só estabelecer critérios de como as decisões judiciais devem ser justificadas, além disso, *deve haver um método para descrever como as decisões são fundamentadas de fato*.

> Para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor [...] de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação - pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos - , assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção - ou a maior ou menor correção - dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas[397].

Para Atienza, uma das principais falhas da teoria padrão da argumentação jurídica (MacCormick e Alexy) é não ter elaborado um procedimento capaz de descrever como de fato os juízes justificam suas decisões. Esta teoria recorre à lógica dedutiva para explicar a questão da descrição. Entretanto, o processo de argumentação não é linear, não lembra uma cadeia, mas sim a trama de um tecido. O autor entende que um fragmento de argumentação pode ser adequadamente representado por diagramas que permitam dar conta tanto do aspecto sintático, quanto do aspecto semântico e pragmático da argumentação. A representação sintática se dá por[398]:

a ⇨ b : a é um argumento independente a favor de b;
a —⟪ b : a é um argumento independente contra b;
a
⟩⇨ c : a e b, conjuntamente, constituem um argumento a favor de c;
b

a
⟩⇨ c : a e b (cada um isoladamente) constituem um argumento a favor de c;
b

b
a ⇨⇩ : é um argumento para fundamentar c com a ajuda de b;
c

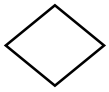
[397] Ibidem. p. 259.
[398] Ibidem. p. 260.

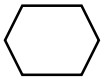
O aspecto semântico (sentido dos enunciados) está representado pelas letras *a*, *b*, *c* etc. Para o aspecto pragmático, recorre-se à formas geométricas, tais como:

proposição de um problema;

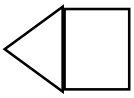
afirmação de um enunciado empírico (universal ou singular);

adoção de um enunciado normativo que obriga, proíbe ou permite fazer algo;


formulação de uma pergunta que pode ser feita no curso da argumentação e que pode ter uma ou mais saídas;


assunção de um juízo de valor;

estabelecimento de uma definição ou de um postulado de significado;

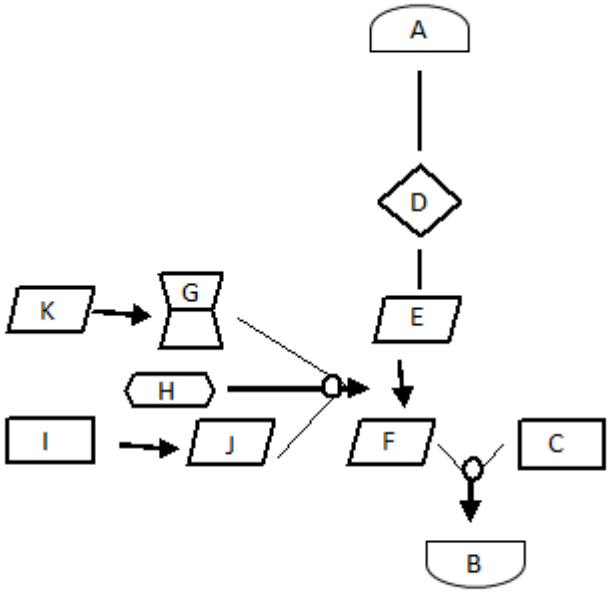

adoção de um princípio (que pode ser considerado algo a meio caminho entre um valor e uma norma); etc.

Para exemplificar o uso dos diagramas, Atienza se utiliza de um caso do Tribunal Constitucional Espanhol, no qual a questão era se sobre o dever de alimentar ou não presos a força quando a saúde deles se visse ameaçada em consequência do prolongamento da greve de fome (a). O Tribunal decidiu que haveria essa obrigação, e que ela era da Administração (b) se realmente ocorresse risco para a saúde (c). O artigo que a Corte se pautou foi o 2.4 da Lei Orgânica Geral Penitenciária (d), que estabelece a obrigação da Administração penitenciária de zelar pela vida, saúde e integridade dos detentos (e), o qual deve ser interpretado em consonância com o disposto na Constituição (direito à vida e integridade física e moral).

O problema de interpretação que se coloca é o de como resolver o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal. O Tribunal entendeu o valor vida humana deve prevalecer sobre o valor autonomia pessoal, o que implica na norma segundo a qual quando a saúde de um detento corre grave risco como consequência de uma greve de fome reivindicativa, a Administração tem a obrigação de alimentá-lo, inclusive à força (f). Para a passagem de (e)

para (f), o Tribunal utilizou-se de três razões: o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva, que não permite configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte (g). Os presos não estariam exercendo o direito de liberdade para fins lícitos, mas sim para atingir objetivos não amparados pela lei (h).

Há entre os detentos e a Administração uma relação especial de sujeição (i), o que permitiria impor limitações a seus direitos fundamentais que poderiam não estar justificadas se se tratasse de cidadãos livres (j). A favor de sua decisão, o Tribunal ponderou que embora a privação da própria vida seja um fato que a lei não proíbe, também não se constitui como direito subjetivo (k). Atienza representa a situação com o seguinte diagrama[399]:



A passagem de (f) e (c) para (b) pode ser compreendido pela justificação interna. O uso das flechas duplas e flechas simples implica que a argumentação foi dedutiva. O conjunto dos argumentos (k), (g), (h), (i) e (j) constitui a justificação externa de (f), a premissa normativa. Ainda, pode-se observar que a argumentação do caso acima não poderia ser facilmente reconstruída pela lógica dedutiva. Atienza, então, começa a pensar sua argumentação na forma de resolver um caso difícil. Na linha de MacCormick, estipula quais seriam os quatro tipos de problemas jurídicos nesses casos.

[399] Ibidem. p. 262.

Os *problemas de pertinência* seriam aqueles sobre a identificação de qual norma aplicar ao caso. Por exemplo, a aplicabilidade de normas internacionais. Os *problemas de interpretação* seriam aqueles relacionados ao sentido aplicável das normas referentes ao caso. Como interpretar o artigo 2.4 da Lei Orgânica Geral Penitenciária? Como se deve entender o direito à vida, respaldado no artigo 15 da Constituição?

Os *problemas de prova* se ligam a ocorrência ou não de determinado fato. Por exemplo, se decisão dos presos do GRAPO ao declararem greve de fome foi voluntária ou não. Os *problemas de qualificação* ligam-se a pertinência jurídica de determinado fato, se deve ou não ser aplicado no processo. Assim, seria possível qualificar a alimentação à força dos presos do GRAPO como um caso de "tortura" ou " tratamento desumano ou degradante", com o sentido que essas expressões têm no artigo 15 da Constituição?

Se for estabelecido que existe um problema de interpretação, é necessário determinar se é um problema que ocorre por excesso de informação ou por insuficiência de informação. Quando as premissas possuem toda a informação necessária para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo. "Mas normalmente precisamos argumentar naquelas situações em que a informação das premissas é deficiente ou, então, excessiva, para podermos chegar à conclusão desejada"[400].

No caso observado anteriormente houve uma deficiência de informação, pois a informação contida em (e) e em (c) (respectivamente, as premissas normativa e fática das quais se parte) não é suficiente para chegar a (b) - a conclusão ou solução do problema. Além disso, é preciso construir hipóteses de solução do problema, construir novas premissas que contenham uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão.

A nova premissa terá de consistir numa reformulação da norma de que se parte, dando lugar a uma nova norma suficientemente precisa para abarcar o caso submetido a exame. Essa situação pode ser observada em (f) no esquema anterior. Depois disso, é preciso justificar as hipóteses de solução formuladas. Deve argumentar-se a favor da argumentação proposta. Se for o caso de insuficiência de informação, deve-se utilizar o tipo de argumentação analógico (*a pari, a simili, a contrario, a fortiriori*). No exemplo visto acima, o argumento para passagem de (e) (norma do artigo 2.4 da L.O.G.P.) para (f) (reformulação dessa norma) foi analógico.

---

[400] Ibidem. p. 264.

> A norma contida em (e) estabelecia a obrigação da Administração da penitenciária de proteger a vida, a saúde e a integridade dos presos, mas não era precisa quanto a se se deve entender que tal obrigação existe também quando é o próprio preso que, voluntariamente, mediante uma greve de fome reivindicativa, põe em perigo a vida. (f) representa uma generalização com relação a (e), pois amplia o caso concreto dessa norma, para incluir também o novo caso.

No que se refere ao critério de correção das decisões judiciais, Atienza entende que a teoria padrão da argumentação jurídica obteve grandes méritos, pois incorporavam conceitos de racionalidade prática aos argumentos. Todavia, esses critérios ainda não estão suficientemente desenvolvidos. Uma objeção levantada contra eles é que só conseguem determinar se determinada decisão não foi tomada com base em argumentos irracionais. Esse problema reflete nos chamados casos difíceis, em que existem diversos tipos de solução e que todas elas passam no teste da racionalidade.

No caso acima, poderiam ser elencar três hipóteses de solução, quais sejam: 1) a Administração deve alimentá-los à força quando existe grave risco para a saúde deles; 2) a Administração só pode alimentá-los quando eles tiverem perdido a consciência (pois então já não se força a sua vontade); 3) a Administração não pode alimentá-los à força nem mesmo na hipótese anterior. Não há afirmar se a decisão tomada pelo Tribunal foi a correta.

> E se se pensa que tem sentido discutir qual dessas três soluções é a correta ou a mais correta, parece que precisaríamos ampliar a noção de racionalidade prática, lembrada anteriormente, para que ela abarcasse uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade que oferecesse algum tipo de critério para lidar nos casos difíceis, por mais que tais critérios possam ser discutíveis e não tenham a solidez dos outros. Uma tal teoria, por outro lado, não poderia ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política e moral[401].

Finalmente, o autor determina quais seriam as três finalidades da argumentação jurídica. A primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda é de natureza prática ou técnica e a terceira é de caráter político ou moral. O caráter teórico ou cognoscitivo da argumentação jurídica tem a ver com o desenvolvimento de outras disciplinas (jurídicas ou não) e com a possibilidade de maior compreensão do fenômeno jurídico e da prática argumentativa.

A função prática ou técnica está voltada para a produção, interpretação e aplicação do Direito. Essa tarefa instrumental exige um método capaz de reconstruir o processo real de

---

[401] Ibidem. p. 269.

argumentação, além de critérios para julgar sua correção. A função política ou moral seria aquela relacionada a qual tipo de ideologia que está na base de uma teoria da argumentação[402]. Ou seja, o positivismo, o não-positivismo, a tese da única resposta correta etc.

2.5 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO

Foi possível observar pelo exposto até o momento que várias são as concepções sobre como deve se aplicar o Direito. As Escolas do Direito Natural, a Escola da Exegese, a Escola Histórica, o positivismo jurídico e o pós-positivismo apresentaram seu modo de ver o Direito. As teorias da argumentação jurídica mais atuais acabam por apresentar uma linha tendente a um "pós-positivismo" (MacCormick, Alexy, Atienza). As teorias da argumentação jurídica são, em si, recentes, tendo como marco a segunda metade do século XX.

Na Escola do Direito Natural a aplicação do Direito acaba se confundindo com o que o Direito é. Ou seja, o conteúdo do Direito é aquele aplicado aos casos concretos. Não há um corpo (ordenamento) jurídico instaurado. O Direito Natural possui uma função prática de regular a vida em sociedade, desligada de bases teóricas. Já buscou fundamento de validade em entidades metafísicas, orientando-se pela dignidade do Ser humano e pela equidade (justo/equilíbrio/igualdade). Cada caso, portanto, poderia ter uma decisão diferente. A verificação de violação do Direito dá-se no julgamento, bem como a sanção. Esse ideal de justiça perdurou como dominante até a Idade Média, quando foi substituído por um novo modelo. Cabe informar que o Direito Natural ainda tem adeptos atualmente, sendo o mais destacado deles John Finnis.

Com a acumulação de riquezas pelos pequenos comerciantes, a decadência do sistema feudal e descobertas cientificas revolucionárias (Galileu, Copérnico, Kepler), a Revolução Industrial se iniciou, contemporaneamente ao movimento iluminista. O pensamento racional, voltado para o homem e não mais para Deus era característica da época. A isso se sucedeu o pensamento positivista e a concepção de que só o conhecimento científico era válido.

Napoleão, nesse período, como forma de governar seus diversos territórios, entendeu que a existência de um Código (Direito Positivo) era a melhor maneira de regular as relações sociais. Para tanto, escreveu seu Código Civil, o qual tinha pretensão de completude e que

---

[402] Ibidem. p. 269-273.

deveria ser seguido pelos juízes para aplicação da lei. Ao mesmo tempo surge a Escola da Exegese, para quem a interpretação do Direito está vinculada diretamente ao conteúdo da lei, não existindo margem para entendimento diverso. O Código não possuía falhas ou omissões, de modo que o juiz não poderia se omitir de julgar (juiz boca da lei[403]).

Tal método de aplicação do Direito começou a ficar insustentável, bem como os preceitos da Escola da Exegese. Aparece, então, na Alemanha a chamada Escola Histórica do Direito, cujo precursor foi Savigny. Buscava ir além do que era determinado pela letra lei para determinar seu significado, que estava inscrito na história da sociedade e deveria ser apreendido pelo intérprete. Criou o método histórico, além dos outros conhecidos métodos de interpretação, tudo isso para desvendar qual o sentido que a norma possui. O movimento ficou conhecido como a jurisprudência dos conceitos.

Na década de 30 do século XX, Kelsen busca uma teoria do Direito Positivo e lança a obra Teoria Pura do Direito com o objetivo de apresentar uma teoria analítica, capaz de descrever o objeto do Direito e de purifica-lo de toda ideologia. Em Kelsen, o conceito de vigência ganha grande importância. Não se preocupa com o que o Direito deve ser, mas com o que o Direito é. Quanto à intepretação, Kelsen entende que ela é um ato de vontade dado pelo julgador dentro da moldura estabelecida pela norma.

Para ele, a linguagem não é unívoca e permite uma abertura de significações, por isso o conceito da moldura. Assim, é importante entender que Kelsen objetiva com sua teoria, descrever o Direito. Se o autor entendeu que é dessa maneira que o Direito positivo se comporta, isso não quer dizer que ele ache que ele deva se comportar dessa maneira. Buscou, com o capítulo IX de sua obra lançar bases de como considera a intepretação dentro do Direito positivo. Portanto, uma teoria da decisão pode valer-se dos escritos de Kelsen.

Como a própria hermenêutica filosófica apresenta, não é qualquer significado que a norma pode apreender. Deve haver um contexto de significações, que pode ser entendida como a moldura. Nem todo significado é possível. A partir daí, se pode construir, discursiva, comunicacional, linguística ou argumentativamente uma decisão na qual o Direito é aplicado no caso concreto.

A teoria de Kelsen sofreu muitas críticas por utilizar os conceitos vistos acima, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em que conteúdo de normas juridicamente válidas culminou em graves violações de direitos. Após esse grande acontecimento, começam

---

[403] A expressão é de Monstesquieu: “la bouche qui prononce les paroles de la loi”.

a surgir novas teorias do Direito e da argumentação jurídica. Conhecidas como correntes pós-positivistas ou não positivistas, essas teorias buscaram se afastar do que era conhecido como positivismo jurídico.

Ainda dentro do positivismo jurídico, Hart busca um conceito de Direito um pouco diferente do adotado por Kelsen, o qual é chamado de positivismo *soft* (leve ou moderado). Os conceitos fundamentais em Hart são o da norma de reconhecimento e o da textura aberta do Direito. Com a primeira, expressa a característica do positivismo de objetividade das fontes. Todavia, com a segunda, busca demonstrar que embora se parta de um critério objetivo de produção normativa, o Direito possui um caráter semanticamente aberto, pelo qual não é possível determinar qual é o real sentido da norma. Para tanto, na aplicação do Direito, pode-se dar um poder discricionário forte dos juízes, que funcionariam como quase-legisladores. A tese de Hart, embora muito importante, complica-se com o amplo poder dado aos juízes quando não for possível se estabelecer de antemão o que a norma quer dizer.

Posteriormente a essas teorias positivistas, aparecem alguns autores que dela divergem. Alexy, com suas obras "Teoria dos Direitos Fundamentais" e "Conceito e Validade do Direito" parte de bases positivistas de descrição e objetividade do Direito, mas entende haver uma pretensão de correção moral do Direito, que poderia existir nos casos de injustiça. Dá bastante importância aos princípios dentro do ordenamento jurídico e admite que sejam valorados em um caso concreto no caso de colisão (princípio da proporcionalidade). Os métodos apresentados pelo autor para a decisão judicial recorrem a elementos morais e subjetivos e que prejudicam o caráter democrático da decisão. Entende que a construção dessa se dá discursivamente, de modo democrático, em que os argumentos são colocados conforme a vontade da população, o que é de difícil aceitação.

Dworkin é outro autor que trabalha com conceitos não positivistas e tem como marco de sua teoria a busca pelo Direito como Integridade. Também dá grande valor aos princípios e compreende o Direito como um conceito interpretativo. A moralidade política é conceito fundamental em sua obra e deve servir de guia para a aplicação do Direito. Originado em um sistema *commom law*, orienta-se pela eminência jurisprudencial. A importância discursiva da decisão judicial é preciosa para ele. Sua construção deve ser de caráter comunicacional e levar em conta o aspecto da equidade e da moralidade política. Rejeita o conceito de Direito como uma ordem positiva, devendo este estar sempre sendo construído. Também se posiciona contra o uso de métodos de interpretação por sua falibilidade em expressar o sentido da norma. A

teoria de Dworkin é muito bem fundamentada e construída, sendo uma opção muito interessante. Porém, como o próprio autor reconhece, de muito difícil aplicação.

Tanto é que recorre ao juiz Hércules (de poderes sobre-humanos) para decidir os casos jurídicos. Esse juiz seria guiado por um senso de integridade constitucional acreditando que a "Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática da prática e do texto constitucionais norte americanos com o um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes politicas subjacentes a essa questão"[404]. Para os casos difíceis, Hércules conseguiria obter das leis a melhor interpretação possível[405]. Nesse ponto, Dworkin vai divergir de MacCormick e Alexy, que não acreditam na tese da única resposta correta.

Contudo, convergem os posicionamentos de Dworkin com os de Streck[406], para quem, a partir da hermenêutica filosófica, é possível alcançar "a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição", comumente chamada de "resposta correta". Para Dworkin, a interpretação da Constituição parte de uma concepção de democracia, e a democracia é um empreendimento governado por princípios. Segundo ele, o Direito é um sistema composto dentro da moralidade política que se ocupa das justificativas que legitimam o uso da coerção pública. As autoridades ao aplicá-lo devem sempre argumentar a favor de princípios[407]. A compreensão da necessidade da resposta correta advém da impossibilidade da atribuição exclusiva de sentido pelo sujeito (intérprete da norma). Buscar a resposta correta seria afastar a discricionariedade da aplicação do Direito. A linguagem é condição de sentido da norma, e por

---

[404] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 474.

[405] Marcelo Neves busca inserir um novo modelo de juiz (Iolau), o qual consegue balizar princípios (Hidra) e regras (Hércules) pelo uso da racionalidade, conseguindo, assim, chegar a obtenção da justiça. Nas palavras do autor: "O juiz Iolau distingue-se do juiz Hidra sob dois aspectos. Por um lado, ele não se subordina, desorientadamente, ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfala em que se apresentam. Não modifica sua posição *ad hoc* para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não se deixa impressionar pela retórica principiológica. Caso contrário, afogar-se-ia no lago dos princípios. Por outro lado, o juiz Iolau não atua, ele mesmo, à maneira de Hidra. Não regenera, a cada caso, um novo princípio, para encobrir a sua atuação em favor de interesses particularistas, vinculados ao poder, ao dinheiro, à religião, à parentela, à amizade, às boas relações etc. Ou seja, não se utiliza da retórica principialista para impressionar os envolvidos nas contendas jurídicas e, assim, dissimular a sua prática juridicamente inconsistente [...] O juiz Iolau não nega que, em certos casos, precisa recorrer à técnica da ponderação. Mas ele sabe que a ponderação, para que tenha valor, deve ser tratada como um recurso escasso: com parcimônia. Sabe que a trivialização da ponderação tem efeitos negativos para os próprios princípios constitucionais, que ele leva a sério". NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 221-222.

[406] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 277.

[407] MOTTA, Francisco José Borges. *Dworkin e a Construção de uma decisão hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. São Leopoldo, 2014. p. 236.

isso o intérprete não deve extrair um sentido oculto do texto[408]. O sentido da resposta correta deve ser entendido dentro do campo da linguagem, como se esta oferecesse a resposta para o caso, e não no sentido de que a resposta correta é aquela que o intérprete acha que é[409]. Por isso, talvez a melhor denominação fosse "resposta hermeneuticamente adequada à Constituição"[410].

É preciso ressaltar que Streck é contra a utilização de uma argumentação jurídica, pois estaria ligada à filosofia do conhecimento e ao esquema do sujeito-objeto, cindindo a hermenêutica em etapas: compreensão, interpretação, aplicação. Seria impossível separar o elemento hermenêutico do apofântico. Todavia, pelo que se propõe com o trabalho, uma teoria da argumentação é necessária, pois se preocupa com o ato de aplicação do Direito nas decisões jurídicas, com um dever-ser prático. Se o Direito é na linguagem, e se essa linguagem precisa ser estabelecida nas decisões jurídicas, então ela tem que se dar de forma argumentativa, independentemente de o sentido ser extraído com base na hermenêutica filosófica. Entende-se que o procedimento argumentativo vai exteriorizar a intepretação do sujeito, não atuando de forma a cindir a hermenêutica em etapas. O diálogo entre o intérprete e o mundo deve restar explicitado na decisão jurídica. Mantém-se aqui na trilha de Dworkin, para quem o Direito também é uma prática argumentativa.

---

[408] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 287.

[409] "A resposta (correta) ultrapassa a questão da 'analítica da proposição'; ela não estará na proposição, mas, sim, em uma dimensão anterior à dimensão proposicional. Há nela um elemento a priori, que é a pré-compreensão fundada no modo prático de ser no mundo (é por isso que a coerência e a integridade tornam-se condição de possibilidade na hermenêutica jurídica de cariz filosófico). A questão da integridade do direito (analisado a partir da tradição) está ligada à estruturação da compreensão e do modo de explicitar — não esqueçamos que interpretar é explicitar a compreensão — o fundamento das proposições jurídicas. Como assinala Stein, trata-se do como hermenêutico (algo como algo) enquanto fundamento da estrutura da proposição (ôntico). Esse é o fundamento prático em que desaparece o sujeito solipsista, introduzindo-se uma pluralidade para afirmar una outro nível, para além da subjetividade, 'ali onde já existe uma legitimação coletiva, uma legitimação civil da proposição'. Trata-se de uma resposta que pretende dar conta das condições de possibilidade não apenas epistemológicas (teorias analíticas), mas, sim, uma resposta que será dada a partir de critérios que não estão ou não se resumem ao plano ôntico-proposicional, uma vez que há algo que a estrutura antepredicativamente (é por isso que o círculo hermenêutico, que conforma a compreensão do intérprete, dá-se em um nível ontológico — não clássico — anterior à distinção entre sujeito-objeto). Compreendidas tais especificidades da hermenêutica jurídica, que deve ser entendida paradigmaticamente — portanto, sem ignorar o significado da Constituição —, a resposta correta será a resposta constitucionalmente adequada; é, pois, o ponto de estofo em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), enfim, nessa síntese hermenêutica, em que o 'é' do sentido acontece, está essa *resposta hermeneuticamente correta* — porque mais adequada à Constituição. A compreensão correta será alcançada a partir da coisa mesma". Ibidem. p. 308.

[410] A "resposta correta" pode ser entendida como a busca de um conceito ideal. Manfredo Araújo de Oliveira, para ilustrar essa situação, faz uma comparação com o polígono de Nicolau de Cusa. Para o autor, o entendimento da verdade se baseia na mesma relação que o polígono tem com o círculo, pois quanto maior for o número de ângulos inscritos no polígono, tanto mais semelhante ele será ao círculo; nunca, porém, chegará a ser igual a ele. Assim, quanto maior o entendimento, mais próximo da verdade. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 98.

O intérprete, quando busca o sentido da norma, sempre está argumentando (dialogando) com o mundo. O círculo hermenêutico opera com base na argumentação. O sentido não se revela de pronto. A hermenêutica ocorre por mediação argumentativa. A hermenêutica é argumentação. A linguagem é argumentativa. A hermenêutica é na linguagem. Ou seja, argumentação jurídica, hermenêutica e interpretação compõem um todo. A argumentação jurídica deve explicitar a compreensão. Há um dever constitucional de fundamentação das decisões jurídicas, e é nesse ponto que se busca a atuação das teorias da argumentação jurídica. A argumentação não determina o sentido, ela o exprime para o mundo. A argumentação jurídica deve atuar como justificadora (discurso) da decisão encontrada pela hermenêutica e não como condição para encontrar (escolher) a decisão. Em um caso jurídico deve-se decidir argumentativamente e não escolher argumentativamente a resposta adequada ao caso. As razões porque aquela resposta dada é a correta deve constar na decisão, cumprindo o dever constitucional de fundamentação das decisões jurídicas.

A partir da década de 50 do século passado começam a surgir as teorias da aplicação do Direito conhecidas como teorias da argumentação jurídica, as quais buscam estruturar o modo de como sustentar opiniões dentro do mundo jurídico. Viehweg foi o precursor dessas teorias e com o livro Tópica e Jurisprudência propôs uma abordagem diferente para a argumentação. Essa deveria basear-se nos *topoi*, cuja origem, na Grécia Antiga, remonta a Aristóteles e, em Roma, a Cícero. A tópica se insere no âmbito de construção da premissa (contexto de descoberta) e não da inferência a partir da premissa, como na lógica clássica. Busca a adequação dos argumentos ao caso dado e estabelecer, a partir disso, os lugares comuns do raciocínio jurídico. Trata-se de apresentar um problema e de encontrar argumentos para justifica-lo. As críticas se colocam na definição não clara de problema dada por Viehweg, além que do próprio conceito de tópica, que pode ser entendida como uma técnica de busca das premissas, uma teoria sobre a natureza das premissas ou uma teoria sobre o uso das premissas na fundamentação jurídica[411].

Contemporâneo de Viehweg, Perelman buscou por meio de uma nova proposição da retórica, apresentar um tratado da argumentação. Coloca o raciocínio jurídico como parte integrante do raciocínio prático, inserindo-se dentro de uma concepção dialética de pensamento, pela qual procura se afastar dos raciocínios lógico-formais (rejeição ao positivismo lógico). Seu conceito de argumentação está intimamente ligado à persuasão, ao convencimento. Para tanto,

---

[411] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 52.

o conceito de auditório é fundamental em sua obra. O objetivo das técnicas argumentativas é o de aumentar a adesão das teses do orador pelo auditório. Divide a argumentação em orador, discurso e auditório. Cria o conceito de auditório universal (influenciado pelas teorias comunicacionais) pelo qual o orador imagina o acordo de um auditório que deveria ser universal. Diferindo do auditório particular e suas especificidades, busca a universalidade, o convencimento de todos os participantes. É um conceito ideal no ponto em que objetiva uma concordância geral pelo discurso. Contudo, não estabelece um método esquematizado de argumentação, o qual poderia ser utilizado no mundo jurídico. Perelman teve o mérito de resgatar a retórica e o uso prático da linguagem que ficaram esquecidos nos séculos dominados pelo cartesianismo.

Na linha seguida por Perelman, Toulmin procura demonstrar com sua obra os limites da lógica clássica para trabalhar com os fenômenos práticos. O método dedutivo não era capaz de lidar coma as exigências da racionalidade prática. Por isso, tenta elaborar um esquema que alinhe tanto a lógica formal quanto os elementos da realidade. Disso surge a lógica informal de Toulmin, que procura ordenar os usos dos argumentos em cadeias lógicas, criando os elementos que as compõe: a alegação (C); os dados (D); as garantias (W); os qualificadores morais (Q); e as condições de exceção ou refutação (R). Ou seja, os fatos que compõe uma asserção; as garantias que a comportam; o grau de força que os dados conferem à alegação em virtude da garantia (qualificadores morais); e as hipóteses em que uma alegação pode ser refutada ou excluída. A teoria de Toulmin possui relevância e deve ser levada em consideração, embora possua alguns pontos de imprecisão apontados por Atienza e Habermas[412].

Neil MacCormick, orientado por Hart, seguiu inicialmente os ensinamentos de seu mestre, vindo só tardiamente a dele discordar. Encontra-se em um meio termo entre o ultrarracionalismo de Dworkin (tese da única resposta correta) e o irracionalismo de Ross (as decisões são arbitrárias, atos de vontade do juiz). Compreende o Direito como algo argumentativo. Para defender seus pontos de vista, elabora a teoria institucionalista do Direito. Apenas um fato institucional pode determinar o que possui caráter normativo. E essa definição está atrelada à interpretação das coisas a partir de uma moldura normativa. Tudo isso gira em torno de um contexto de argumentação. Para o autor, o mais importante é o contexto da justificação, mostrando-se consciente do grau de subjetividade que cerca a aplicação do direito.

[412] Ibidem. p. 127-130.

A teoria da argumentação jurídica de MacCormick é conhecida como "teoria integradora da argumentação jurídica". Primeiramente demonstra a insuficiência da argumentação dedutiva para determinados casos, chamados de difíceis, aqueles em que há problemas de interpretação (de atribuição de sentido à norma), problemas de pertinência (de qual norma deve ser aplicada) e problemas de prova e de qualificação. Após identificados os problemas existentes nos chamados casos difíceis, surge o problema de como justificá-los. A tese de MacCormick consiste na afirmação de que justificar uma decisão num caso difícil significa cumprir os requisitos de: universalidade; consistência e coerência (a decisão deve ter sentido com relação ao sistema); e consequência (com relação ao mundo). Ponto importante de sua teoria é como lida com princípios, não entendendo esses como uma carta aberta, mandamentos de otimização ou razões para justiça. Para ele os princípios são estados de coisa considerados desejáveis e que devem ser analisados juntamente com o contexto das regras, buscando com eles fechar o sentido da norma. Embora aceite um poder discricionário leve dos juízes, a decisão é fruto de um procedimento racional que está delimitada pelos requisitos apresentados.

Manuel Atienza também entende o Direito como argumentação. Busca a relação entre os três aspectos da argumentação já vistos, sintática, semântica e pragmática. O que "o enfoque do Direito como argumentação trata de fazer é relacionar todos esses elementos de análise, a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e 'comprometida' do Direito que parte da noção de conflito"[413]. Para ele não existe prática jurídica que não consista em argumentar, incluindo-se a prática teórica. Argumentar e decidir são faces da mesma moeda. A exigência de fundamentação das decisões judiciais é recente e obriga o juiz a motivar sua decisão (controle interno), bem como a população controlá-la (controle externo).

O conceito de argumento para a lógica é apresentado como um encadeamento de enunciados. Argumentar é passar de um enunciado a outro respeitando certas regras. Entretanto, essa definição não serve para o campo das ciências comunicacionais, como o Direito, sendo que a partir dessa conceituação, na metade do século XX, começaram-se a desenvolver o que hoje se denomina de "teorias da argumentação jurídica" pelas quais se buscava a superação do argumento lógico-dedutivo. Nesse sentido encontram-se Viehweg, Perelman, Toulmin, dentre outros.

---

[413] ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2004. p. 77.

As concepções modernas da argumentação jurídica são dadas por MacCormick e Alexy, as quais buscam integrar o aspecto da lógica formal à uma concepção de racionalidade prática. As premissas devem ser consistentes e adequadas à realidade. Aparece, então, a distinção entre o conceito de justificação interna (formal) e o conceito de justificação externa (material). Sobre o conceito de argumentação, Atienza afirma que este pode ser entendido como o ato de sustentar uma tese, fornecendo argumentos para tanto. Ou seja, "argumentar consiste em usar de certa forma a linguagem: dando argumentos [...] a favor ou contra uma determinada tese"[414]. Ainda, para o autor é possível observar na argumentação duas características. A primeira é como processo ou atividade (atividade argumentativa) e a segunda é como produto (conjunto de argumentos)[415]. Quanto à segunda, é possível distingui-la em três elementos, quais sejam: as premissas, a conclusão e a inferência.

As três dimensões da argumentação são: a sintática, a semântica e a pragmática (retórica e dialética). Na concepção formal, as premissas e a conclusão não são interpretadas, mas apenas logicamente colocadas. Na concepção material, as premissas e a conclusão são enunciados interpretativos que são classificados como verdadeiros ou falsos.

A concepção pragmática caracteriza-se pelo fato de que as premissas e as conclusões não são entendidas como enunciados por interpretar, nem enunciados interpretados como verdadeiros ou falsos, mas sim enunciados *aceitos*. A argumentação só se iniciará se houver aceitação. Na retórica, a escolha das premissas deve basear-se na aceitação do auditório. Vale aqui a aceitação das teses apresentadas pelo orador, o foco está no resultado e não na validade lógica ou veracidade das premissas. A dialética possui caráter processual e relaciona-se com as regras do discurso. Para vencer-se um debate é preciso respeitá-las. Como por exemplo, não se contradizer, não utilizar argumentos proibidos, respeitar o procedimento etc. Regras como essas podem ser vistas nas teorias de Rawls e Habermas[416].

Destarte, a utilização das três concepções da argumentação jurídica se mostra imprescindível para a aplicação do Direito[417]. Essas devem ser entendidas como complementares uma da outra e não como divergentes. Uma teoria da argumentação jurídica deve partir do pressuposto que a sintática, a semântica e a pragmática deverão ser desenvolvidas

---

[414] Ibidem. p. 95.
[415] Ibidem. p. 97.
[416] Ibidem. p. 116-121.
[417] No sentido de dar primazia ao papel desempenhado pela pragmática no discurso jurídico está Tércio Sampaio Ferraz Júnior. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. IX-XIV.

discursivamente por meio da linguagem[418]. Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, "a argumentação emerge como meta-jogo de linguagem"[419], se distinguindo dos jogos contingentes de linguagem.

As bases lançadas pela hermenêutica filosófica se mostram importantes. Entende-se que uma teoria da argumentação jurídica não implica necessariamente em uma cisão entre os atos de interpretação e aplicação do Direito. Vem para organizar o pensamento que parte da linguagem. Não deve ser considerada como um método, mas como um modo de construção de sentido discursivo. O intérprete compreende, interpreta e aplica o Direito argumentativamente. A compreensão deve se dar hermeneuticamente, porém as decisões jurídicas exigem um contexto de justificação.

Sustentar uma tese não implica necessariamente em uma subjetivação de sentido em que o sujeito determina o objeto. Sustenta-se o que foi desenvolvido (compreendido, interpretado e aplicado) por meio da linguagem. A argumentação jurídica é a exteriorização do sentido encontrado pelo intérprete na linguagem. Os argumentos têm que fazer sentido entre si, para o mundo e serem aceitos pela comunidade[420]. A cisão do processo hermenêutico poderia ocorrer se se trabalhasse apenas com a sintática ou semântica. Contudo, a inclusão da pragmática na argumentação jurídica, notadamente influenciada pelo giro linguístico-pragmático, possibilita que a compreensão de sentido da norma ocorra de forma plural, baseada no conceito de comunidade, aquela para a qual o intérprete se dirige.

---

[418] É necessário distinguir o aspecto proposicional e o aspecto performativo da linguagem. Assim, precisa-se diferenciar "entre uma inconsistência lógica, que tem a ver com falhas na seqüência de dedução de sentenças conclusivas das sentenças-premissas, que é um conhecimento teorético-monológico e se concentra na dimensão sintático-semântica, da inconsistência pragmática, onde se trata de uma contradição dentro de uma ação argumentativa, que, enquanto tal, é situada numa relação de comunicação e reconhecimento de pessoas, portanto, onde uma relação interpessoal, social exerce uma função central. Assim, a exigência de consistência pragmática nunca pode ser reduzida a uma regra técnica (evitar um simples erro), mas é antes uma espécie de norma social, que é condição do sucesso de uma práxis social determinada (a argumentação enquanto o jogo de linguagem enquanto tal da razão). Precisamente porque a contradição aqui não é analítica (entre sujeito e predicado), mas pragmática, as sentenças da fundamentação última não são tautológicas, mas sentenças sintéticas a priori". OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 74.

[419] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 67.

[420] "Renúncia à pretensão de atingir a verdade (*aletheia*), em benefício do dialogo, *di-alética*, juntamente com a intenção manifesta de exercer uma influência transformadora da atuação humana (*pragma*), com a disposição de interpretá-la não só a partir de textos, mas sim pela sua situação em um contexto, são características de uma postura pragmática". GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3.ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 151-152.

A teoria desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho[421] chamada de Constructivismo lógico-semântico se mostra adequada com os preceitos acima expostos, possibilitando que a aplicação do Direito se dê de forma coerente com as três dimensões da linguagem.

> O modelo construtivista se propõe a analisar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação[422].

O Constructivismo lógico-semântico foi aplicado pelo próprio autor no livro "Direito Tributário, Linguagem e Método", em que o tema da incidência jurídica foi tratado em seus aspectos lógicos e semânticos. Assim, não se dará a incidência se não há ação de um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a aplicação que o preceito normativo determina[423]. Paulo de Barros Carvalho constrói sua regra-matriz de incidência como um método organizado dentro do Direito positivo, propondo a compreensão da mensagem legislada em um contexto comunicacional racionalmente estruturado. A regra-matriz ocorre da seguinte forma:

$$\mathbf{Ht \equiv Cm\ (v.c)\ .\ Ce\ .\ Ct}$$

Expressa-se, assim, o critério material (verbo + complemento), o critério espacial e o critério temporal. "Ht" é a hipótese tributária, "Cm" o critério material, "v" o verbo, "c" o complemento, "Ce" o critério espacial, "Ct' o critério temporal e "." o conjuntor[424].

O modelo teve sua origem influenciada pelo neoempirismo lógico do Círculo de Viena e pelo professor Lourival Vilanova[425], o qual teve influência da Escola de Baden. O Constructivismo possui íntima relação com a Teoria Comunicacional do Direito, sendo que ambas tomam a linguagem como constitutiva da realidade, fazendo referência às premissas

---

[421] CARVALHO, Paulo de Barros. ALGO SOBRE O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO. In: CARVALHO, P. de B. (Coord.). Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.
[422] Ibidem. p. 4.
[423] Ibidem. p. 9.
[424] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 155-156.
[425] VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2004.

fundamentais enunciadas por Heidegger e Gadamer, quais sejam, respectivamente: *a palavra é a morada do Ser* e *tudo o que puder ser interpretado é texto*[426].

O autor opta por realizar a análise da linguagem também pelo plano semiótico, entendendo que a dinamicidade da vida provoca o descompasso entre a realidade social e o ordenamento jurídico. "A opção pelo tratamento semiótico da linguagem normativa é decisão de cunho metodológico, que se projeta na cognição do processo ontológico do objeto do conhecimento em que atua o homem pelo sistema lógico de linguagem"[427]. Utiliza os conceitos semióticos de canal, emissor, destinatário, código, conexão e contexto para determinar o modo de ocorrência das relações jurídicas. Conclui-se que, para o autor, a interpretação dos textos jurídicos, para ser completa, deve ocorrer nos níveis sintático, semântico e pragmático.

É possível observar alguma diferença entre a hermenêutica filosófica e a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck) e o Constructivismo lógico-semântico. Para as primeiras o sentido se encontra na linguagem independentemente dos instrumentos semióticos utilizados para representá-la e dos níveis da linguagem (sintático, semântico, pragmático). Reduzir a linguagem a esses elementos implicaria que a compreensão de sentido ficaria subordinada a aspectos procedimentalistas. O estudo das Teorias da Argumentação Jurídica e do Constructivismo lógico-semântico foi importante para entender como deve ocorrer a aplicação do Direito nas decisões judiciais. Entende-se como possível a utilização complementar entre a hermenêutica filosófica e o constructivismo, tendo em vista que ambas dão primazia à linguagem para se determinar a interpretação correta. A hermenêutica filosófica está fundamentada na fenomenologia existencial heideggeriana, já o constructivismo lógico-semântico, baseia-se na filosofia analítica da linguagem. Embora sejam originados em escolas diferentes, objetivam um mesmo resultado. Em caso de divergência, é possível utilizar um modelo independente do outro.

Todavia, a pesquisa tomará como possível a utilização do modelo proposto pelo Constructivismo lógico-semântico para aplicação do Direito, principalmente por estar baseado na filosofia da linguagem e por empregar os três níveis da linguagem (sintático, semântico e pragmático) em sua utilização, embora não forneça um esquema lógico como o fez seu criador.

---

[426] CARVALHO, Paulo de Barros. ALGO SOBRE O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO. In: CARVALHO, P. de B. (Coord.). Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 6-7.

[427] CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 215.

3 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O trabalho procurou demonstrar no segundo capítulo a importância da linguagem e da argumentação para o Direito. Foram analisadas diversas teorias e como estas trabalham com a interpretação e a aplicação do Direito. Apresentou-se como modelo a ser seguido o proposto por Dworkin, que entende o Direito como um conceito interpretatativo e como prática argumentativa. Compreende-se que essa teoria do Direito deve ser utilizada em conjunto com a hermenêutica filosófica gadameriana, enaltecendo ainda mais o caráter do Direito como Linguagem e possibilitando uma análise do caso sob as perspectivas sintáticas, semânticas e pragmáticas.

Entende-se existente a distinção entre texto e norma, pelo que o corpo do Direito Positivo determina quais serão os textos utilizados para a aplicação da norma. Segundo o pensamento de Friedrich Müller (1938-), autor da Teoria Estruturante do Direito[428], só haverá a norma jurídica após a interpretação dada ao texto no ato de aplicação. O autor busca estabelecer uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaborada, a qual deve pesquisar a estrutura da normatividade. Essa metódica deve ser fundamentada por uma teoria hermenêutica da norma jurídica, para a qual a jurisprudência, a ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham na concretização da Constituição[429]. Os conceitos fundamentais de sua teoria são texto normativo, norma jurídica, estrutura da norma, programa da norma e norma da decisão. "A 'norma pura' não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas o texto da norma"[430]. O teor literal expressa a ordem jurídica tradicionalmente compreendida, ou seja, o *programa da norma*.

No mesmo nível hierárquico está o *âmbito da norma*, que é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu ou criou para si como seu âmbito de regulamentação. "O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa

---

[428] MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

[429] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 42-43.

[430] MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192.

do programa da norma"[431]. O âmbito da norma se encontra tanto no horizonte visual da norma jurídica, quanto no da norma da decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. O processo final de concretização da norma é chamado *norma da decisão*. "A solução, i. é, *a concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos, juridicamente ainda não decidido*, em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la"[432]. Seguidos o programa da norma e o âmbito da norma, a norma da decisão se distancia do texto legal e se constitui como norma autônoma, dotada de normatividade. Abrange os elementos do caso concreto, vinculando os objetos e partes envolvidas.

Nessa linha está Eros Grau, para quem há distinção entre texto e norma, ou entre norma jurídica e norma de decisão. "A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão"[433]. Para ele, "a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito"[434]. Assim, partindo-se do texto da norma alcança-se a norma jurídica. A concretização do Direito implica um caminho que parte do texto para chegar até a norma.

Na lição de Lenio Streck[435], seguindo a hermenêutica filosófica, a norma é produto da interpretação do texto, não estando contida no texto. Entretanto, isso não quer dizer que haja uma separação entre ambos. Não há texto isolado da norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete e que não deve implicar um processo de discricionariedade. A norma é a construção hermenêutica de sentido do texto, que se manifesta na *applicatio*[436]. Texto e norma devem ser compreendidos no mesmo contexto, e não de maneira isolada. Há aqui a tese da

---

[431] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 49.
[432] Ibidem. p. 54. Grifo do autor.
[433] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28.
[434] Ibidem. p. 29.
[435] Streck, embora siga essa linha de pensamento, que distingue texto e norma, possui alguma particularidades, determinas pela hermenêutica filosófica. "Deixo claro — e isto tenho feito também em outros trabalhos — que a distinção entre texto e norma, embora deite raízes na tese de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (*onto-logische Differentz*)" STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 286.
[436] STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Orgs. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck; José Luis Bolzan de Morais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 167.

diferença ontológica entre texto e norma. O texto é na norma e a norma só é no texto. A divisão do processo interpretativo (dimensão apofântica) foi denunciada por Gadamer, para quem não é possível cindir os atos de compreensão, interpretação e aplicação[437]. Para Marcelo Neves,

> Precisa-se, portanto, de uma "interpretação dos fatos" para que se supere a vagueza para o caso concreto e a norma possa ser aplicada. Para superação da ambiguidade de disposições normativas, é fundamental a interpretação do respectivo texto. Para a superação da vagueza e a aplicação normativa a um caso concreto, vai-se além, desenvolvendo-se um amplo processo seletivo de concretização da norma[438].

Como o objetivo da pesquisa é apresentar uma teoria que entenda que o ato de aplicação do Direito se dá argumentativamente, precisa-se elencar as bases que essa teoria *deve* seguir. Demonstrou-se que a linguagem se estrutura em três níveis, quais sejam o sintático, o semântico e o pragmático. A lógica é característica desses dois primeiros níveis (clássica e deôntica). A argumentação jurídica mostrou que é melhor utilizada quando atua nesses níveis. É preciso deixar claro que se o discurso jurídico é concebido como linguagem, não deve haver cisão entre os três níveis apresentados, pois esta cisão se mostra impossível, ambos existem em conjunto, concomitantemente. Por isso a importância de não se restringir à sintaxe e semântica (Escola da Exegese) ou somente ao uso da pragmática. A linguagem não se reduz a um nível ou outro. A utilização da sintática não vai implicar diretamente a assunção do objeto pelo sujeito, doador de sentido. Funciona como um modo (e não método) de organizar os elementos da linguagem, possibilitando a geração de sentido. Trabalhar com esses três níveis é essencial para uma teoria da argumentação jurídica que pretende se inserir dentro da aplicação do Direito.

Além disso, é importante, já que se parte de um corpo de normas dado pelo Direito Positivo, estabelecer quais serão os fundamentos materiais dessa teoria argumentativa. Entende-se imprescindível a observância do respeito aos direitos fundamentais e das disposições constitucionais. O discurso deve guiar-se para que não haja uma intromissão excessiva nos direitos (proibição do excesso), bem como que esses sejam tutelados de forma eficiente (proibição da proteção deficiente).

---

[437] STRECK, Lenio Luiz. DIFERENÇA (ONTOLÓGICA) ENTRE TEXTO E NORMA: AFASTANDO O FANTASMA DO RELATIVISMO. In: *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Tôrres (Coord.). Barueri: Manole, 2005. p. 56-57.

[438] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 6-7.

Nesse sentido, a teoria da argumentação que se busca apresentar, além de utilizar dos três níveis de linguagem existentes, pauta-se por um ideal de proporcionalidade, na visão de proteção dos direitos fundamentais. Junto a isso se soma a importância concedida ao princípio da proporcionalidade dentro das prisões cautelares, pela qual se busca encontrar uma resposta que menos interfira no direito de liberdade do cidadão, mas que possa fazer cumprir a finalidade de preservação da segurança pública. A proporcionalidade deve orientar a produção de sentido da norma.

É importante notar que, no Brasil[439], a proporcionalidade é muito conhecida e utilizada como "princípio da proporcionalidade", tendo enorme influência da obra de Robert Alexy[440]. Deve-se esclarecer que Alexy é apenas um dos autores que trabalha com o conceito de proporcionalidade, desenvolvendo sua própria teoria sobre a aplicação do Direito. Dessa forma, o conhecido "princípio da proporcionalidade" será chamado por "teoria da proporcionalidade".

A proporcionalidade surge juntamente com o Estado Democrático de Direito, produto de revoluções contra o Estado Absolutista (Antigo Regime), com a finalidade de limitar, controlar e dividir o poder estatal[441]. Revolta-se contra o poder do soberano, exigindo-se a observância dos direitos da população.

O surgimento do Estado Constitucional se dá com as revoluções Inglesa (século XVII), Americana (1776) e Francesa (1798). Tidas como revoluções liberais, essas buscavam na liberdade o ideal de Estado, fazendo tudo o que fosse necessário para preserva-la. A origem da proporcionalidade se dá na Prússia, no século XIX, como parte integrante do Direito Administrativo, e visava proteger os direitos de liberdade dos cidadãos contra abusos de poder por parte do Estado. A positivação da proporcionalidade nos termos de controle dos meios utilizados pelo poder estatal se deu no artigo 10(2) do *Allgemeines Landrecht* de 1794, que autorizava o governo utilizar o poder de polícia para assegurar a paz pública, mas ao mesmo tempo limitava esse poder a tomar as medidas estritamente necessárias para atingir tal

---

[439] "As cortes brasileiras citam, com muita frequência, doutrinadores e teóricos do direito (além de —jurisprudências) sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, ou seja, sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final, de acordo com sua reconstrução sistemática das fontes de direito" RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 69.

[440] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

[441] FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: a Constituição Penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

finalidade. Dizia o artigo: "à polícia é dado utilizar os meios *necessários* para a manutenção da paz pública, segurança e ordem" [442].

Da mesma maneira, conclui Fausto Santos de Morais, para quem "essa noção de necessidade teria como consequência jurídica a complementação do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) impondo limites às ações governamentais ao mesmo tempo que ampliava o grau de liberdade dos cidadãos"[443]. A proporcionalidade veio para complementar o ideal do Estado de Direito, principalmente na Alemanha, onde o uso do poder estatal só poderia ocorrer se houvesse expressa previsão legal. Todavia, não havia um controle do uso desse poder. Existia o respeito à legalidade, mas não necessariamente à liberdade do cidadão.

Dessa forma, a proporcionalidade visa controlar a ação dos poderes do Estado e as medidas que forem essenciais para alcançar o fim pretendido pela lei[444]. Essa também é a definição seguida pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 19, 342 [348]), para quem a proporcionalidade "resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos"[445]. Embora originada no Direito Administrativo, se encaixa perfeitamente no Direito Constitucional. Primeiramente, porque a Constituição é hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico, devendo as ações de Direito Administrativo por ela se pautarem.

Ainda, é na Constituição que se encontram os direitos fundamentais, os quais são objeto de proteção da proporcionalidade. "Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato essencial los derechos fundamentales"[446]. A função primordial e histórica da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais inscritos em uma ordem jurídica. "A essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais"[447]. Dessa forma, entende-se a proporcionalidade como parte integrante dos direitos fundamentais, se estendendo aos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário),

---

[442] COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American Balancing and German Proportionality*: The historical origins. September 23, 2008. 8(2) I-Con: International Journal of Constitutional Law 263 (2010). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1272763 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1272763. p. 13.
[443] MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 93.
[444] COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American Balancing and German Proportionality*: The historical origins. September 23, 2008. 8(2) I-Con: International Journal of Constitutional Law 263 (2010). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1272763 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1272763. p. 14.
[445] SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Org. MARTINS, Leonardo. Trad. HENNIG, Beatriz. et al. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V., 2005. p. 239.
[446] KLUTH, Winfried. *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*. Cuadernos de Derecho Público, núm.5 (septiembre-diciembre 1998). p. 222.
[447] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3.ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 181.

não se limitando às decisões judiciais ou aos atos executivos e legislativos. Pode ser compreendida no sentido da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que busca a defesa das garantias constitucionais de liberdade.

Existem algumas ramificações da proporcionalidade, que recebe diferentes tratamentos nos países em que é utilizada. Como visto, na Alemanha a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitprinzip*) tem como base o Estado de Direito e a limitação dos poderes públicos, em favor da liberdade dos cidadãos. Na Espanha tem sido utilizada no sentido de "valor de justiça", da "dignidade da pessoa" e da "proibição da arbitrariedade dos poderes públicos". Na Argentina liga-se a garantia de não restrição aos direitos fundamentais[448].

Nos Estados Unidos teve uma elaboração própria que culminou no chamado "princípio da razoabilidade". Aqui a proporcionalidade se revela como garantidora do *due processo of law* (devido processo legal), assegurando a observância substancial dos direitos fundamentais no processo. "A garantia ampla a todos os direitos reconhecidos pela Constituição americana é dada pela fórmula do *due processo of law*" [449]. Por adotarem o modelo do *common law*, o sistema precedentalista é muito forte, bem como a importância dada os casos concretos (*cases*).

Entendem o Direito como *jurisprudence*, tendo a decisão dos juízes grande relevância. Busca na razoabilidade uma forma de controle dos atos estatais, na tentativa de preservação dos direitos de liberdade. "O termo *razoabilidade* aparece como uma exigência oriunda do próprio conceito de *due processo of law*, de que toda lei deve ser *proporcional* e *razoável*[450]", devendo levar em consideração se a lei trata os iguais em igual condição, e que a distinção feita por ela seja natural e razoável, e não arbitrária, conforme diz Roberto Delmanto.

Funciona como meio de afirmação de direitos, inibindo a ação de um Estado intervencionista. A noção substantiva do *due processo of law* serve para o controle de constitucionalidade de leis, englobando, assim, não apenas uma visão de respeito processual às garantias, mas também a afirmação material dos direitos buscados no processo. A razoabilidade vem, então, com o meio de controle racional dos atos do poder público (juízes), para que os direitos de liberdade sejam assegurados. Não se deve confundir a *razoabilidade* com a *proporcionalidade*. Ambas podem atuar como substantivos próprios ou adjetivos. No primeiro

---

[448] MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Ríofrio. Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 Nº1, pp. 283 - 309 [2016]. p. 284.
[449] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 63.
[450] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 299.

caso a razoabilidade se refere à corrente adotada nos Estados Unidos e, no segundo caso, ao critério racional utilizado na linguagem. Já a proporcionalidade se refere, no primeiro caso, à corrente adotada na Alemanha e, no segundo, ao critério de proporção utilizado para comparar uma coisa à outra. Conforme assevera José Antonio Remédio, "apesar de bastante próximos e inter-relacionados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se equivalem"[451].

A proporcionalidade é fundamentada no princípio da reserva legal, a qual implica um limite de atuação. Só se pode exigir o que é lei, aquilo dentro da legalidade. "*O princípio da proporcionalidade* complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II)"[452]. A finalidade da medida deve estar prevista legalmente. Não se pode admitir a busca ou consecução de um fim que não tenha respaldo constitucional. Costuma-se dividir os requisitos da proporcionalidade em intrínsecos e extrínsecos. Os requisitos *intrínsecos* estão relacionados a atuação estatal em concreto, estando constituídos pelas às três máximas, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os requisitos *extrínsecos* relacionam-se ao conteúdo das medidas, e estão ligados à jurisdicionalidade (somente um órgão jurisdicional pode proceder à ingerência) e à motivação das decisões[453].

Nesse sentido, a realização dos atos estatais se liga a dois princípios correlatos ao conceito de proporcionalidade. A *proibição do excesso* e a *proibição da proteção deficiente*, conceitos trabalhados pelo Tribunal Constitucional Alemão, remontam as origens do Estado de Direito, e orientam as finalidades que a proporcionalidade deve possuir quando for aplicada.

Decisões executivas ou atos legislativos direcionados a criação de normas que por excesso violem direitos fundamentais devem ser proibidas (*Übermassverbot*), bem como as que não garantam o mínimo de proteção ou defesa de direitos (*Untermassverbot*). Não se deve admitir que atos públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) sejam *desproporcionais*, que desrespeitem os fundamentais apresentados pela constituição. Mas o que caracterizaria um excesso? Uma desproporcionalidade? Uma decisão judicial, em sede de prisão preventiva, com a finalidade de regular a extensão da liberdade de um acusado no Processo Penal na imposição

---

[451] REMÉDIO, José Antonio. *Direito* Administrativo. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 89.

[452] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 96.

[453] "el principio de prohibición de exceso requiere que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos *extrínsecos* al contenido de las medidas. Son los requisitos de *judicialidad*, que reclama en determinados casos la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de *motivación*. Los requisitos *intrínsecos*, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, acuñados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas". SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. El principio de proporcionalidade en el Derecho procesal español. In: *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre. (p. 191-218). 1998. p. 193.

de medida cautelar diversão da prisão, qual seja a proibição de acesso ou frequência à determinados lugares, acaba por limitar o acesso do acusado a todos os lugares concernentes ao território da comarca. Essa decisão se caracterizaria excessiva e desproporcional por violar demasiadamente a liberdade do indivíduo.

A *proibição da proteção deficiente* pode ser entendida, além da tutela dos direitos negativos de liberdade, como integrante da realização dos direitos sociais, que exigem uma atuação positiva por parte do Estado na garantia de direitos prestacionais. Como exemplo, tem-se uma lei penal que preveja uma prescrição muito aquém da gravidade dos delitos, culminando em extinção da punibilidade na grande maioria dos casos, não protegendo o direito tutelado adequadamente. Para Canotilho[454], "existe *defeito de protecção* quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção (Schutzpflitch)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais". Lenio Streck explicando a dupla face existente na proporcionalidade e a sua necessária vinculação aos atos estatais, diz que:

> Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador[455].

O Estado tem a obrigação de proteger direitos. E é notadamente pela intervenção do exercício dos poderes constituídos que "o Estado se manifesta no sentido de cumprir os mandamentos constitucionais, dentre os quais aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais"[456]. Essa proteção de direitos vai ser balizada pela proibição do excesso e pela

---

[454] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 273. Grifo do autor.

[455] STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição*:* da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004. p. 11.

[456] VAN DER BROOCKE, Alexandre. *Proibição da Proteção Deficiente*: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade – da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP: Jacarezinho, 2014. p. 34.

proibição da proteção insuficiente. O Estado por meio de seus três poderes, deve proteger, preservar e promover os direitos fundamentais da maneira *proporcional*, estabelecendo meios compatíveis com as ações tomadas, sempre visando a melhor realização do fim almejado, buscando seguir o que foi prescrito pela Constituição.

Sobre a utilização da razoabilidade e da proporcionalidade na esfera da segurança pública, posiciona-se Valter Foleto Santin, o qual entende estes elementos como imperativos na decisão judicial que trata sobre o tema. Discorre o autor da seguinte maneira,

> A razoabilidade e a proporcionalidade devem ter grande aplicação na análise judicial da eficiência dos serviços de segurança pública. A razoabilidade deverá levar em consideração tanto a lógica do razoável (interesses e razões) como a lógica do racional (causa e efeitos), porque para decidir sobre o caminho a percorrer para atingir a finalidade de garantir a segurança pública, o fenômeno da violência e da criminalidade deve ser conhecido, inclusive para interferência na causa. Deverão ser sopesados com razoabilidade os problemas sociais, as suas causas e efeitos, a estrutura policial estatal, os métodos e estratégias de atuação, a estrutura e organização policial, os índices de criminalidade, a redução dos índices de crimes, sucesso possível, grau de eficiência e resultados adequados, a curto, médio e longo prazo. Também devem incidir os norteamentos da proporcionalidade entre a falha e deficiência do serviço de segurança pública e a medida judicial utilizada para a sua correção e reparo[457].

Defende, assim, que deverão ser sopesados todos elementos sociais que possam incidir para atingir o objetivo da garantia da segurança pública sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade. Estas serão capazes de averiguar a correção das medidas tomadas, corrigindo possíveis falhas que se apresentariam no plano prático.

A nomenclatura comumente utilizada para designar o uso da proporcionalidade varia bastante. É frequente o emprego de termos como “princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”; “princípio da proporcionalidade”; “princípio da razoabilidade”; “máxima da razoabilidade”; “máxima da proporcionalidade”. Para Suzana de Toledo Barros, razoabilidade enseja uma ideia de “adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação”[458]. Dessa maneira, nem sempre o termo habitualmente empregado nesse trabalho para proporcionalidade é utilizado de

---

[457] SANTIN, Valter Foleto. CARACTERÍSTICA DE DIREITO OU INTERESSE DIFUSO DA SEGURANÇA PÚBLICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 29 out. 2018. p. 213.

[458] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 72.

maneira uniforme, seja por autores como por juízes. Contra a fungibilidade entre razoabilidade e proporcionalidade e razoabilidade está Willis Santiago Guerra Filho, para quem é "descabida, [...] a 'fungibilidade' entre os princípios da razoabilidade, que é uma vedação de que se perpetre absurdos com o direito, e o da proporcionalidade, que é uma exigência de racionalidade, pressupondo já a razoabilidade"[459]. Esse é também o entendimento que será seguido por esse trabalho.

Quanto à natureza jurídica da proporcionalidade, sua não positivação pode dar a impressão de que não existe ou não pode ser utilizada. Entretanto, sua existência pode ser deduzida implicitamente[460]. A um, como decorrência necessária do Estado Democrático de Direito, que nas palavras de Suzana Toledo de Barros é aquele que "define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atividade, tendo em vista especiais fins, de sorte que estes objetivos devem estar prefixados"[461]. A dois, pela inscrição dos objetivos no preâmbulo da Constituição de 1988, o qual coloca entre suas finalidades "[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]". Além disso, ele pode ser reconhecido pelo disposto no artigo 5º, §2º, que diz: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Também é possível relacionar a proporcionalidade junto com a isonomia. A previsão de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais é um de seus desdobramentos. Alinha-se com a justiça distributiva de Aristóteles, conforme exposto anteriormente.

Seria a proporcionalidade uma garantia ou um direito? indaga Willis Santiago Guerra Filho[462]. Primeiramente, o autor entende que a proporcionalidade é um princípio e, na linha de Dworkin, compreende que uma argumentação que utilize princípios necessariamente resultará

---

[459] GUERRA FILHO, Willis Santiago. AINDA (E ENQUANTO FOR PRECISO) SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*. Nº 86 - Julho – 2007. ISSN 1808-4435. p. 17.

[460] "A ausência de uma regra expressa, o ordenamento jurídico brasileiro, impondo a proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena que provavelmente será aplicada, não é impedimento para a posição que aqui se defende". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 397.

[461] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 98.

[462] A "tentativa de focalizar a ideia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa se confunde com a própria ideia de 'direito', o *aeqeuum, khánon*, a *regula*, materializada no *equilibrium* da balança que porta Thêmis" GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3.ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 55.

na tentativa de estabelecer algum direito fundamental. "Princípios são proposições que descrevem direitos"[463]. Ainda com Dworkin, diferencia os princípios em *standards* (padrões) e *policies* (diretrizes). Opta por seguir uma definição distinta, a qual vê nos direitos fundamentais uma concepção distinta, de dupla dimensionalidade, a subjetiva (individual) e a objetiva (comunidade política).

Por consequência disso, percebe que a tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política é a harmonização dos interesses de seus membros, para a qual divide três ordens de interesse: interesses individuais, interesses coletivos e interesses gerais ou públicos. "É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, e, logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais"[464]. Conclui, a partir daí, que a proporcionalidade se inclui na categoria de garantias fundamentais.

Robert Alexy, idealizador da mais conhecida teoria sobre a proporcionalidade, embora em várias passagens de sua obra a chame de princípio, a entende como uma *máxima*, porque não se adequaria totalmente a definição que estabelece para o conceito de princípio. Assemelha-se ao significado das regras, sendo ou não satisfeita.

> A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada de "princípio da proporcionalidade". Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. *As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras*.[465]

Humberto Ávila entende que o princípio da proporcionalidade exprime a ideia de um postulado normativo aplicativo, o qual não deve ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, mas sim resultar de uma implicação lógica da estrutura das normas jurídicas dadas (atributividade do Direito) pela Constituição Federal e ordenamento jurídico, determinando

---

[463] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 141.
[464] GUERRA FILHO, Willis Santiago. AINDA (E ENQUANTO FOR PRECISO) SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*. Nº 86 - Julho – 2007. ISSN 1808-4435. p. 6.
[465] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117. Grifo nosso.

proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Assim, postulados podem ser definidos como "deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõe determinada *relação* entre eles"[466]. A proporcionalidade atuaria na relação que ocorre entre direitos fundamentais.

O autor opta por dar à proporcionalidade um *status* de dever, não a reconhecendo como princípio ou como regra, dando-a um significado normativo autônomo, referência para o ordenamento, que deve ter a aplicação guiada por critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, chegando a afirmar que "a proporcionalidade destina-se a determinar a exigência de racionalidade na decisão judicial"[467]. De tal modo, a proporcionalidade, atuando como postulado normativo aplicativo decorreria da própria atribuição que lhe é dada pelo Direito e operaria nas relações entre direitos fundamentais. O dever de proporcionalidade exige observância quando do ato de aplicação do Direito, seja pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Com base nos apontamentos acima, considera-se para o prosseguimento do trabalho a utilização da proporcionalidade como um postulado hermenêutico de aplicação do Direito, cuja existência implica-se da própria estrutura e finalidades postas na Constituição e ordenamento jurídico. Existe pela hermenêutica, pois é decorrência de uma interpretação que é dada ao Direito, a qual determina a preservação dos direitos fundamentais.

3.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

As principais teorias modernas do Direito, dentre elas a da proporcionalidade de Alexy, diferenciam as normas em regras e princípios. Princípios jurídicos sempre existiram na história da humanidade. Na Mesopotâmia, com Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), na Grécia, com a equidade, em Roma, com o *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não lesar os outros) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Atualmente,

---

[466] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 93.

[467] ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano 1, n. 4, v. 1. jul./2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 01 jun. 2018. p. 02.

a inserção dos princípios ao estado de normativos e à sua observância obrigatória está relacionada aos movimentos pós-positivistas existentes após a Segunda Guerra Mundial. "Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que se pusesse em evidência a dimensão valorativa do direito, bem como a que se buscasse em outras fontes que não apenas aquela legislativa, os critérios para sua correta aplicação"[468]. O cuidado com aspecto teleológico e axiológico das disposições legais, em detrimento da mera observação do Direito Positivo mostrou-se como tônica desse período.

Nesse sentido, as violações aos direitos fundamentais e à dignidade humana não eram mais toleradas, devendo ser utilizado em critério de proporcionalidade sempre que houvesse conflito entre direitos fundamentais. A concepção valorativa do Direito pela moral (função corretiva) ganhou força e se estabeleceu como corrente dominante nos ordenamentos jurídicos. Conforme se apresentou anteriormente, não se acredita ser esta a concepção mais adequada para a aplicação do Direito, pois extremamente subjetiva, recaindo em uma valoração moral do aplicador. Entretanto, é necessário explicar os conceitos que envolvem a proporcionalidade e sua aplicação. Dessa forma, o tema será analisado em conformidade com a obra de Robert Alexy, sendo feitos os apontamentos necessários.

Para o autor, os princípios estão atrelados a um conceito *deontológico*, a um dever-ser. Uma permissão, uma proibição ou um direito a algo. Como mandamentos, podem ser reduzidos a um conceito deôntico básico, o de dever. Diferenciam-se do conceito de a*xiológico,* que se ligam a definição de bom (melhor), com classificações sobre algo seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito[469]. Além dessas definições valorativas, entende que para a ciência do Direito "o que importa é o que deve ser"[470]. Após a análise da natureza dos princípios, Alexy os define como *mandamentos de otimização*[471], preceituando que algo seja satisfeito no maior grau possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios, diferentemente das regras, possuem caráter *prima facie*, não se constituindo como mandamentos definitivos. Representam razões que podem ser afastadas por

---

[468] GUERRA FILHO, Willis Santiago. AINDA (E ENQUANTO FOR PRECISO) SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*. Nº 86 - Julho – 2007. ISSN 1808-4435. p. 1.
[469] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 145.
[470] Ibidem. p. 153.
[471] Ibidem. p. 90.

razões antagônicas. As regras exigem que seja feito exatamente o que elas ordenam, diferente dos princípios, que não tem relações pré-determinadas[472].

Os princípios podem ser satisfeitos em diversas medidas. Quando inevitável o choque entre direitos fundamentais, estes não devem ser tomados como mandamentos de maximização (nível das regras), em que há uma interpretação isolacionista, que leva a um entendimento de independência principiológica, no qual os princípios são considerados autônomos e sem relação com o conjunto de direitos fundamentais postos pela Constituição. Devem ser entendidos como mandamentos de otimização, regidos pelas máximas da adequação e necessidade, harmonizam-se, respeitando-se e solucionando o caso concreto de maneira a satisfazer os interesses em juízo.

No caso de dois princípios colidirem entre si, um deles terá que prevalecer. Porém, um ponto importante, é que o princípio prevalecido não deverá ser considerado inválido. Nem que nele deva ser introduzida uma regra de restrição para cada caso. O que ocorre é que, em situações como essas, um preceito apresentará prevalência sobre o outro. Ou seja, nos casos concretos, os princípios demonstrarão ter pesos diferentes, e os que possuírem um maior peso, são os que têm um grau mais elevado de precedência[473]. Um pouco diferente da noção de Alexy, Ronald Dworkin compreende por princípio:

> [...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade[474].

Na visão do autor, princípios estão ligados à satisfação das exigências de justiça de uma sociedade, à uma dimensão de moralidade política, não privilegiando aspectos separados em si, mas o todo, externando uma noção de equidade ao sistema. Essa definição está em consonância com o *Interpretativismo* visto anteriormente, bem como o com o Direito como equidade. Na obra o *Império do Direito* o autor critica algumas, que ele chama de convencionalistas e não-convencionalistas. Entende que o Direito é um conceito interpretativo, sendo moldado conforme os casos concretos com base nos princípios e nas regras. Para Humberto Ávila, o dever imediato dos princípios é a promoção de um estado ideal de coisas.

---

[472] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 104.
[473] Ibidem. p. 94.
[474] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 36.

> Os princípios são normas extremamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção[475].

Dessa maneira, o autor trabalha com as noções da finalidade pretendida (estado de coisas) e dos meios necessários à sua realização, similares ao conceito originário de proporcionalidade. Assim, "os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas"[476], porém tal estado deve ser bem definido, pois quanto menor a especificidade, mais difícil a realização do princípio. De acordo com Humberto Ávila[477], existem outras diretrizes a serem seguidas, tais como: a busca de casos paradigmáticos, de forma a clarear qual é o ideal a ser buscado pelo princípio; o exame, nesses casos, de similaridades, criado um grupo de casos que girem em torno de uma mesma solução; a verificação de critérios que possibilitem a delimitação dos bens jurídicos essenciais e os comportamentos necessários à sua realização.

Na concepção dada por Alexy, os princípios possuem uma particularidade de pesos. Ocorrendo conflitos entre eles, a utilização ponderação mostra-se necessária, buscando encontrar no contexto fático qual possui maior valor ou importância. Para o seguimento dessa pesquisa é preciso explicitar qual será o conceito de princípio entendido como adequado. Procurou-se distanciar, durante esse trabalho, de um conceito corretivo da moral no Direito, não por entender a suficiência da lei, mas pelo alto grau de subjetividade que esta concepção acarreta na aplicação do Direito. Para tanto, concebe-se *princípio* como parte integrante do Direito Positivo que tem a função de fechar o sentido de determinada norma ou texto legal. Deve ser sempre aplicado em um contexto e possível de demonstração fática e jurídica.

Alinha-se ao exposto por MacCormick. Em sua teoria, para a justificação dos casos difíceis devem ser usados argumentos baseados em princípios, que significariam *estados de coisas desejáveis*, valiosos, não apenas fins perseguidos. Os princípios devem seguir critérios de coesão e coerência dentro do sistema[478]. Se caracterizam, primeiramente, por serem normas gerais, cumprindo uma função *explicativa* (esclarecem o sentido de uma norma ou de um

---

[475] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.
[476] Ibidem. p. 72.
[477] Ibidem. p. 73-74.
[478] "A ideia básica de um sistema jurídico como corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível" MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 135.

conjunto de normas). Além disso, porque têm um valor positivo, cumprindo uma função de *justificação* (se uma norma pode ser subsumida sob um princípio, isso significa que ela é valiosa). Para Atienza, a diferença entre as regras e os princípios em MacCormick é esta:

> [...] as regras (por exemplo, as regras de trânsito que obrigam a dirigir pela direita, parar no sinal vermelho etc.) tendem a garantir um *fim* valioso ou algum modelo geral de conduta desejável; ao passo que os princípios (por exemplo, o *da segurança de trânsito*) exprimem o fim a alcançar ou a desejabilidade do modelo geral de conduta[479].

Conclui Atienza que os princípios cumpririam um papel fundamental para solucionar os casos difíceis, mas o argumento baseado nesse princípio não seria tão concludente como poderia ser se estivesse baseado em uma regra. "Explicar os princípios é racionalizar as normas"[480]. Sobre os princípios, MacCormick entende que:

> [...] o lugar desses argumentos depende de um postulado requisito de "coerência" no direito; "coerência" no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam "fazer sentido" quando consideradas em conjunto. Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou "concretas" dessa norma. Se alguém considerar essa norma mais geral uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução de relações, essa pessoa poderá com acerto tratar essa norma como um "princípio" que tanto *explica* como *justifica* todas as normas mais específicas em questão ou qualquer uma delas[481].

Em consonância com a ideia proposta[482] está Juliano Maranhão, para quem os princípios derivados por abdução são razões jurídicas. Princípios são condições de inteligibilidade e não necessariamente do conteúdo da norma, mas da norma como conteúdo de um ato racional. Expressam o que se quis dizer com a norma. Por força dessa relação de implicação abdutiva com a norma, os princípios "*herdam sua força como razões na medida em*

---

[479] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 150-151. Grifo nosso.
[480] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 203.
[481] Ibidem. p. 197. Grifo nosso.
[482] É possível perceber alguns traços dessa concepção em Humberto Ávila, para quem "os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão". ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.

que explicam aquele conteúdo"[483]. Os princípios devem dar sentido às normas, explicitando seu fim. Desse modo, pretende-se seguir o trabalho com a concepção de que os princípios são razões que significam um estado de coisas e que devem fechar o sentido das normas. Afasta-se, portanto, de uma concepção valorativa e subjetiva estendida aos princípios por várias teorias do Direito.

Costuma-se distinguir as regras dos princípios, seu campo de atuação e significado. Para Alexy, norma é o gênero que abarca regras e princípios. Essa diferenciação se torna importante, pois o autor entende que princípios devem ser entendidos no sentido de direitos fundamentais, sendo imprescindíveis para a utilização da proporcionalidade. Uma regra tem por função regular uma situação, determiná-la, vinculá-la, regê-la. Tem por característica a adoção de uma conduta especificamente descrita, procurando sempre a correspondência ideal entre fato e norma. É criada especificamente para o caso concreto e deve respeitar os princípios sob pena de ser considerada inválida, o que não significa que há uma hierarquia entre ambos.

> As regras consistem em normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*, na medida em que, a despeito de a pretensão abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, tem a aspiração de gerar uma decisão específica para o conflito entre razões[484].

Para Dworkin[485], uma característica dos princípios é que eles possuem uma dimensão de peso ou importância, diferentemente do modelo de regras. Uma particularidade do modelo das regras é que elas operam por mera subsunção, por uma análise cognitiva perfeita ou imperfeita, aplicável ou inaplicável, válida ou inválida. Assim, "o preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras"[486]. No caso de conflitos entre regras, uma regra será considerada válida em detrimento da outra, sendo aplicada totalmente se correspondente com a situação analisada. Há a possibilidade de se criar uma exceção ao conteúdo da regra, fazendo com que ela continue válida. Em uma situação na qual a regra diz: "nenhum aluno poderá sair da sala até o sinal tocar", a resolução se dá pela mera observância do fato e da norma, sendo que se o fato não condizer totalmente com o que a regra diz, essa não

---

[483] MARANHÃO, Juliano Albuquerque. *Positivismo Jurídico Lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 141.
[484] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.
[485] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 42.
[486] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69.

será aplicada. Todavia, podem haver exceções, como "poderão sair da sala os alunos que tiverem permissão do professor", não afetando ainda seu caráter específico. No caso de conflito entre princípios, ambos possuem validade, recaindo a questão sobre qual deles preponderará.

> As regras são aplicadas da maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão[487].

O contraste entre regras e princípios é que quando as regras entram em contraposição, uma delas obrigatoriamente deverá ser declarada inválida. Portanto, se uma regra autoriza a aplicação da medida alternativa à prisão cautelar X e outra proíbe a adoção da mesma medida, surge o conflito. Por decorrência lógica, uma delas não poderá ser declarada válida. Diferente é no caso dos princípios, como quando colidem a segurança pública e a liberdade. Deve-se buscar otimizá-los dentro de todas as possibilidades fático-jurídicas existentes, culminando a resolução da divergência por declarar qual deles demonstrou, pela análise dos fatos, maior prevalência. Estuda-se o caso procurando beneficiar o maior número de situações possíveis, seja com um ou outro princípio. Objetiva-se a *otimização* dos princípios.

No modelo de regras o que vale é a *maximização* de uma perante a outra, tornando-as válidas ou inválidas. O nível das regras tem primazia sobre o nível dos princípios, mas não uma primazia estrita e sim um caráter de precedência. Primeiro precisa-se observar se uma regra é aplicável ao caso, para só depois se recorrer aos princípios. Segundo Alexy,

> [...] o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado[488].

Primeiramente, a solução para o caso prático deve ser buscada no nível das regras, e somente se houver possibilidade de um princípio constitucional ser suprimido, deve-se partir para o nível dos princípios. A partir de tal proposição, pode-se extrair uma regra aplicável para os casos onde insurgirem conflitos entre regras e regras, regras e princípios ou princípios e

---

[487] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39.
[488] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p.141.

princípios. A concepção de Alexy sobre os princípios externa, então, seu caráter mandamental. Buscam, finalisticamente, orientar o julgador na promoção de uma decisão pautada na preservação dos direitos fundamentais.

3.2 DAS MÁXIMAS DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Para que seja dada a prevalência dos princípios e seja garantida a proteção dos direitos fundamentais, a proporcionalidade, na teoria de Robert Alexy, segue algumas etapas. Dentre elas, a lei da colisão, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade é conhecido na Alemanha como *Verhältnismässigkeitsprinzip* Quando da ocorrência do choque entre direitos fundamentais, deve-se ter em mente que toda norma constitucional é constituída de eficácia e que entre elas não há relação de precedência absoluta. "Não podemos admitir que na Constituição existam normas destituídas de eficácia"[489]. Para que uma solução seja alcançada é necessária a análise do caso concreto. Com a finalidade de garantir que os direitos fundamentais tenham sua eficácia garantida é preciso que haja um sopesamento dos interesses postos em conflito.

Dessa análise, pode-se criar uma norma, a *lei da colisão*. A finalidade dessa avaliação é decidir qual interesse possui um maior peso no caso concreto[490]. Os princípios têm por característica abranger o maior número de possibilidades jurídicas e fáticas. A prevalência de um sobre outro se justifica pela possibilidade serem realizados de variadas formas. Da análise do caso concreto, surge o estabelecimento de condições de prevalência, das condições em que um princípio precede outro. Estabelecer relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro[491].

Colocados em conflito, o princípio da garantia da segurança pública, chamado de P1, e o princípio da garantia da liberdade, P2, se isoladamente considerados, levarão a juízos distintos e contraditórios. P1 expressa a ideia de que é permitida a violação da liberdade para a garantia da segurança pública" e P2 que "é proibida qualquer intervenção na esfera de liberdade

---

[489] BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 56.
[490] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95.
[491] Ibidem. p. 96.

do indivíduo". Para que seja possível encontrar uma solução, pode-se empregar situações de precedência condicionada ou incondicionada, simbolizada por **P.** As condições de precedência de um princípio sobre outro será denominada por **C**. As quatro possibilidades possíveis são: 1) P1 **P** P2; 2) P2 **P** P1; 3) (P1 **P** P2) **C;** 4) (P2 **P** P1) **C**. As primeiras relações incondicionadas de precedência, consideradas como abstratas ou absolutas. O Tribunal Constitucional Alemão excluiu a possibilidade da utilização desse tipo de precedência sob o argumento de que nenhum princípio possui precedência absoluta sobre outro.

Com base nisso, Alexy entende que "a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder" [492]. Essas condições, logo, não se encontram previamente fixadas, restando à compreensão da realidade fática para se mensurar e atribuir um valor mais alto a um princípio em detrimento de detrimento do outro. O sopesamento consiste na análise das condições de precedência e na sua fundamentação, a qual determina qual condição deve prevalecer. É importante, então, verificar qual princípio está colidindo com outro e de que maneira. Se ocorre a prisão preventiva de um acusado em prol da segurança pública, independente das evidências que a justifiquem, a adoção de tal medida lesa o direito fundamental de liberdade e isso deve ser levado em consideração no sopesamento. Assim, nessa fase, apenas são indicadas as condições em que se podem perceber restrição a direitos fundamentais.

Depreende-se do exposto que a primeira etapa para solucionar o caso de conflito de princípios fundamentais é a utilização da "lei da colisão" que procura estabelecer condições de precedência, demonstrando em quais situações um direito fundamental é violado e qual deve ser a ação correta a ser tomada sob a ótica da preservação dos direitos fundamentais. Contudo, as etapas da decisão não param aqui, restando ainda a aplicação das máximas da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. Alexy vincula os conceitos de princípio, direitos fundamentais e proporcionalidade.

> O significado do caráter dos princípios resulta sobretudo de sua conexão com a máxima da proporcionalidade. Essa conexão é tão estreita quanto possível. Ela consiste em uma relação de implicação mútua. A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, segue-se logicamente da definição de princípios, e esta se segue daquela. Isso significa, então, que se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos

[492] Ibidem. 97.

> fundamentais possuem o caráter de princípios. O núcleo da construção em princípios consiste nesse vínculo necessário entre direitos fundamentais e proporcionalidade[493].

Por conseguinte, a proporcionalidade serve como protetora dos direitos fundamentais também para Alexy, que parte da concepção de que "se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto dos direitos fundamentais, ela é proibida"[494]. Por isso, procura, com sua teoria, estabelecer em que condições pode haver prevalência de um princípio sobre outro, que englobam a proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito.

3.2.1 Adequação

Após identificado o conflito entre normas, a violação de princípios e estabelecidas as condições de prevalência, passa-se a estudar a máxima da adequação, também conhecida como princípio da *idoneidade*, que se encontra inserida na proporcionalidade em sentido amplo e diz respeito às possibilidades fáticas. "As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas"[495]. É considerada a primeira fase do exame da proporcionalidade, sendo conhecida na Alemanha como *Geeignetheit*.

Lauro Clérico leciona que a máxima da adequação (idoneidade) pressupõe uma análise em quatro passos: a) a identificação e precisão, na medida do possível, da finalidade ou dos fins legítimos do estado (o fim não pode ser proibido pela Constituição); b) a individualização do meio implementado; c) a identificação dos direitos afetados pela limitação considerada excessiva; d) a relação de "promoção" entre meio e o fim[496].

Segundo Wilson Antônio Steinmetz, no exame de adequação trata-se de investigar se a medida é "apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente,

---

[493] ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Travisonno. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 149.
[494] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 98.
[495] Ibidem. p. 588.
[496] CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiência por omisión o defecto. In: *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 119.

identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental”[497]. Nem sempre há apenas um único meio ideal, mas podem haver vários capazes de realizar a finalidade pretendida, “o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. *Apenas diz se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado*”[498] . Não é feita aqui uma valoração de qual meio deve prevalecer, mas sim de sua competência para estabelecer um fim.

Para Humberto Ávila, “a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia [...] possa contribuir para a promoção gradual do fim”[499]. Com base nessa definição, o autor questiona o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual a intensidade do controle das decisões adotadas? Para responder a essas questões deve se levar em conta aspectos de intensidade, de qualidade e de certeza.

Sobre a questão “o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”, em alguns casos, uma ação conservará um grau maior de intensidade que outras, como por exemplo, uma medida alternativa à prisão que restrinja o acusado do contato com qualquer pessoa. Em outros, representará uma maior probabilidade de certeza do que outra, como por exemplo, a utilização da tornozeleira eletrônica, que consegue monitorar o local em que o acusado se encontra vinte e quatro horas por dia. Contudo, esses argumentos não são considerados no exame da adequação, mas no da proporcionalidade em sentido estrito, pois se está trabalhando com a ideia de uma medida adequada, que sirva para a promoção de um fim e não a melhor medida dentre as possíveis.

Quanto à segunda indagação (Como deve ser analisada a relação de adequação?), a adequação pode ser analisada em três dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posteridade. Na primeira dimensão tem-se que a medida adotada deve, ao menos abstratamente, satisfazer o fim buscado. Se houver apenas a possibilidade de realização do fim, a medida será considerada adequada. É permitida também a escolha de uma medida que concretamente realize a finalidade almejada.

---

[497] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.
[498] Ibidem. p. 150. Grifo nosso.
[499] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

Sobre a generalidade ou particularidade, exige-se medidas que possam largamente adequar-se à promoção do fim pretendido. Por conseguinte, "a medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção"[500]. Não é necessário que a ação se aplique a todos os casos possíveis, mas que consiga abarcar o maior número de possibilidades possíveis. É possível a utilização de uma medida particular, que se encaixa especificamente para o caso concreto. Quando isso ocorrer, todos os casos individuais devem ser regidos por ela.

No que se relaciona a antecedência/posterioridade, a medida deve ser considerada adequada no momento de sua utilização, não se levando em conta se ela se mostrar equivocada posteriormente. Se a medida, depois de tomada, não ser mais adequada, poderá ser anulada. A medida também poderá ser aplicada se não permitir a consecução da finalidade no presente, mas a torne possível no futuro.

Quanto ao controle das decisões, Humberto Ávila coloca dois sistemas: o *forte*, que mediante qualquer demonstração de que o meio não promove o fim, considera-o inválido; e o *fraco*, que apenas diante de uma forte fundamentação de inaptidão, declara um meio como inválido. O modelo adotado é o fraco, porque:

> O princípio da separação dos poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o julgador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto da inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador[501].

A máxima da adequação tem caráter negativo, determinando qual meio é considerado não adequado à realização do fim, é excludente. A decisão sobre a adequação das medidas pode recair no campo da discricionariedade, mais especificamente, às discricionariedades epistêmicas. Conforme Alexy, "saber se e em que extensão são justificáveis essas discricionariedades para fazer estimativas é algo que diz respeito não às discricionariedades estruturais, mas às epistêmicas"[502]. Nesse sentido, é imperioso recorrer a construção

---

[500] Ibidem. p. 118.
[501] Ibidem. p. 120-121.
[502] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 592.

argumentativa da decisão, buscando a demonstração objetiva da aptidão do meio, podendo ser exigido o uso da pragmática.

A aplicação da máxima da adequação, pode ser demonstrada da seguinte maneira. Estão em conflito dois princípios: da liberdade individual (P1) e o da proteção da população (P2). Por inexistência de adequação, a medida adotada (M) – a exigência de fiança para garantir a participação do réu nos atos do processo[503] – não é capaz de fomentar P2, e embaraça a realização de P1. Dessa feita, não há custos nem para P1, nem para P2, caso M não seja adotada, mas há custos para P1 se M for adotada. P1 e P2, se consideradas em conjunto, são realizadas em maior grau, no que tange às possibilidades fáticas, se se abrir mão de M. Por conseguinte, P1 e P2, considerados conjuntamente, proíbem a adoção de M. Uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada[504].

Deste modo, o critério da adequação[505] está ligado a ideia de útil, proveitoso, e desligado da ideia de melhor ou pior. A fundamentação é mais objetiva, e visa determinar se um meio pode realizar seu fim, independentemente de como se dê sua execução. Tem-se, dessa forma, a máxima da adequação como a primeira etapa, após a formação da lei da colisão, a ser observada pelo julgador em sua decisão relativa ao conflito de princípios.

3.2.2 Necessidade

A segunda fase da aplicação do princípio da proporcionalidade é chamada de máxima da necessidade. Nessa fase pressupõe-se que todas as medidas são adequadas à promoção do fim, sendo agora necessário analisar qual delas é capaz de promovê-lo restringindo da menor maneira possível os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. “A ideia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mesmo possível”[506]. Na Alemanha, a máxima é conhecida como *Erforderlichkeit*.

---

[503] Entende-se a medida como inapta para a realização dos fins da prisão preventiva, pelo fato da presunção de inocência e do direito ao silêncio e não-autoincriminação não exigirem que o réu seja obrigado a participar de todos os atos do processo.

[504] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 589.

[505] Na definição de Canotilho, “o princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 269.

[506] STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79.

Canotilho[507] prefere a utilização da nomenclatura *princípio da exigibilidade* ou da *menor ingerência possível*, o qual exige a prova de que não era possível a escolha de outro meio menos gravoso para a realização de determinado fim. Para ele, a verificação da exigibilidade se dá por quatro elementos, quais sejam o da *exigibilidade material*, relacionado a escolha do meio que menos limite os direitos fundamentais; o da *exigibilidade espacial*, pois o âmbito de intervenção deve ser limitado; o da *exigibilidade temporal*, que pressupõe o controle sobre a extensão da medida coatora; e o da *exigibilidade pessoal*, o qual estabelece que a medida adotada deve ser utilizada apenas contra as pessoas determinadas, cujos interesses devem ser sacrificados. Essa divisão mostra-se interessante do ponto de vista das prisões cautelares, pois o meio deve ser o menos oneroso, as restrições espaciais controladas, a duração moderada e deve se dirigir a pessoa determinada que preencha os pressupostos e requisitos legais.

Conforme Humberto Ávila[508], para a análise da necessidade é necessário um exame que consiste em duas etapas. A primeira é o exame de igualdade de adequação dos meios, que verificaria se os meios alternativos promovem da mesma maneira o fim almejado. Já na segunda etapa, procede-se ao exame do meio menos restritivo, que consiste em verificar se os meios alternativos restringem, na menor medida, os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Depreende-se, portanto, que o caminho da decisão dentro da máxima da necessidade deve analisar a qualificação de todos os meios como aptos à realização da finalidade e verificar aquele que menor ingerência causará aos direitos envolvidos. Wilson Antonio Steinmetz[509] exalta que para a correta aplicação da máxima da necessidade, devem-se seguir alguns pontos importantes ou essenciais, como a mínima restrição à utilização de um direito fundamental pelo seu titular e a consideração da hipótese de sempre haver uma medida que gere uma menor interferência.

Ainda, é imprescindível um juízo de comparação dos meios utilizados, usando-se o critério do menor prejuízo. Em caso de empate, o meio mais eficaz deve ser adotado. Porém, se um meio for menos prejudicial, mas possuir menor eficácia, deve ser ele o adotado? Há duas correntes, a primeira defende que este meio somente será utilizado se for tão eficaz quanto à eficácia do mais prejudicial. A segunda coloca como requisito para o uso do meio menos

---

[507] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 270.
[508] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122.
[509] STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 151.

prejudicial, que este consiga realizar o fim pretendido de maneira satisfatória. A corrente seguida pela Tribunal Constitucional Alemão é a de que, no caso de empate, a eficácia do meio menos prejudicial deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Aqui é possível perceber que é concedida uma maior importância ao fim, devendo os meios a ele se ajustarem. Ou seja, a eficácia na realização do fim se sobrepõe a menor ingerência do meio.

A máxima da necessidade explicita a escolha do meio que intervenha da menor maneira possível para a realização do fim. Busca-se preservar sempre os direitos fundamentais, de forma que se houver um modo menos gravoso, este deve ser utilizado. Exemplifica-se da seguinte maneira, mais uma vez colocando-se em conflito a liberdade individual e a segurança pública: a própria prisão preventiva se constitui em meio adequado para garantia da segurança pública, mas extremamente gravoso para a liberdade. As medidas alternativas constituem-se como meios adequados, mas menos gravosos à liberdade. Desse modo, a monitoração eletrônica causa menos ingerência que a prisão; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares interfere menos do que a monitoração eletrônica; e, em alguns casos, a fiança é menos gravosa do que a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.

O ponto da discussão aqui é se a medida adotada foi necessária. Quanto a sua adequação não há que se falar, pois a medida será eficaz para garantir a finalidade pretendida. A questão é, seria ela a melhor solução? Deve-se levar em conta sempre se o meio é capaz de promover a finalidade pretendida e, dentre os meios capazes, se é o menos gravoso. Nesse sentido, opta-se pela nomenclatura *princípio da exigibilidade* ou da *menor ingerência possível* utilizada por Canotilho, para evitar confusões terminológicas sobre o conteúdo da máxima, que pode ser confundida com o sentido literal de necessidade ou necessário (Impossível de ser dispensado, obrigado a ser cumprido[510]).

Demonstra-se que mesmo uma medida adequada não é necessariamente a que causa a menor ingerência, de modo que tanto a liberdade dos acusados, como a segurança pública ficam garantidas pelas medidas alternativas possíveis. Dessa forma, “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição”[511]. Depreende-se, conforme o exposto, que diferentemente da máxima da adequação, a qual analisa se um meio é ou não adequado à

---

[510] MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. 2009. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?typePag=sobre&languageText=portugues-portugues>. Acesso em: 26 dez. 2017.

[511] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 591.

promoção de um fim, a máxima da necessidade cuida da utilização do meio que menos viole os direitos fundamentais e que seja eficaz para a promoção da finalidade pretendida. Busca-se um equilíbrio entre o fim almejado e o modo como ela deve ser alcançado, não sendo exigível a interferência desarrazoada de direitos.

3.2.3 A proporcionalidade em sentido estrito

A terceira fase da aplicação do princípio da proporcionalidade é chamada de proporcionalidade em sentido estrito. O foco é verificar se os fins almejados justificam os meios utilizados. Compara-se "a importância de realização do fim e a intensidade de restrição dos direitos fundamentais"[512]. Os meios devem manter relação com os fins perseguidos. A análise pode ser analisada sob um viés utilitarista, em que se as finalidades buscadas promoverem um bem-estar maior na sociedade, independente dos meios utilizados, deverão ser alcançadas. E isso ficará um pouco mais claro com o estudo das fórmulas propostas por Alexy para a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, as quais permitem ao julgador inserir suas concepções morais na decisão, escolhendo se uma finalidade deve ser promovida em prol do bem-estar.

Inclusive, a decisão pode estar extremamente bem arrazoada (razoabilidade) e ainda sim consistir em uma escolha moral por parte do julgador. É importante notar que Alexy não faz essa análise especifica da teoria, o que não deixa de ser um ponto considerável. Para que isso não ocorra, a vedação à exteriorização de preceitos morais na decisão é fundamental. A construção da decisão, como defendido nesse trabalho, deve se dar argumentativamente (discurso), o que implica em explorar a sintática, a semântica e a pragmática. A verificação se a finalidade é legitima e se os meios necessários violam os direitos fundamentais deve passar por essa estrutura de decisão, na qual a preservação dos direitos fundamentais tem grande importância. Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, Canotilho ensina que é nela a etapa em que deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Ou seja, se o resultado buscado com a intervenção justifica-a. Se isso ocorre, ela é chamda de *justa medida*. Para ele,

> [...] quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo nesse caso deve perguntar-se se

[512] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

> o resultado obtido com a intervenção é proporcional à "carga coactiva" da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, entendido como princípio da "justa medida"[513].

Nas máximas da adequação e necessidade, tratava-se sobre as possibilidades fáticas, na proporcionalidade em sentido estrito se trabalha com as *possibilidades jurídicas*. Devido ao fato de os princípios serem classificados como mandamentos de otimização, devem ser realizados da forma mais ampla possível, quer dizer, tanto nas possibilidades fáticas como nas jurídicas. A chamada regra de ouro da proporcionalidade é a seguinte: "Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[514]. Os princípios devem ser sopesados por um procedimento de três fases, quais sejam: I) A avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; II) A importância de satisfação do princípio colidente; III) o exame de verificação da importância de satisfação do princípio conflitante face a afetação ou não satisfação do outro princípio (justificação da precedência)[515].

Para tanto, é necessário estabelecer quais os critérios utilizados para determinar as intensidades da intervenção. Os critérios serão de grau, pelos quais uma intervenção pode ser considerada leve, moderada ou elevada em relação ao contexto envolvido. Para compreendê-los é possível observar o seguinte exemplo: I) O juiz A determina a prisão preventiva do acusado X por entender que este vem ameaçando testemunhas; II) O Juiz B determina a utilização de tornozeleira eletrônica com a finalidade de impedir que o acusado Y se ausente da comarca; III) O juiz C estabelece que o acusado Z está proibido de acessar ou frequentar determinados lugares próximos a sua residência.

Pode-se depreender dos exemplos acima que, em I, o juiz A restringiu a liberdade do acusado X de maneira elevada; em II, o juiz B restringiu a liberdade do acusado Y de maneira moderada; em III, o juiz C restringiu a liberdade do acusado Z de maneira leve. Assim, os três graus de intervenção possíveis de serem aplicados são o leve (*l*), o moderado (*m*) e o elevado (*e*)[516]. É necessário que existam juízos racionais, devidamente fundamentados na busca da correta atribuição desses graus, pois é essa argumentação que vai legitimar a decisão.

---

[513] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 270.
[514] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 593.
[515] Ibidem. p. 594.
[516] Ibidem. p. 600.

No primeiro exemplo, a decretação da prisão preventiva é considerada uma medida que interfere de maneira elevada na liberdade do acusado, pois a retira totalmente, de modo que não mais poderá exercer seu direito de ir e vir. Só estaria justificada tal intervenção se a necessidade para a garantia da segurança pública, ali denotada pela ameaça às testemunhas, fosse também elevada. No exemplo II, a interferência à liberdade ocorre de forma moderada, pois a utilização de tornozeleira eletrônica para impedir que Y se ausente da comarca, embora prejudique o acusado, não restringe totalmente sua liberdade. Em III, a proibição de acessar ou frequentar determinados lugares é entendida como leve, pois a restrição se destina a apenas locais próximos a sua residência, podendo Z utilizar sua liberdade de maneira ampla.

O cerne da proporcionalidade em sentido estrito se baseia nos graus de não satisfação ou intervenção e de satisfação de um princípio, ou seja, nas hipóteses em que ele será satisfeito e nas vezes em será insatisfeito. Quando se trata de uma colisão entre princípios, deve haver uma impossibilidade de harmonização perfeita aplicável entre ambos. Se uma harmonização fosse possível, não haveria conflito, que é o que pressupõe um litígio jurídico. Nesse caso, quando de alguma maneira um princípio é satisfeito, o outro não o será, e isso decorre de uma consequência lógica, que determina a existência de apenas uma possibilidade de prevalência, considerada ideal.

Portanto, quando da divergência decorrente da eficácia de um princípio em detrimento do outro, é imperiosa a observância de todas as possibilidades fáticas de incidência que permitam uma condição de prevalência. Após o conflito dos princípios, surgem diversas implicações no caso concreto, as quais, dependendo do lado que se observa, determinam soluções mais favoráveis a um princípio do que a outro. Ocorre que o julgador deve analisar o caso como um todo, colhendo as informações trazidas por ambos os lados, analisando todas as hipóteses em que um princípio prevalece sobre outro. Nessa linha, entende-se que todos os possíveis caminhos de resolução do conflito devem ser levados em conta. O caminho da decisão deve pautar as otimizações dos dois lados, exaurindo todas as condições possíveis, realizando um processo cognitivo complexo e abrangente, de modo a administrar as diferentes circunstâncias inseridas nos graus de afetação e satisfação dos princípios.

Alexy opta por estabelecer curvas de indiferença, que representam os graus de intervenção. Nelas, os princípios são colocados em lados inversos e são traçadas linhas conforme a satisfação de um princípio implica a não satisfação do outro. Por esse método consegue-se explicar graficamente como se dariam as intervenções se as medidas escolhidas fossem adotadas no caso concreto. “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-

satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”[517]. Disso depreende-se que o cerne da lei do sopesamento está pautada na determinação da necessidade de satisfação ou de não-intervenção de um princípio. Pela observação das curvas de indiferença é possível compreender que nelas estão expressas as direções de prevalência dos princípios. A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito não reside nesse procedimento, o qual serve apenas para demonstrar hipóteses de interesse.

A preferência pela segurança pública ou pela liberdade individual deve partir da premissa de inexistência de precedência absoluta entre princípios ou direitos fundamentais, sendo necessário um equilíbrio entre as os argumentos levantados em favor de uma e contra a outra. A adoção de um ou outro critério para determinar os graus de afetação ou as curvas de indiferença podem parecer um processo decisório subjetivo, no qual os critérios de valoração são livremente atribuídos. Contudo, para Alexy, as “curvas de indiferença fazem com que fiquem claras as ideias que estão por trás da lei do sopesamento. Mas elas não oferecem um procedimento decisório definitivo”[518]. Interessa, então, o estudo dos sopesamentos e sua relação com a atribuição de pesos a princípios. A problemática da afetação e da satisfação dos princípios relaciona-se às possibilidades fáticas de sua realização e não às possibilidades jurídicas, que é o momento de quantificação.

Em um enunciado mais conclusivo, a decisão sobre correção desses sopesamentos “deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação (não afetação/afetação) do outro”[519]. Esses sopesamentos não devem ser refutados pelo argumento da subjetividade, pois tem muita importância para a decisão. Eles apontam o que deverá ser fundamentado e justificado, a fim de dar credibilidade ao enunciado proposto em relação aos graus de afetação. Quanto às possibilidades fáticas e a análise das premissas empíricas, atualmente foram elaboradas novas técnicas que visam dar mais razoabilidade à decisão, procurando afastá-la das críticas quanto à abstração.

A determinação da importância dos princípios depende de requisitos como *eficiência*, *velocidade*, *probabilidade*, alcance e *duração* com que a medida afeta ou satisfaz os princípios

---

[517] Ibidem. p. 167-168.
[518] Ibidem. p. 170.
[519] Ibidem. p. 171-172. Robert Alexy insiste ainda na utilização do critério de eficiência de Pareto como auxiliar na explicação da lei do sopesamento, pois de acordo com esse critério, um plano A é preferível a um plano B se com a utilização de A nenhum dos envolvidos tem a situação piorada em relação à situação anterior e pelo menos um envolvido tem uma melhora em sua situação.

em jogo. Outro fator de grande importância é a *segurança da afirmação*[520] quanto às qualidades das premissas. Quanto maior for a segurança, maior peso a ela será atribuído. A segurança seria aferida pela multiplicação entre todos os fatores que envolvem a avaliação da medida ditos anteriormente[521].

> En cuanto se refiere a las premisas empíricas, debe señalarse que estas tienen que ver con el significado que tenga la medida bajo examen para los principios relevantes. Desde esta perspectiva, la importancia de los principios depende de la eficiencia (E), velocidad (V), probabilidad (P), alcance (A) y duración (D) con que la medida afecta y satisface, correlativamente, los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios[522].

Nessa fase de aplicação da proporcionalidade, parte-se para o lançamento de conjecturas estruturantes, capazes de calcar as bases e firmar apontamentos sobre as possibilidades fáticas que serão objeto da proporcionalidade em sentido estrito e posterior aplicação na decisão. Os princípios podem ter pesos concretos, externados pelo caso concreto, e pesos abstratos, determinados pelo ordenamento. Por exemplo, a vida pode ter um peso concreto e um peso abstrato, sendo esse último consideravelmente elevado. Para Carlos Bernal Pulido, "El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén estabelecidos"[523]. Os pesos abstratos só terão um papel fundamental na decisão se forem divergentes, do contrário, não. As intervenções e sua intensidade são sempre concretas.

---

[520] "En su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y *los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia*" ALEXY, Robert. La formula del peso. In: *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 26.

[521] PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidade de la ponderación. In: *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 56. Que conclui que a fórmula completa da ponderação seria:

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \bullet PJPiC) \bullet (EPiC \bullet VPiC \bullet PPiC \bullet APiC \bullet DPiC) \bullet GPiA \bullet (SEIPiC \bullet SNIPiC \bullet SNPPiA)}{(SiPjC \bullet PJPjC) \bullet (EPjC \bullet VPjC \bullet PPjC \bullet APjC \bullet DPjC) \bullet GPiA \bullet (SEPPjC \bullet SNPPjC \bullet SNPPjA)}$$

[522] Ibidem. p. 54. Que continua: "En consideración de estas premisas normativas y empíricas debe decirse entonces que las variables IPiC y SiPjC en la fórmula del peso pueden ser formuladas de un modo más explicito y extendido como sigue:

$IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$

$WPjC =(SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC)$"

[523] Ibidem. p. 47.

No que se refere à atribuição dos graus de intensidade, primeiramente, é preciso determinar a intensidade de satisfação de um determinado princípio (ISp^1) em leve (*l*), moderada (*m*) ou elevada (*e*). Posteriormente, quanto à intensidade de não satisfação ou intervenção do princípio colidente ($INSp^2$) sob as mesmas condições acima apresentadas. Feitas essas atribuições, pode-se analisar possíveis conjecturas que os resultados apresentariam[524]. Pela demonstração feita acima, é possível chegar-se a uma fórmula que abranja todas as hipóteses atribuições, também chamada de "fórmula de peso"[525] e que é expressada da seguinte maneira:

$$\textbf{GP1.2C: } \frac{\textbf{ISp}^1}{\textbf{INSp}^2}$$

Em que GP1.2C representa o grau de intervenção do princípio 1 em face do princípio 2 no caso concreto, sendo ISp^1 a intensidade de intervenção do princípio um para sua satisfação e $INSp^2$ a intensidade da não satisfação do princípio dois em face do princípio um. As possibilidades de atribuição de números aos três valores (*l, m, e)* são diferentes, assim

> Relativamente simples e, ao mesmo tempo, bastante instrutiva é a utilização dos valores 2^0, 2^1, e 2^2, ou seja, 1, 2 e 4. A partir daí, *l* tem o valor 1, *m* o valor 2, e *s* o valor 4. O peso concreto de P*i* – $GP_{i,j}C$ – surge, então, por meio da atribuição, na fórmula de peso, dos valores 1, 2 e 4 a IP_i e a WP_jC. Que número será atribuído é algo que é determinado por meio da valoração da intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, mediano e alto. Nos casos em que P*i* tenha precedência a atribuição dos números mencionados faz com que o peso concreto de P*i* – $GP_{i,j}C$ – tenha os seguintes valores: *s/l = 4, s/m = 2, m/l = 2*. Isso corresponde a intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção profunda (*s*) por um motivo relativamente pouco importante (*l*). [...] O peso relativo diminui (2) quando a intervenção profunda (*s*) ocorre em virtude de uma importância mediana da satisfação do princípio colidente

[524] A representação se dá da seguinte maneira:
ISp^1 (e) / $INSp^2$ (l); ISp^1 (e) / $INSp^2$ (m); ISp^1 (m) / $INSp^2$ (l), em que P1 tem preferência.
ISp^1 (l) / $INSp^2$ (e); ISp^1 (m) / $INSp^2$ (e); ISp^1 (l) / $INSp^2$ (m), em que P2 tem preferência.
Casos de equivalência, expressados por pesos iguais. ISp^1 (e) / $INSp^2$ (e); ISp^1 (m) / $INSp^2$ (m); ISp^1 (l) / $INSp^2$ (l).

[525] Quando da ocorrência de pesos abstratos distintos, devem esses ser adicionados à fórmula, que ficaria da seguinte maneira, sendo $AISp^1$ e $AISp^2$ a representação dos pesos abstratos: **GP1.2C:** $\frac{\textbf{ISp}^1\textbf{X AISp}^1}{\textbf{INSp}^2\textbf{X AINSp}^2}$. Ibidem. p. 603-604.

> (*m*). O mesmo resultado (2) ocorre no caso de uma intervenção média (*m*) para a qual se apresenta uma razão de pouco importância (*l*) [526].

Destarte, são conferidos aos graus de intervenção os valores de 1 para (*l*), 2 para (*m*) e 4 para (*e*), e, por via de consequência, toda vez que houver prevalência de P1 sobre P2, o resultado tem que ser maior do que 1[527]. Nos casos de empate, o Tribunal Constitucional Alemão estabeleceu o enunciado de que tal conflituosidade não deve ser considerada desproporcional, pois há uma condição de equivalência. "A desproporcionalidade em sentido estrito surge apenas quando a importância concreta fica abaixo da intensidade de intervenção, ou seja, somente nas constelações *s/l*, *s/m* e *m/l*"[528]. Desse modo, quando ocorrer o empate (*m/m*), ao aplicador é concedido o direito de agir ou não agir.

Compreende-se, então, que "se a razão para uma intervenção é tão forte quanto à razão contra ela, a intervenção não é desproporcional" [529]. Porém, tal situação cria um impasse, pois estabelecer uma condição de equivalência pode ensejar em uma demasiada discricionariedade estrutural, questionando a eficiência do princípio da proporcionalidade em sentido estrito na resolução de conflitos entre princípios. Como medida para auxiliar a questão do impasse poderiam ser criados mais níveis ou graus de intervenção, como por exemplo: intervenções seríssimas (*ss*), moderadamente sérias (*sm*) e levemente sérias (*ls*); moderada quase sérias (*ms*), moderadas propriamente ditas (*mm*) e moderadas tendendo para o leve (*ml*); leves quase moderadas (*ls*), moderadamente leves (*lm*) e levíssimas (*ll*)[530]. Todavia, a criação de novos graus aumentaria ainda mais a discricionariedade do julgador, devido ao maior número de opções disponíveis. Além disso, para todas as vezes da ocorrência de impasses, poderiam ser gerados novos graus, o que confrontaria ainda mais a efetividade do princípio, tornando-o uma cláusula aberta.

No que denomina como segunda lei da ponderação, Alexy determina que *quanto maior a intervenção em um direito fundamental, maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam a intervenção*. Essa segunda lei leva o predicado de epistêmica, porque não se baseia na importância material das razões que sustentam a intervenção, mas em sua qualidade

---

[526] Ibidem. p. 606.
[527] As divisões podem se dar da seguinte maneira: I) ISp^1 (4) / $INSp^2$ (1) = 4, sendo 4 > 1 P1 tem preferência à P2; II) ISp^1 (2) / $INSp^2$ (4) = 0,5, sendo 0,5 < 1P2 tem preferência à P1; III) ISp^1 (1) / $INSp^2$ (1) = 1, sendo 1 = 1 P1 e P2 têm as mesmas condições de prevalência.
[528] Ibidem. p. 607.
[529] Ibidem. p. 608.
[530] Ibidem. p. 609.

epistêmica. A primeira lei da ponderação pode ser chamada de "lei material da ponderação", já a segunda "lei epistêmica da ponderação". Com relação a ela, aconselha-se a utilização de uma escala triádica. O Tribunal Constitucional Alemão diferenciou três graus de intensidade no controle: o controle material intensivo, o controle de plausibilidade e o controle de evidência. Esses três graus correspondem aos três graus epistêmicos de certo ou seguro (*s*), plausível (*p*) e não evidentemente falso (*e*). Destarte, a fórmula completa é a seguinte, em que estão representados o grau de intervenção, o peso abstrato e o grau de segurança das premissas[531]:

$$\boldsymbol{GPi,jC}: \frac{\boldsymbol{IPiC\ .\ GPiA\ .\ SPiC}}{\boldsymbol{WPjC\ .\ GPjA\ .\ SPjC}}$$

Dentro do percurso percorrido pela proporcionalidade em sentido estrito, é necessário primeiramente sistematizar a lei do sopesamento, com a colocação das hipóteses fáticas decorrentes dos conflitos entre os princípios. Após, é preciso que se utilize a fórmula apresentada para estabelecer qual é a intervenção resultante a ser aplicada no caso concreto, sendo que os graus de satisfação de um princípio e os graus de intervenção do outro são objeto da fórmula. A partir disso, é possível compreender a complexidade que abrange a proporcionalidade. Observou-se que ela se divide em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as quais envolvem situações dificultosas, em que princípios e direitos fundamentais são afetados, sendo solicitado ao julgador atribuir pesos que determinarão o futuro dos casos.

Costumam-se chamar os casos que envolvem conflitos entre princípios de *hard cases*, os quais exigem um alto nível de argumentação jurídica, com fortes posicionamentos e que envolvem um grande número de interesses dependentes da decisão. Quanto à diferenciação entre os *hard cases* e os *easy cases*, Atienza[532] pontua que os primeiros (casos fáceis) são aqueles em que é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo, diferentemente dos segundos (casos difíceis), em que o ordenamento jurídico fornece uma res- posta correta que não é discutida. Propõe ainda a existência dos chamados *casos trágicos*, nos quais não se pode encontrar uma solução que não

---

[531] ALEXY, Robert. La formula del peso. In: *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 33-34.

[532] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 273.

sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. Neles, decidir implicaria um dilema. Sob a perspectiva da filosofia da linguagem, do giro linguístico pragmático e da hermenêutica filosófica, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis é equivocada, pois vincula a intepretação à uma relação entre sujeito-objeto, entendendo a linguagem como instrumento, e não como condição de possibilidade de acesso ao mundo[533].

Pela proporcionalidade em sentido estrito tem-se aquela fase que objetiva determinar qual é o meio que melhor proporciona o fim almejado, aquele que sob todas as condições consegue engendrar um modo que menos ou não sacrifique um direito, que mais beneficie com o menor prejuízo, ou um que menos beneficie sem acarretar prejuízos[534]. "Se o sacrifício resulta excessivo, a medida deverá considerar-se inadmissível, ainda que satisfaça o resto dos pressupostos e requisitos derivados do princípio da proporcionalidade"[535].

A proporcionalidade em sentido estrito também é conhecida como a fase do sopesamento. O sopesamento entre princípios, que envolve ponderação (*Abwägung*), é conhecido nos Estados Unidos como *Balancing* e possui algumas particularidades[536]. As origens do *Balancing* são diferentes da proporcionalidade na Alemanha, pois quando foi concebido, as garantias constitucionais já estavam estabelecidas. Servia para garantir que os direitos não fossem desprotegidos ao serem sopesados com os interesses públicos. O *Balancing* serviu para enfraquecer os direitos naturais e opor-se a concepção libertária de propriedade e de direitos de liberdade.

3.3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Conforme foi demonstrado, a proporcionalidade se mostra como um importante campo de análise para a aplicação do Direito e para a preservação de direitos fundamentais, que se

---

[533] SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 118.

[534] Tem a finalidade de determinar "se o sacrifício individual é razoável ou proporcional com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar". DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

[535] SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 225.

[536] COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American Balancing and German Proportionality*: The historical origins. September 23, 2008. 8(2) I-Con: International Journal of Constitutional Law 263 (2010). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1272763 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1272763. p. 31.

constituem como objetivo desse trabalho. Todavia, também foram feitas várias ressalvas ao modo como a proporcionalidade é tratada na teoria de Alexy e os caminhos que vem seguindo atualmente. As críticas se direcionaram, principalmente, às concepções teóricas do Direito de muitos autores que a ela se afilharam. Sua utilização teve grande crescimento após a Segunda Guerra Mundial devido a necessidade de preservação da dignidade humana e de outros tantos direitos fundamentais que haviam sido violados de maneira tão grave. Dessa forma, é compreensível que seus adeptos entendam que a moral possui grande importância como função corretiva do Direito, e buscam fazer isso da maneira que exprima a maior razoabilidade possível. Porém, uma decisão que admita a moral, independentemente de ser racional, continuará sendo relativa e subjetiva, recaindo em uma escolha.

Seus defensores argumentam que aqueles que pretendam afastar a ponderação e as apreciações subjetivas do juiz incorrerão em hiperracionalidade. Como acentua Carlos Bernal Pulido[537], a tarefa de determinar o conteúdo normativo dos princípios sempre dá ao juiz uma margem de deliberação. Assim, para o autor, a fundamentação da ponderação deveria estar justificada em termos claros e consistentes, em que são respeitadas as exigências de conformação às premissas, observando-se as regras da lógica e da carga de argumentação, bem como as exigências impostas pela consistência e coerência. Entende que para a aplicação da fórmula de peso, abre-se um âmbito de deliberação no qual suas decisões dependem de apreciações acerca de sua moral e de sua ideologia política[538]. Entretanto, continua afirmando que a proporcionalidade oferece critérios racionais que possibilitam estruturar a fundamentação em termos claros e consistentes[539].

Alexy é fortemente influenciado por Jürgen Habermas e sua teoria do agir comunicativo. As relações entre o Direito e a moral e o aspecto procedimentalista inserido em sua doutrina fazem grande referência ao pensador da Escola de Frankfurt, dando grande valor à Democracia e às razões expostas da fundamentação das decisões dos tribunais. "Ao revisar a pragmática universal, Habermas explicita que o telos do entendimento reside na linguagem, além do fato de que entender-se significa o reconhecimento da pretensão de validade apresentada pelo falante[540]". É dando grande importância à linguagem e à pragmática que o

---

[537] PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidade de la ponderación. In: *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 42-44.
[538] Ibidem. p. 52.
[539] Ibidem. p. 57.
[540] BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008. p. 89.

autor propõe o modelo do agir comunicativo. Em suas palavras: "por ação comunicativa entendo uma interação simbólica mediada. Orienta-se de acordo com normas intersubjetivamente vigentes que definem expectativas recíprocas de comportamento e que têm que ser entendidas e reconhecidas por ao menos dois sujeitos"[541].

Em sua teoria, Habermas demanda que a instituição de normas jurídicas deve calcar-se na autonomia de todas as pessoas do Direito e em um procedimento legislativo democrático. Nesse ponto surge a tensão existente entre a facticidade e validade do Direito, pois "validade de uma norma jurídica como um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito"[542]. Estando a legitimidade das leis em constante dependência das alterações legislativas.

Habermas entende que não há uma sobreposição da moral ao Direito[543], ou que o Direito se sobrepõe a moral, mas que ambos possuem uma relação de cooriginalidade e complementaridade[544]. Com isso, para ele, o princípio do discurso é um conceito "supremo de toda a teoria da razão prática, ramificando-se num princípio moral e num princípio do direito"[545]. Ao criticar Max Weber por excluir as relações entre moral e Direito, Habermas[546] defende que não é possível "explicar a legitimidade da legalidade tendo como ponto de partida uma racionalidade independente, instalada na forma jurídica, de um modo moralmente livre, pois, em realidade, à legitimidade deve estar subjacente uma relação interna entre moral e Direito"[547]. Habermas indica que a moral encontra-se acondicionada pelo princípio "U", enquanto o Direito regula-se pelo princípio da Democracia. A teoria moral fornece conceitos superiores para o agir e julgar moral. Por outra via, o Direito reduz esses três conceitos à três dimensões: arbítrio, relação externa e autorização para coerção. Desse modo, para ele, a ordem jurídica "somente poderá ser considerada legítima quando não ofender

---

[541] HABERMAS, Jürgen. *Ciência y técnica como "ideologia".* Madrid: Tecnos, 2007. p. 68-69.
[542] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 295.
[543] "A diferenciação do direito não dissolve seu vínculo interno com a política e a moral" HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: ente facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 230.
[544] BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008. p. 134.
[545] CENCI, Ângelo Vitório. *A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso*. Tese de doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2006. p.170.
[546] HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 28.
[547] BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008. p. 135.

princípios morais”[548]. Assim, a construção procedimental dos direitos fundamentais deve recorrer à uma fundamentação moral.

Seguindo essa linha, Alexy entende que a correção ou a validade de uma norma dependem de um procedimento argumentativo[549]. A interpretação do Direito se aperfeiçoa principalmente, com base na força e na organização dos argumentos linguísticos. “No aperfeiçoamento do Direito em sentido restrito isso é, sobretudo, a colisão entre os princípios da democracia, da divisão de poderes e da certeza jurídica, por um lado, que apoiam a autoridade do doador de leis, e os princípios da coerência e da correção quanto ao conteúdo, por outro, que exigem uma decisão justa”[550]. Para Alexy, a resposta para o caso de colisão entre princípios depende do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito.

Com base nisso, ele propõe a ideia de um Constitucionalismo Discursivo, o qual legitimaria democraticamente a fundamentação do discurso jurídico. “A representação do povo por um tribunal constitucional, porém, somente pode ser uma representação argumentativa”[551]. Desse modo, compreende que a fundamentação jurídica deve se fundar em um sistema baseado na coerência e na racionalidade prática. Quanto mais racionalidade tiver a ponderação, mais legítima essa será considerada[552]. O Constitucionalismo Discursivo surge, então, da relação entre cinco conceitos: a) direitos fundamentais; b) ponderação; c) discurso; d) jurisdição constitucional; e) representação[553].

A democracia deliberativa se apresenta como forma de institucionalização do discurso como meio de tomada de decisão pública. A representação do povo por um tribunal constitucional é puramente argumentativa. O Constitucionalismo Discursivo é a tentativa de institucionalização de razão e correção[554], que é realizada pelos tribunais. Nesse sentido, a pretensão de correção do Direito pela moral, quando efetivada por um órgão jurídico, não pode simplesmente exteriorizar argumentos morais, mas deve fazê-lo de forma racional, possibilitando o controle democrático da decisão. Os argumentos do discurso devem estar ligados ao estabelecido pela Constituição e pelo expressado pelos ideais democráticos. O julgador deve fazer as vezes do povo pela linguagem de sua decisão.

---

[548] Ibidem. p. 136.
[549] ALEXY, Robert. *Direito, Razão e Discurso*: Estudos para a filosofia do Direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.
[550] Ibidem. p. 75-76.
[551] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11.
[552] Ibidem. p. 129-131.
[553] Ibidem. p. 155.
[554] Ibidem. p. 163-165.

A base da Crítica Hermenêutica do Direito[555] a essa concepção se encontra no papel ocupado pelo sujeito na determinação do objeto. Isso acaba por inserir na interpretação o significado existente apenas na valoração dada pelo intérprete. A presença da filosofia da consciência pode ser verificada:

> […] quando se pretende determinar o sentido do fenômeno jurídico recorrendo-se a métodos de interpretação, como produto da razão humana e certificadores do conhecimento, ou, também, quando o intérprete remete à perquirição das "vontades" (da lei ou do legislador) para justificar a sua interpretação, assumindo uma condição de perceptor de uma essência-vontade legal ou vidente de um legislador histórico. A busca pela vontade da lei ou do legislador acaba por ter um efeito paradoxal eis que em boa parte das vezes permite ao intérprete manifestar a sua vontade[556].

Para Fausto Santos de Morais, o problema da teoria de Alexy é o foco existente na participação do intéprete na pretensão de correção da decisão judicial. Isso desfocaria a condição ontológica necessária ao ato de aplicação do Direito. Seria nesse ponto que residira a discricionariedade judicial. Sustenta que a pretensão de correção lida pelas lentes da Crítica Hermenêutica do Direito "deve ser compreendida na condição de proposta que as decisões judiciais reproduzam um elevado grau de autonomia do Direito, como meio de enfrentamento da discricionariedade judicial"[557]. O autor defende que a pretensão de correção pode ser analisada a partir dos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito.

Nesse sentido, a proporcionalidade precisa ser observada sob as lentes da hermenêutica filosófica, conforme proposto no segundo capítulo. A filosofia da linguagem deve compor papel importante na construção do discurso, juntamente com a pragmática. "Se a linguagem é o âmbito do pensar, em que a compreensão do sujeito e o objeto se manifesta, a noção de princípio jurídico não pode estar à disposição (*Ge-stell*) de sopesamentos, mas na proposta construtivista de um empreendimento histórico de natureza ontológica-existencial"[558]. A norma só pode existir quando interpretada, antes disso é apenas texto. As pré-compreensões e a tradição ocupam papel fundamental na construção de seu sentido. Dessa maneira, o trabalho pretende reformular a definição de proporcionalidade, adaptando-a a hermenêutica filosófica. A construção da proporcionalidade deve se dar de maneira argumentativa, em que se utiliza a

---

[555] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[556] MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 187.
[557] Ibidem. p. 199.
[558] Ibidem. p. 220.

sintática, a semântica, e a pragmática. Sempre com a finalidade de preservar os direitos fundamentais, a teoria aqui proposta pode ser entendida como uma teoria garantista da argumentação jurídica.

3.4 COMO CONSTRUIR ARGUMENTATIVAMENTE UMA DECISÃO QUE TRATA SOBRE PRISÕES CAUTELARES?

Iniciou-se o trabalho buscando responder a seguinte pergunta "Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?". Para isso, procurou-se explorar como o Direito é aplicado nas decisões judiciais, trabalhando com relações entre Direito e Interpretação, Direito e Linguagem e Direito e Argumentação. Além disso, buscou na proporcionalidade um modo de conseguir aplicar o Direito de forma a preservar os direitos fundamentais, no sentido de um garantismo penal.

A pesquisa situa-se na aplicação da proporcionalidade dentro das decisões judiciais que tratam sobre prisões cautelares. Para além da teoria crítica das prisões cautelares, é preciso analisar onde e como a proporcionalidade se encaixa e se relaciona com as prisões cautelares, principalmente como superação do binômio prisão-liberdade, fornecendo alternativas menos danosas do que a prisão. Foi necessário para tanto redefinir o próprio conceito de proporcionalidade e de como se trabalhar com ele.

Grande parte dos magistrados usam em suas decisões argumentos como: "baseado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade"; "conforme o princípio da proporcionalidade"; "segundo o princípio da razoabilidade"; "postulado da proporcionalidade" etc., como se estes argumentos estivessem baseados em um ideal metafísico de justiça do qual a proporcionalidade faria parte. A utilização da proporcionalidade atua como um "coringa" que consegue transformar argumentos abstratos em uma ordem legítima[559].

> [...] a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir

[559] "Afirmo que a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento" RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p.51.

> para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro[560].

Além disso, há ainda aqueles que pensam a proporcionalidade apenas sob o viés de Robert Alexy, focando unicamente nas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É preciso esclarecer que seus estudos sobre a proporcionalidade partem de uma concepção não positivista do Direito, o que permite à moral exercer uma função corretiva. Nesse ponto é preciso separar os caminhos seguidos por Alexy e os seguidos por este estudo. Aqui, os ideais de aplicação do Direito se ligam à hermenêutica filosófica e fazem uso da sintática, da semântica e da pragmática.

O princípio da proporcionalidade possui elevada influência na temática das prisões cautelares, refletindo acerca dos interesses postos em conflito, como o da eficácia na repressão dos delitos (segurança pública) e a esfera de liberdade do indivíduo. Composto por duas facetas, quais sejam, a proibição do excesso e a proteção da proteção deficiente, a proporcionalidade tenta balizar as divergências do caso concreto, buscando encontrar uma medida que não se revele abusiva e que cumpra sua finalidade.

A proporcionalidade surge com o Estado Democrático de Direito, após o término Estado Absolutista, em um momento de valorização dos direitos humanos, no qual a dignidade humana ganhou extrema importância. Passou-se a exigir da nova ordem constitucional uma concreta proteção dos direitos fundamentais, de modo que as intervenções estatais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais. Tido como um dos princípios fundamentais de um Estado Democrático, a proporcionalidade origina-se na tentativa de frear atos estatais abusivos, caracterizando-se por uma proteção da população. Decisões executivas, atos legislativos e decisões judiciais direcionados a adoção de medidas que, por excesso, violem direitos fundamentais, devem ser proibidos (*Übermassverbot*). Dessa forma, não se poderia admitir que o legislador criasse disposições no Código de Processo Penal determinando a obrigatoriedade da conversão do flagrante em preventiva para todos os casos, ou impor que a prisão preventiva é a regra, relegando as medidas alternativas a um segundo plano.

---

[560] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 196.

Para orientar a decretação das prisões cautelares, o artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: I) a *necessidade* para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; II) a *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado ou investigado. Ambas, "necessidade e adequação [...] são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal"[561].

Cabe falar que o disposto nos incisos I e II do artigo 282 não expressam essencialmente o que doutrinariamente se conceitua como adequação e necessidade. Costuma-se confundir o disposto no artigo 282 do CPP e o conteúdo das máximas da proporcionalidade. O que o inciso I traz por necessidade significa o que ele busca como finalidade da medida, a quais fins ela se destina a proteger. Assim, *finalisticamente* a medida deve ser necessária para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais[562]. Pelo inciso II, objetiva-se a correspondência entre a medida a ser adotada e a *pragmática* que envolve a situação em análise, que se liga à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado ou investigado. A gravidade do crime deve ser sempre analisada em concreto. As circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente devem corresponder à medida adotada e à finalidade pretendida, deve haver uma correlação.

No Processo Penal, a máxima da adequação determina um olhar para a finalidade da medida, qual seja, a prisão cautelar, buscando analisar se a constrição da liberdade poderá promover o fim buscado pela autoridade coatora, de modo que se não for possível a promoção do fim, a medida não deve ser tomada. Fabio Delmanto propõe a análise da "adequação qualitativa" e "adequação quantitativa', exemplificando a primeira da seguinte maneira: "se a finalidade é evitar a fuga do acusado, não há razão para proibi-lo de entrar em contato com determinadas pessoas". Ainda, a medida de prisão não será adequada qualitativamente se a pessoa já houver sido ou poderá ser condenada a pena que não seja de prisão, ou que a cumpra em regime semiaberto ou aberto.

A adequação quantitativa diz respeito a duração e intensidade da medida com relação ao fim pretendido[563]. Assim "se a prisão preventiva foi decretada para a 'conveniência da

---

[561] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 504.

[562] Ressalva-se, aqui, a possível violação à presunção de inocência que a finalidade "para evitar a prática de infrações penais" pode acarretar.

[563] Relaciona-se com a provisionalidade e a provisoriedade.

instrução criminal', deve ela ser revogada tão logo esteja concluída a instrução, salvo se existir outo motivo legal para a manutenção da custódia cautelar" [564]. De outra forma, se houver condenação em primeiro grau, isso não implica que haja prisão automática ou a manutenção da prisão anterior. Para que ocorra a prisão após condenação sem trânsito em julgado, deve haver decisão devidamente fundamentada e presença dos requisitos autorizadores. Cumpre assinalar a imprescindibilidade de se atentar para a sanção cominada para o crime, de forma que se esta não prever pena privativa de liberdade, a prisão cautelar não se mostra adequada, posto que o fim proposto pela norma penal é outro, diverso da prisão.

> Caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar. Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar[565].

Ainda, existe a necessidade de o juiz observar os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que a pena será ao final substituída por restritiva de direitos[566]. No tocante à máxima da necessidade, esta deve ser entendida como o processo de escolha do meio menos gravoso para atingir a finalidade desejada. Dessa maneira, "um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido"[567]. Alguns a nomeiam a máxima da necessidade como "princípio da menor ingerência possível"[568], de "intervenção mínima" ou de

---

[564] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.

[565] Conclui o autor da seguinte maneira: "Se não se projeta uma pena privativa de liberdade a ser cumprida no cárcere, diante da provável condenação, é ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que incompatível com a natureza cautelar de tal medida. Deve haver uma proporcionalidade entre a pena que se prevê como provável em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser imposta ao acusado". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 397.

[566] LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

[567] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 16-17.

[568] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 270.

"subsidiariedade"[569]. Tais nomenclaturas exprimem o mesmo significado, que é a adoção da medida menos arbitrária dentre as possíveis.

O artigo 282, §6º, do CPP determina que a prisão preventiva somente será utilizada quando sua substituição não for cabível por nenhuma outra medida cautelar. Portanto, "a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade"[570]. Interessante exemplo da desnecessidade da prisão preventiva pode ser encontrado no *HC* 80.719-4/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assinala: "A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade". Nessa linha, continua dizendo que "a prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito". Mais adiante, assevera: "O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso"[571].

A terceira fase da aplicação do princípio da proporcionalidade é conhecida como proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, presume-se que todos os meios escolhidos são adequados, e que realizam o fim pela menor ingerência possível, restando agora analisar se a medida indicada é mais severa que a finalidade pretendida pela norma. "Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[572]. Busca-se estabelecer limites entre os fins almejados e os meios escolhidos. A escolha da medida não deve ser mais grave do que a finalidade da norma. Basicamente, "deve haver uma proporcionalidade entre a pena que se prevê como provável em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser imposta ao acusado"[573]. Sobre a afinidade entre proporcionalidade e Processo Penal, Eugênio Pacelli discorre da seguinte maneira:

---

[569] DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69.
[570] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 504.
[571] BRASIL. *HC 80719*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143.
[572] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 593.
[573] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008. p. 397.

> Em relação a um possível confronto entre o princípio da inocência (estado ou situação jurídica de inocência) e o da efetividade da jurisdição penal [...] pode ser que se apresente a possibilidade de uma ponderação feita nesses moldes, desde que a pressuposta fundamentação cautelar da prisão em determinado caso concreto. A ponderação, então, far-se-ia pelo exame da *adequação* da medida, quando a prisão deveria ser justificada com relação aos escopos do processo; de sua *necessidade*, pela apreciação da relação entre a prisão e sua motivação (risco de fuga, intimidação de testemunhas etc.), e de sua proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pelo exame da gravidade da prisão cautelar em relação à pena abstratamente cominada ao tipo penal, bem como a viabilidade de sua aplicação no caso concreto (condições pessoais do agente, natureza da infração, análise da culpabilidade etc.)[574].

Caberia falar aqui na observância da pena cominada ao delito e o tempo da medida cautelar, a fim de averiguar se a medida não está sendo mais gravosa do que a própria pena em abstrato a ser aplicada ou a pena previsivelmente aplicável[575]. As duas primeiras máximas trabalham com os *meios* a serem utilizados, já a terceira, com o *fim* perseguido. A análise se dá pela utilização de um meio apto e que menos ingerência cause, devendo esse ser justificado com base na finalidade pretendida. Alexy emprega na terceira fase a ponderação, balizando o conflito entre princípios. Atribui à moral uma função corretiva, que já foi discutida no trabalho. Por isso, entende-se que a construção do discurso baseado na proporcionalidade deve seguir-se pela hermenêutica filosófica. A análise entre fins e meios deve dar-se pela linguagem, em que a sintática, a semântica e a pragmática tem grande importância.

A construção argumentativa da decisão deve organizar corretamente os elementos da linguagem (sintaxe), de forma com que as disposições legais estejam em consonância com o sistema. A relação entre as normas do Código de Processo Penal e das leis especiais e a Constituição deve ocorrer sem contradições. A justificação externa das decisões deve levar em conta o aspecto material (semântico). Nesse sentido, o teor da expressão "garantia da ordem pública", por exemplo, não pode abarcar os significados de gravidade abstrata do delito, clamor social, acautelamento do meio social, abalo social, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva. Deve haver correlação entre a medida adotada e a finalidade pretendida, não sendo correto proibir o acesso a determinados lugares que não tem ligação com o crime imputado. Devem ser sempre levados em conta os elementos da lógica para explicitar as deduções feitas na decisão. A argumentação pragmática vai envolver todos os elementos do

---

[574] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 133.

[575] Existe discussão acerca do parâmetro ser a pena cominada em abstrato ao delito e a pena previsivelmente aplicável. Como essa discussão não é objeto do presente trabalho, remete-se o leitor para: DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

caso concreto, com o objetivo de estabelecer em que sentido uma medida se mostra como um meio adequado e como uma finalidade necessária para a proteção de um bem determinado.

Aqui entram todas as circunstâncias em que foi cometido o crime, as condições do agente, a gravidade das medidas e a possibilidade de sua aplicação. Cria-se um círculo hermenêutico em que o intérprete da norma vai dialogar consigo mesmo e com o mundo, buscando a decisão que deve tomar. Deve ser levado em conta, no momento da decisão, tudo o que foi exposto durante o trabalho sobre linguagem, interpretação, Direito, proporcionalidade e prisões cautelares. Portanto, para a aplicação do Direito em uma decisão judicial é necessário levar em conta os como os três níveis da linguagem, bem como a proporcionalidade na proteção de direitos fundamentais, operam dentro dessa temática específica, permitindo que a construção do discurso seja adequada.

Com o intuito de exemplificar um modo de responder a pergunta "Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?", apresenta-se um quadro composto por axiomas que expressam a negativa da pergunta acima feita, qual seja, "Como não argumentar uma decisão que trata sobre prisões cautelares". O quadro é exemplificativo e não exauriente, e busca ilustrar (sistematizar) o que com esse trabalho foi proposto em forma de conclusões preliminares. Os axiomas abaixo não pretendem ser respostas antes das perguntas. Nem regras positivadas para a aplicação prática. A opção por esse modelo é ilustrativa e atua como forma de demonstrar as observações realizadas durante a pesquisa.

Quanto à fundamentação da decisão que trata sobre prisões cautelares, entende-se que devem ser observados os seguintes axiomas:

Nula a argumentação que se baseie em critérios abstratos, conceitos indeterminados ou diversos daqueles previstos pela legislação competente;

Nula a argumentação que se basear unicamente no paradoxo Segurança Pública x Liberdade Individual para decretar ou manter prisão preventiva;

Nula a argumentação que faça referência exclusivamente à ponderação abstrata de princípios para decretar ou manter prisão preventiva;

Nula a argumentação que apenas fizer menção à proporcionalidade e a razoabilidade para decretar ou manter prisão preventiva sem correlacioná-las com o caso concreto, demonstrando objetivamente sua incidência;

Nula a argumentação que apele para argumentos de ordem moral, de grau subjetivo ou discricionário, exteriorizando na decisão tão somente a concepção pessoal do julgador sobre o caso;

Nula a argumentação que não se baseie em dados objetivos relacionados ao caso, considerando tão somente premissas ou pressuposições de ordem abstrata e genérica;

Nula a argumentação que se refira unicamente ao requisito legal da garantia da ordem pública ou da ordem econômica;

Nula a argumentação que fundamente a garantia da ordem pública com base no clamor público, acautelamento do meio social, abalo social, gravidade em abstrato do crime, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva;

Nula a argumentação que fundamente a prisão preventiva na possibilidade de reiteração delitiva sem que demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que fundamente a garantia da ordem econômica em presunções de dano;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a instrução penal sem que demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que sustente a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a instrução penal com base no perigo de o investigado ou acusado apagar provas ou coagir testemunhas ou oficiais sem que seja demonstrada a inadequação da aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a aplicação da lei penal sem que se demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a aplicação da lei penal com base no perigo de o investigado ou acusado fugir ou se evadir do distrito da culpa sem que seja demonstrada a inadequação da aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que considere incabível medida cautelar diversa da prisão sem que demonstre de forme exauriente sua inadmissibilidade;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa por alguma impossibilidade a priori de sua efetivação (falta de recursos ou estrutura) sem antes verificar a possibilidade de substituição por outra cautelar;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa da prisão baseada na periculosidade abstrata do acusado;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa da prisão baseada na gravidade abstrata do delito;

Nula a argumentação que atribua ao acusado o excesso de prazo na prisão preventiva sem que este o tenha dado causa;

Nula a manutenção da prisão preventiva se houver excesso de prazo e o acusado não tiver responsabilidade por sua causa;

Nula a argumentação que atribua o excesso de prazo ao acusado exclusivamente pela complexidade do processo;

Nula a argumentação que cumule mais de uma medida cautelar sem demonstrar a necessidade de sua incidência;

Nula a manutenção da medida cautelar quando não houverem motivos para que esta subsista;

Nula a decisão que não observar as hipóteses de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do artigo 318 e 318-A do Código de Processo Penal;

Nula a imposição de medidas cautelares diversas sem que seja a medida imposta adequada aos fins do caso concreto (É inadequada a medida que seja inapta a promover a finalidade exigida no caso concreto);

Nula a proibição de frequentar determinados lugares que não estejam de alguma maneira ligados com o fato;

Nula a proibição de manter contato com determinada pessoa que não esteja de alguma maneira ligada com o fato;

Nula a proibição de ausentar-se da Comarca sem que haja necessidade para a investigação ou instrução;

Nula a proibição de ausentar-se da Comarca sem que a proibição esteja de alguma maneira ligada com o fato (p. ex. trabalho inerente a viagens);

Nula a suspensão do exercício de função pública ou de atividade financeira ou econômica quando o fato com elas não estiver relacionado;

Nula a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável sem que haja comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade e não houver sido demonstrado o risco concreto de reiteração criminosa;

Nula a imposição de fiança para assegurar o comparecimento aos atos do processo, tendo em vista a inobrigatoriedade de participação do réu, presumidamente inocente e sem ônus de prova, nos atos processuais;

Nula imposição de fiança quando não haja risco de obstrução do processo;

Nula a argumentação que imponha monitoração eletrônica com base apenas no perigo abstrato de que o réu ofereça risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal e no risco de reiteração criminosa.

No que se refere às Prisões Cautelares, de modo geral, objetiva-se este modelo:

Nula imposição de prisão cautelar sem fundamentação;

Nula fundamentação sem estarem presentes os pressupostos de prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria (inclusive para medidas cautelares alternativas à prisão);

Nula fundamentação sem adequação da medida cautelar ao caso concreto;

Nula adequação da medida cautelar ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da medida cautelar no caso concreto;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, para evitar a prática de infrações penais ou quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão cautelar.

No que se refere às Prisões Temporárias, objetiva-se este modelo:

Nula prisão temporária quando suficiente outra medida cautelar alternativa;

Nula prisão temporária sem fundamentação;

Nula fundamentação sem adequação da prisão temporária ao caso concreto;

Nula adequação da prisão temporária ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula adequação fora das hipóteses legais (Lei nº 7.960/89);

Nula adequação quando não houver fundadas razões de autoria e participação nos crimes indicados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, acrescida da não-identificação ou falta de residência (inciso II), como indício de que o investigado não possa mais ser encontrado, vindo a frustrar a aplicação da lei penal (inciso I);

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da prisão temporária;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para as investigações do inquérito policial;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão temporária.

No que se refere às Prisões Preventivas, objetiva-se este modelo:

Nula prisão preventiva quando suficiente outra medida cautelar alternativa;

Nula prisão preventiva sem fundamentação;

Nula fundamentação sem adequação da prisão preventiva ao caso concreto;

Nula adequação da prisão preventiva ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula adequação fora das hipóteses legais (Art. 312 e 313, CPP);

Nula adequação sem previsão de prisão penal com cominação de pena privativa de liberdade em crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, sem condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado, sem envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ou sem haver dúvidas sobre a identificação civil;

Nula adequação se a prisão preventiva não consistir em meio hábil;

Nulo meio hábil (a prisão preventiva não consiste em meio hábil) para crimes culposos, contravenções, punidos com penas restritivas de direito, com pena de multa, com detenção (Art. 213, §1º);

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da prisão preventiva;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão preventiva;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese levantada no início do trabalho foi confirmada, tendo sido demonstrada a necessidade de uma teoria da argumentação adequada às prisões cautelares, com a finalidade de proteção de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, é preciso fazer referência ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, conforme asseveram os artigos 93, IX e 5º, LXI da Constituição Federal. No mesmo sentido também estão os artigos 283, 315 e 564, IV do Código de Processo Penal e o artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil, sendo a argumentação jurídica um instrumento necessário à promoção desse dever de fundamentação das decisões.

Os resultados da pesquisa demonstraram a correção de suas justificativas. No campo social foi possível constatar a enorme população carcerária brasileira, que conta atualmente com 726 mil presos, que tem que ocupar um espaço de 358 mil vagas. O número de presos provisórios é de 292 mil, correspondendo a 40,2% do total da população carcerária. Nesse sentido, a pesquisa alinha-se à área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), tendo em vista que pretendeu apresentar maneiras para diminuir a exclusão social observada no sistema penitenciário brasileiro. No campo jurídico-teórico foi possível verificar que as teorias do Direito e da argumentação jurídica têm se mostrado insuficientes para lidar com o problema, sendo consideradas em sua maioria insatisfatórias. Assim, fez-se necessário buscar um modelo de argumentação jurídica que estivesse alinhado à temática das prisões cautelares. No campo jurídico-prático, pode-se observar que as decisões jurídicas têm se mostrado bastante imprecisas, não utilizando as teorias que mencionam apropriadamente. Fazem uso de expressões e termos abstratos, desconexos tanto para a teoria quanto para a prática, culminando por ferir direitos fundamentais.

Para esse trabalho, tiveram importância destacada as teorias da argumentação jurídica de MacCormick, Alexy e Atienza, apesar das discordâncias teóricas. Procurou-se retirar de cada uma o que se considerava vital para uma argumentação jurídica adequada às prisões cautelares. Após essa análise, a teoria do Constructivismo lógico-semântico de Paulo de Barros Carvalho e a teoria da argumentação jurídica de Atienza mostraram-se de significativa importância, devendo ser levadas como base para a proposição que o trabalho apresenta, notadamente pelo valor que dão à pragmática e à filosofia da linguagem.

Além do aspecto procedimental que se procurou estabelecer com o trabalho, objetivou-se ter como referência um aspecto material (substancial), o qual foi entendido como a proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade possui elevada influência na temática das prisões cautelares, refletindo acerca dos interesses postos em conflito, como o da eficácia na repressão dos delitos (segurança pública) e a esfera de liberdade do indivíduo. Composto por duas facetas, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, a proporcionalidade tenta balizar as divergências do caso concreto, buscando encontrar uma medida que não se revele abusiva e que cumpra sua finalidade.

No sentido de preservação dos direitos fundamentais, ela busca analisar as relações entre os meios e os fins para verificar se houve violação a algum direito. A teoria de destaque sobre a proporcionalidade é a de Alexy, que serviu como grande base para a pesquisa. Com as máximas da adequação e necessidade, permite o exame dos meios utilizados e sua viabilidade. Na proporcionalidade em sentido estrito, procede a uma valoração para analisar se os meios utilizados justificam os fins almejados. Entende-se que a teoria elaborada por Alexy permite a utilização de uma alta carga moral na aplicação do Direito, o que se distancia daquilo que é pretendido pelo trabalho. Propõe-se que a proporcionalidade deve ser lida pelas hermenêutica filosófica, juntamente com os três níveis da linguagem, estendendo-se grande importância à pragmática.

Como um dos objetivos do trabalho era apresentar uma resposta capaz de responder à pergunta “Como construir argumentativamente uma decisão que trata sobre prisões cautelares?”, foi necessário analisar os aspectos teóricos e práticos que cercam as prisões cautelares (preventivas e temporárias).

A Lei nº 12.403/2011 trouxe várias alterações no campo das medidas cautelares, concedendo maior destaque à presunção de inocência. Possibilitou alternativas ao binômio prisão-liberdade, com as medidas diversas da prisão. Pautando-se pela necessidade da medida para fins processuais e pela importância da adequação da medida as especificidades do caso concreto, como por exemplo à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. As medidas alternativas à prisão trazidas pela lei se mostram de grande relevância, permitindo a adoção de meios mais brandos, mas que consigam realizar a finalidade pretendida com seu uso.

A máxima da adequação determina um olhar para a finalidade da medida, qual seja, a prisão cautelar, buscando analisar se a constrição da liberdade poderá promover o fim buscado pela autoridade coatora, de modo que se não for possível a promoção do fim, a medida não deve

ser tomada. Cumpre assinalar a necessidade de se atentar para a sanção cominada para o crime, de forma que se esta não prever pena privativa de liberdade, a prisão cautelar não se mostra adequada, posto que o fim proposto pela norma penal é outro, diverso da prisão.

No tocante à máxima da necessidade, esta deve ser entendida como o processo de escolha do meio menos gravoso para atingir a finalidade desejada. A prisão só será necessária se o objetivo buscado não puder ser atingido por outra medida menos gravosa. Na terceira fase na aplicação do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), presume-se que todos os meios escolhidos são adequados, e que realizam o fim pela menor ingerência possível, restando agora analisar se a medida indicada é mais severa que a finalidade pretendida pela norma. Caberia falar aqui na observância da pena cominada ao delito e o tempo da medida cautelar, a fim de averiguar se a medida não está sendo mais gravosa do que a própria pena em abstrato a ser aplicada ou a pena previsivelmente aplicável. A análise se dá pela utilização de um meio apto e que menos ingerência cause, devendo esse ser justificado com base na finalidade pretendida.

Com a finalidade de demonstrar a necessidade de uma teoria da argumentação adequada às prisões cautelares, foram analisadas as fundamentações de várias decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Embora ainda existam decisões que façam uso da expressão garantia da ordem pública, juntamente com termos abstratos, há uma maioria de decisões que apontam para verificação da necessidade e da adequação da prisão, além de possível imposição de medidas alternativas, conforme as disposições do Código de Processo Penal.

O uso da proporcionalidade não se mostrou uniforme. É frequente o emprego de termos como “princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”; “princípio da proporcionalidade”; “princípio da razoabilidade”; “máxima da razoabilidade”; “máxima da proporcionalidade”. Existem algumas decisões que utilizam o princípio conforme a teoria de Alexy. Foi possível observar uma maior frequência do termo com a limitação dos atos estatais e com a proibição do excesso. Pode-se compreender que a tônica da jurisprudência no tribunal adere a utilização da proporcionalidade como parâmetro orientador na determinação das prisões cautelares.

Percebeu-se que, para justificar a prisão preventiva com base no requisito da garantia da ordem pública, foram utilizados termos como gravidade abstrata do delito, clamor social, acautelamento do meio social, abalo social, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva, os quais fundamentam-se em argumentos desligados da finalidade

pretendida com a prisão preventiva, não devendo ser utilizados. Entretanto, a maioria das decisões afasta a possibilidade de justificação da prisão apenas em elementos abstratos, como aqueles ligados à garantia da ordem pública (clamor público, acautelamento social, credibilidade das instituições). Conclui ser imprescindível a demonstração concreta dos requisitos legais autorizadores da prisão e a imperatividade da verificação sobre a possibilidade da utilização de medidas alternativas à prisão cautelar, que têm sido bastante utilizadas.

A construção argumentativa da decisão deve organizar corretamente os elementos da linguagem (sintaxe), de forma com que as disposições legais estejam em consonância com o sistema. A relação entre as normas do Código de Processo Penal e das leis especiais e a Constituição deve ocorrer sem contradições. A justificação externa das decisões deve levar em conta o aspecto material (semântico). Nesse sentido, o teor da expressão "garantia da ordem pública", por exemplo, não pode abarcar os significados de gravidade abstrata do delito, clamor social, acautelamento do meio social, abalo social, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva.

Quanto à argumentação pragmática, esta vai envolver todos os elementos do caso concreto com o objetivo de estabelecer em que sentido uma medida se mostra como um meio adequado e como uma finalidade necessária para a proteção de um bem determinado. Aqui entram todas as circunstâncias em que foi cometido o crime, as condições do agente, a gravidade das medidas e a possibilidade de sua aplicação. Deve haver correlação entre a medida adotada e a finalidade pretendida.

É inadequada a medida que seja inapta a promover a finalidade exigida no caso concreto. Assim, nula será a proibição de frequentar determinados lugares ou de manter contato com determinadas pessoas que não estejam de alguma maneira ligados com o fato ou crime imputado, bem como a proibição de ausentar-se da Comarca sem que a proibição esteja de alguma maneira ligada com o fato, como em um trabalho inerente a viagens ou a suspensão do exercício de função pública ou de atividade financeira ou econômica quando o fato com elas não estiver relacionado, por exemplo.

A fundamentação das decisões não deve estar baseada em critérios abstratos, em conceitos indeterminados ou unicamente no paradoxo entre Segurança Pública e Liberdade Individual, nem deve fazer referência exclusivamente à ponderação abstrata de princípios ou apenas fazer menção à proporcionalidade e a razoabilidade, sem correlacioná-las com o caso concreto, demonstrando objetivamente sua incidência. Deverá ser considerada nula a fundamentação que apele para argumentos de ordem moral, de grau subjetivo ou discricionário,

exteriorizando na decisão tão somente a concepção pessoal do julgador sobre o caso, bem como aquela que não se baseie em dados objetivos relacionados, considerando tão somente premissas ou pressuposições de ordem abstrata e genérica. A decretação da prisão fundada na garantia da ordem pública também deverá ser considerada nula se estiver apoiada por argumentos como clamor público, acautelamento do meio social, abalo social, gravidade em abstrato do crime, preservação das instituições públicas, devendo-se demonstrar incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão para o caso de risco de reiteração delitiva. É preciso sempre levar em conta elementos lógicos para explicitar as deduções feitas na decisão.

A hipótese levantada, de que uma teoria da argumentação jurídica é um instrumento necessário para a aplicação do direito nas prisões cautelares, mostra-se, portanto, confirmada, sendo útil no combate à discricionariedade e à arbitrariedade, além de cumprir o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

A presente pesquisa optou por basear-se na definição de Direito como conceito interpretativo, conforme assevera Ronald Dworkin. Dessa maneira, entende-se o Direito como linguagem, sendo a interpretação fundamental para determinar seu significado. Para tanto, é necessário pressupor o caráter de prática argumentativa das decisões. Assim, os pressupostos teóricos da teoria da argumentação adequada às prisões cautelares aqui defendida encontram-se na teoria dworkiniana.

O modelo de argumentação jurídica proposto por esse trabalho está diretamente vinculado à filosofia da linguagem, entendendo-a como satisfatória para responder aos anseios buscados por esta pesquisa, tendo em vista que se mostra como alternativa à filosofia do Ser e à filosofia do conhecimento, possibilitando um novo modo de compreender o mundo. A percepção da pragmática e do modo como o sentido da linguagem é constantemente construído pelo Ser no mundo se mostra como algo essencial para lidar com decisões jurídicas, as quais estão atreladas aos fatos inseridos nos casos concretos e precisam buscar qual a melhor solução por meio da interpretação da linguagem. A pesquisa toma como possível a utilização do modelo proposto pelo Constructivismo lógico-semântico para aplicação do Direito, principalmente por estar baseado na filosofia da linguagem e por empregar os três níveis da linguagem (sintático, semântico e pragmático) em sua utilização. Entende-se como possível o uso complementar entre a hermenêutica filosófica e o Constructivismo lógico-semântico, tendo em vista que ambas as teorias dão primazia à linguagem para se determinar a interpretação correta.

Ao final do trabalho procurou-se demonstrar como deve ser uma teoria da argumentação jurídica adequada às prisões cautelares. Deve-se criar um círculo hermenêutico

na decisão, em que o intérprete da norma vai dialogar consigo mesmo e com o mundo, buscando a decisão que deve tomar. É fundamental levar em conta no momento da decisão tudo o que foi exposto durante o trabalho sobre Linguagem, Interpretação, Direito, Proporcionalidade e Prisões Cautelares. A argumentação jurídica deve atuar como justificadora da decisão encontrada pela hermenêutica e não como condição para encontrar (escolher) a decisão, pois o ato de argumentar também será interpretativo. Em um caso jurídico deve-se decidir argumentativamente e não escolher argumentativamente a resposta adequada ao caso. As razões porque aquela resposta dada é a correta deve constar na decisão, cumprindo o dever constitucional de fundamentação das decisões jurídicas.

Conclui-se pela necessária utilização da hermenêutica filosófica, dos três níveis da linguagem (sintática, semântica e pragmática) e da proporcionalidade pela decisão que trata sobre prisões cautelares, com a finalidade da preservação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código de Processo Penal de 12 de Setembro de 1950. *Strafprozeßordnung*. Disponivel em: < https://www.juris.de/jportal/index.jsp >. Acesso em: 20 fev. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Travisonno. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Direito, Razão e Discurso*: Estudos para a filosofia do Direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. La formula del peso. In: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Vol. 9(2): 136-150, maio-agosto 2017.Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2017.92.05.

ALVES, Marco Antônio Sousa. *O auditório universal de Chaïm Perelman*: a relação entre o universal e o particular. Trabalho apresentado no X Encontro Nacional de Filosofia da ANPOF, São Paulo, 2002. Disponível em: < http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898212/O_auditorio_universal_de_Chaim_Perelman_a_relacao_entre_o_universal_e_o_particular >. Acesso em: 05 jan. 17.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. M. da Gama Cury, Brasília: UnB, 1999.

_____. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho; Jean Voilquin; Goffredo Telles Júnior. Tecnoprint, 1969.

_____. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico.* Salvador, ano 1, n. 4, v. 1. jul./2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 01 jun. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408 , jan./dez. 2008.

BARRETO, Jupyra Vilela. O ser dos entes que vêm ao encontro no mundo circundante; uma análise do parágrafo 15 de Ser e Tempo de Martin Heidegger. *"Existência e Arte"- Revista Eletrônica do Grupo PET - Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei* – Ano IV - Número IV – janeiro a dezembro de 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da* Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. *Fragmentos de cultura – Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas da PUC-GO*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 195-206, abr./jun. 2013. ISSN 1983-7828.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOTELHO. Marcos César. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado do Instituto Brasiliense

de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre. Brasília, 2008.

BRANCO JUNIOR, Luiz Carlos. *A liberdade e os fundamentos da prisão cautelar*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Filosofia. São Paulo, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF: Senado. 1988.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa [...]. Brasília, 2017.

_____. *Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.

_____. *Lei nº 13.105/2016* - Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2016.

_____. *Ext 1254 QO*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00076 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 562-571.

_____. *HC 106446*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-0039.

_____. *HC 113829*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

_____. *HC 125555*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015.

_____. *HC 119376/MS*. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 05/11/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-235 divulg 28-11-2013 public 29-11-2013.

_____. *RHC 118034/DF*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/12/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico dje-035 divulg 19-02-2014 public 20-02-2014.

_____. *HC 117876 AgR/SC*. AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 08/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma.

_____. *HC 130636*, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.

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

_____. *HC 115613*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014.

_____. HC 109135, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014.

_____. *HC 91676*, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354.

_____. *HC 80719*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143.

_____. *HC 115786*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARNAP, Rudolf ; HAHN, Hans; NEURATH, Otto. A Concepção científica do mundo: O Círculo de Viena. *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*. Vol. 10. 1986.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. Algo sobre o Constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, P. de B. (Coord.). Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

CENCI, Ângelo Vitório. *A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso*. Tese de doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*: Comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiência por omisión o defecto. In: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *American Balancing and German Proportionality*: The historical origins. September 23, 2008. 8(2) I-Con: International Journal of Constitutional Law 263 (2010). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1272763 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1272763.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FEDATO, Matheus Arcangelo; SANTIN, Valter Foleto. Análise comparativa dos efeitos da lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 73-89, ago. 2017

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: a Constituição Penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Medidas Cautelares. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 224 – Julho 2011.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.* Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal*: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FLUSSER, Vilém. *A Escrita*: Há futuro para escrita?. Annablume: Coimbra, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O positivismo, "historiografia positivista" e História do Direito. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>. Acesso em: 21 dez. 2017.

FREIRE, Mariza Scheffer; SOBRINHO, Vilma Pereira; DA CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique. A Figura Feminina no contexto da Inquisição. *Educere et Educare – Revista de Educação.* Vol. I, nº 1, jan/jun. 2006. p. 53-58.

FUSARI, Lionara. Verdade contra o método: uma hermenêutica da hermenêutica filosófica gadameriana. In: *Anais da Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS, VII Edição*. Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *O devido Processo Penal*: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINBERG, Keila. Interpretação e direito natural. Análise do "Tratado de direito natural" de Tomas Antônio Gonzaga. *Revista de História Regional* 2(1), 1997, p. 43-68. Disponível em: < http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2025/1508 > Acesso em: 21 dez. 2017.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. Ainda (e enquanto for preciso) sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS*. Nº 86 - Julho – 2007. ISSN 1808-4435.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: ente facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia*: ente facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. *Ciência y técnica como "ideologia".* Madrid: Tecnos, 2007.

_____. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. V.1 (2008). ISSN 1984-1094.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura.* Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente*: uma releitura constitucional do direito penal. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *O que é Justiça?*: a Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001.

KLUTH, Winfried. *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*. Cuadernos de Derecho Público, núm.5 (septiembre-diciembre 1998).

KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 79-84, jan. 1991. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16155/14707>. Acesso em: 22 dez. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/%x.

_____; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, jan. a jun. de 2008. ISSN: 2359-5736.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Fundamentos do Processo Penal*: Introdução Crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O fundamento da existência do processo penal*: instrumentalidade garantista. 1998. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011.

MARANHÃO, Juliano Albuquerque. *Positivismo Jurídico Lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. V. III. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Ríofrio. Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 Nº1, pp. 283 - 309 [2016].

MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista.* São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MASSON, Cleber Rogério. Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº*

12.403/2011. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das decisões judiciais e a Prisão Preventiva*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do Título de Mestre em Direito. São Paulo, 2012.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. 2009. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?typePag=sobre&languageText=portugues-portugues>. Acesso em: 26 dez. 2017.

MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodvm, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. *Dworkin e a Construção de uma decisão hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. São Leopoldo, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > . Acesso em: 07 jun. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; DA COSTA; Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. *Na trilha da hermenêutica da Hans-Georg Gadamer:* giro linguístico-pragmático, hermenêutica filosófica e uma crítica ao subjetivismo na aplicação do direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

_____. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.* Disponível em: < *www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf* > . Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. *Direitos Humanos e Prisão Preventiva*: Manual de normas internacionais sobre prisão preventiva. Série de Formação Profissional n.º 03 [ACNUDH]. 1994.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2008. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748/10453>. Acesso em: 03 out. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v48i0.15748.

PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo*: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011.

PUGLIESE, William Soares. *A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Curitiba, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidade de la ponderación. In: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. (Coord.) Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

RABELO, Galvão. A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. *Boletim IBCCRIM* – Ano 19 – Nº 225 – Agosto 2011.

REMÉDIO, José Antonio. *Direito* Administrativo. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

RODRIGUES, Renê Chiquetti. *Uma investigação sobre a suposta superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).* Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROESLER, Ednilson José. *Justiça como integridade:* interlocuções entre Dworkin e Hegel. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Prisão cautelar: o suplício pósmoderno!. *Revista Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 179-190, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/103/103>. Acesso em: 27 jun. 2018.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: VV.AA. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do século).* São Paulo: Método, 2001.

_____. Os efeitos jurídicos da Prisão Cautelar: a Indenização por prisão injusta e a Detração Penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 2, n. 1, dez. 2014. ISSN 2358-1956. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52345/32189>. Acesso em: 13 abr. 2017.

SANTIN, Valter Foleto. Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares. In: *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva(Org). São Paulo: Edições APMP, 2011.

_____. CARACTERÍSTICA DE DIREITO OU INTERESSE DIFUSO DA SEGURANÇA PÚBLICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 29 out. 2018.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica*: arte e técnica de interpretação. Trad. Celso Reni Braida. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

SCOCUGLIA, Jovanka Baracuhey Cavalcanti. A hermenêutica de Wilhelm Dilthey e a reflexão epistemológica nas ciências humanas contemporâneas. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 249-281, jul./dez. 2002.

SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

_____. El principio de proporcionalidade en el Derecho procesal español. In: *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre. (p. 191-218). 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo***.** 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

STEIN, Ernildo. *Pensar e errar*: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011.

_____. *Anamnese*. A Filosofia e o retorno do reprimido. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Racionalidade e existência*: Uma introdução à filosofia. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Bem jurídico e Constituição***:*** da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004.

_____. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 25 dez. 2017.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Orgs. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck; José Luis Bolzan de Morais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Tôrres (Coord.). Barueri: Manole, 2005.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. Os (des)acertos do legislador na "positivação" das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603>. Acesso em: 20 mar. 2018.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

VAN DER BROOCKE, Alexandre. *Proibição da Proteção Deficiente*: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade – da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP: Jacarezinho, 2014.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2004.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*: definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA

Pesquisa de Jurisprudência

Expressão de busca: (PRISÃO CAUTELAR E PROPORCIONALIDADE)(@JULG >= 20110705)(@JULG <= 20181002)

HC 152752 / PR - PARANÁ	Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgado em: 04/04/2018 - Tribunal Pleno
ADC-MC 43 / DF - DISTRITO FEDERAL	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 05/10/2016 - Tribunal Pleno
HC 135250 / SP - SÃO PAULO	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 13/09/2016 - Segunda Turma
HC 124306 / RJ - RIO DE JANEIRO	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 09/08/2016 - Primeira Turma
ADI 5253 / BA - BAHIA	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 03/08/2016 - Tribunal Pleno
ADI 4861 / SC - SANTA CATARINA	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 03/08/2016 - Tribunal Pleno
ADI 5356 / MS - MATO GROSSO DO SUL	Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgado em: 03/08/2016 - Tribunal Pleno
ADI 3835 / MS - MATO GROSSO DO SUL	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 03/08/2016 - Tribunal Pleno
HC-AgR 125144 / CE - CEARÁ	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 31/05/2016 - Primeira Turma
HC 126704 / MG - MINAS GERAIS	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 03/05/2016 - Segunda Turma
HC 132233 / PR - PARANÁ	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 26/04/2016 - Segunda Turma
Inq 3983 / DF - DISTRITO FEDERAL	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 03/03/2016 - Tribunal Pleno
HC 126292 / SP - SÃO PAULO	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 17/02/2016 - Tribunal Pleno
ADPF-MC 378 / DF - DISTRITO FEDERAL	Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgado em: 17/12/2015 - Tribunal Pleno
HC 130636 / PR - PARANÁ	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 15/12/2015 - Segunda Turma
HC 129463 / MT - MATO GROSSO	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 29/09/2015 - Primeira Turma
ADPF-MC 347 / DF - DISTRITO FEDERAL	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 09/09/2015 - Tribunal Pleno
ADI 4792 / ES - ESPÍRITO SANTO	Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em: 12/02/2015 - Tribunal Pleno
HC 125555 / PR - PARANÁ	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 10/02/2015 - Segunda Turma
HC-AgR 118918 / MG - MINAS GERAIS	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 18/11/2014 - Primeira Turma
HC 123226 / PI - PIAUÍ	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 30/09/2014 - Primeira Turma
HC 118039 / MA - MARANHÃO	Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 17/12/2013 - Primeira Turma
RHC 118034 / DF - DISTRITO FEDERAL	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 03/12/2013 - Primeira Turma

RHC 118200 / **MS - MATO GROSSO DO SUL**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 12/11/2013 - Primeira Turma
HC 119376 / **MS - MATO GROSSO DO SUL**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 05/11/2013 - Primeira Turma
HC-AgR 117876 / **SC - SANTA CATARINA**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 08/10/2013 - Primeira Turma
RHC 116964 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgado em: 01/10/2013 - Primeira Turma
HC 117761 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgado em: 17/09/2013 - Segunda Turma
HC 115201 / **MA - MARANHÃO**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 03/09/2013 - Primeira Turma
HC 115786 / **MG - MINAS GERAIS**	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 06/08/2013 - Segunda Turma
HC 115613 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 25/06/2013 - Segunda Turma
HC-AgR 107823 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 18/06/2013 - Primeira Turma
HC 113829 / **BA - BAHIA**	Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 04/06/2013 - Primeira Turma
HC 109135 / **PI - PIAUÍ**	Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 14/05/2013 - Segunda Turma
HC 112731 / **RJ - RIO DE JANEIRO**	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 25/09/2012 - Segunda Turma
HC 104339 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgado em: 10/05/2012 - Tribunal Pleno
HC 108655 / **MG - MINAS GERAIS**	Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgado em: 06/03/2012 - Segunda Turma
HC 103362 / **PI - PIAUÍ**	Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 06/03/2012 - Segunda Turma
ADC 29 / **DF - DISTRITO FEDERAL**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 16/02/2012 - Tribunal Pleno
ADC 30 / **DF - DISTRITO FEDERAL**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 16/02/2012 - Tribunal Pleno
ADI 4578 / **AC - ACRE**	Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 16/02/2012 - Tribunal Pleno
HC 106446 / **SP - SÃO PAULO**	Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em: 20/09/2011 - Primeira Turma
Ext-QO 1254 / **ROMÊNIA**	Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgado em: 06/09/2011 - Segunda Turma