

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 9 – Números 32/33 – janeiro/dezembro 2010
Brasília-DF



Direito Penal, Processual Penal e Eleitoral

Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

Desconstruindo a ordem pública

Quando se reflete sobre a “ordem pública” como hipótese de cabimento da prisão preventiva (CPP, art. 312), o estudioso do assunto defronta-se com um sério problema hermenêutico, entre tantos outros. Tal problema refere-se à melhor conceituação que se pode atribuir a tal expressão. E quando se reflete sobre o ato de conceituar é preciso lembrar que todo conceito é uma metáfora, uma vez que é sempre a generalização de um evento singular e irreptível (NIETZSCHE, 2007, p. 9).

Aliás, entre o evento e a linguagem há sempre uma generalização ao quadrado. Há sempre dois abismos gnosiológicos entre o evento e o conceito (ADEODATO, 2009b, p. 212). O primeiro encontra-se entre o evento e o pensamento que este desperta no observador. E o segundo reside entre o pensamento e o uso da linguagem, que, como se sabe, se vale do uso de conceitos. Os conceitos, por sua vez, são metáforas da realidade que foi experimentada por meio do arsenal sensorial humano, com base nas quais se constitui a memória. Ah, a memória, esse arquivo de metáforas, cárcere do aprendizado (BRICMONT; SOKAL, 2006, p. 56) e depósito de culpas!

* Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo é Professor de direito penal da Universidade Salvador (UNIFACS), Professor de processo penal da Universidade Católica de Salvador e Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS.

Diante disso, é possível concluir que não há uma identificação entre conceitos e eventos (CÍCERO, 2005, p. 33). Conceitos são como máscaras; ao mesmo tempo em que escondem a individualidade do ator, auxiliam na representação de um personagem (FOUCAULT, 1992, p. 45). A individualidade do ator é a atuação do ser humano no teatro de sua existência. O personagem é um papel da peça da vida (LUHMANN, 2002, p. 23), escrita por um único roteirista, a linguagem (BLUMENBERG, 1999, p. 102), uma criança levada que joga dados com os signos, que brinca com o silêncio, que se vale dos gestos e abusa da imagem. Eis o que é a razão moderna, um milagre derivado da fé humana na linguagem (ADEODATO, 2009a, p. 27), a mais sofisticada das formas de controle. E, como ensina Ferraz Júnior (2002, p. 21), poder é controle.

Ciente desses esclarecimentos, a primeira recomendação que é cabível quanto ao uso da expressão *ordem pública* é que seja entoado pela doutrina o réquiem à ingenuidade. Não convém discutir qual seria, em tese, a melhor definição de tal expressão, uma vez que todo significante tem o seu significado determinado pelo intérprete diante das peculiaridades de cada caso e segundo os valores determinantes (ROSS, 1976, p. 31). Em suma, se o significante é semântico e sintático, todo significado é pragmático. Logo, discutir se a expressão *ordem pública* deve ser entendida como clamor público ou como prática de um crime de relevante gravidade (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 251), por exemplo, é inútil. Tal discussão só tem algum sentido para os adoradores da legalidade e os beatos da segurança jurídica, mas é preciso adverti-los: a credulidade é irmã da ingenuidade (NIETZSCHE, 2009, p. 24).

Ademais, é preciso anotar que a linguagem não é o produto de uma convenção racional humana em torno do emprego de alguns signos. Isso porque, se assim fosse, forçoso seria admitir que a razão

precede a linguagem, o que é, por óbvio, um absurdo lógico. Afinal, como é possível haver razão sem uma linguagem prévia que a constitua? Sendo assim, a origem da linguagem não se encontra em uma convenção, mas no instinto humano. E aqui, uma vez mais, é preciso invocar Nietzsche (2002, p. 44) e lembrar que o instinto humano é uma finalidade criada pelo próprio homem de forma inconsciente. Essa finalidade não é outra, senão a de sobrevivência. Em uma só palavra, a origem da linguagem se confunde com a necessidade de sobreviver do homem. Logo, a linguagem é tentativa inconsciente do homem de sobreviver em um mundo que lhe é inóspito e ao qual não se encontra adaptado.

A linguagem esconde consigo muitos outros mistérios (BLUMENBERG, 1999, p. 86). Um deles é a sua relação intrínseca com o tempo. De um lado, somos levados a pensar que o tempo é um produto da linguagem, uma vez que se trata de uma convenção racional humana. Entrementes, o ser humano, em um dado momento da história, não se sabe exatamente qual nem em que lugar, começou a constituir uma linguagem. Em outros termos, a linguagem é um acontecimento histórico, mas, por outro lado, a história é produto da linguagem (NIETZSCHE, 2007, p. 22). A linguagem surgiu no tempo, e o próprio tempo levou o homem a se esquecer da origem dela. Eis a teia na qual o bicho homem se encontra envolvido. Não sabe do que fala nem quando começou a falar, só sabe que fala e que precisa falar, ainda que não saiba, exatamente, se fala do mundo que o cerca ou, apenas e o tempo todo, de si próprio (BRICMONT; SOKAL, 2006, p. 62).

Esclarecida a natureza metafórica peculiar a todo conceito, logo se percebe que o conceito *ordem pública* pode ser desconstruído. Desconstruir não é destruir conceitos, mas reconstruí-los (DERRIDA, 2010, p. 37) de acordo com a singularidade do caso e dos valores envolvidos. Afinal, todo conceito é uma caricatura da

percepção (WITTGENSTEIN, 2005, p. 148). E a percepção, esse fenômeno que o processo penal nomina como prova, é sempre limitada. Como limitada é a compreensão humana sobre a singularidade do evento, pois o todo é demais para o ser humano (COUTINHO, 2002, p. 65). E o ser humano, em tempos de modernidade tardia (ou pós-modernidade), não é o super-herói racionalista de Descartes, mas o ser carente de Blumenberg (2004, p. 201). Assim falou Zaratrusta (NIETZSCHE, 2008, *passim*)!

Logo, o art. 312 não é uma norma, mas um texto de lei (SOBOTA, 1996, p. 129). E o texto de lei não se confunde com a norma, antes colabora de forma parcial com a sua produção. A norma é o fruto da relação dialética entre texto de lei, caso e valor (ADEODATO, 2009b, p. 214). Enquanto a lei é genérica, a norma é concreta. Enquanto a lei é declarada, a norma é construída. E, enquanto existir um seminarista doutrinado pela Escola de Exegese, haverá o desejo de que o processo penal busque uma verdade (real, formal, processual, ou seja, lá qual for...) e de que o intérprete alcance o espírito da norma, como se o processo hermenêutico fosse uma “lipoaspiração epistemológica” (STRECK, 2000, p. 152). Pobres fiéis!

Reconstruindo a prisão preventiva

Ora, se a expressão “ordem pública” não é norma, e se a norma não é uma entidade fantasmagórica errante possuída por um espírito obsessivo que precisa ser exorcizado pelo sacerdote intérprete, então, é possível reconstruí-la. Eis o ponto, é preciso reconstruir, em tempos de sociedade do espetáculo (DEBORD, 1997, p. 41), o conceito de “ordem pública”, de sorte a ajustá-lo à realidade social contemporânea (bem diferente daquela existente nos idos da década de 1940, quando o Código de Processo Penal vigente foi gestado) e a harmonizá-lo à

natureza cautelar da prisão preventiva. Em suma, reconstruir a “ordem pública” é salvaguardar a tão combatida presunção de inocência. Sempre tão proplada, nunca antes pela *média* tão questionada!

Reconstruir a “ordem pública” implica compreendê-la com os olhos de Orwell (2009, *passim*) e com a advertência de Foucault (2007, p. 89) inspirada em Bentham (2008, *passim*). Se é o “clamor publicado” que importa “ordem pública”, então, é a partir da lógica do *reality show* que esta expressão precisa ser reconstruída pelo processo penal contemporâneo. Isso porque, na sociedade do espetáculo, *a eloquência das imagens substituiu a sonolência das palavras. As relações sociais tornaram-se representações cênicas e os indivíduos foram substituídos por pessoas. E, como se sabe, ser pessoa é atuar* (HOBBS, 2003, p. 48) *segundo o enredo da cultura de massa estabelecido pelas modernas condições de produção. Em suma, quando o mundo real se tornou uma “república das imagens”, o processo penal se tornou um game show, e a sentença, uma mercadoria fast food* (BAUDRILLARD, 2008, p. 123), *os meios de comunicação de massa se transformaram em máquinas de alienação do indivíduo* (RAMONET, 2007, p. 46).

Ora, quando os meios de comunicação de massa foram alçados a tal condição, a média se tornou o “grande irmão” que tudo vê e a todos vigia. E, nesse instante, foi reconstruído o significado da expressão “ordem pública”. O clamor público, que antes justificava a decretação da prisão preventiva, tonar-se, então, motivo de manutenção da liberdade do acusado durante o curso do processo. Afinal, para que prender alguém que se encontra vigiado? Quando o inquérito policial se transformou em chamada de abertura do telejornal que vai ao “ar” em rede nacional, o modelo do panóptico foi reinventado, e o acusado, de desconhecido, se tornou celebridade. Para que prender alguém que já perdeu a liberdade?

Por conseguinte, quando as relações sociais se tornaram mais complexas, as instâncias informais de controle (a exemplo, a reli-

gião) se diluíram e o Direito experimentou uma “sobrecarga ética” (ADEODATO, 2009a, p. 31), o processo penal se viu obrigado a se adaptar a essa nova realidade. E, nesse contexto, a expressão “ordem pública” tornou-se *motivo de manutenção ou concessão da liberdade ao acusado* (CPP, art. 310, parágrafo único). Em outras palavras, a “ordem pública” transformou-se em hipótese de revogação da prisão preventiva, por ausência de qualquer “cautelaridade” (inexiste o *periculum libertatis*) e em respeito à preservação da presunção de inocência (princípio que determina a subsidiariedade do instituto da prisão provisória). Afinal, qual é a possibilidade de fuga para o acusado quando este tem o seu rosto mostrado, repetidas vezes, em todo o território nacional? Qual é o perigo que a “liberdade” do acusado traz ao processo, se ele já se encontra vigiado pelas câmeras e encarcerado pelos holofotes?

Se a expressão “ordem pública” não é um disfarce hermenêutico (DE MAN, 1996, p. 26) para transformar a prisão preventiva em medida de antecipação de pena, então, forçoso é convir que assista razão à tese aqui sufragada. Quando o processo penal se tornou a novela diária do “tele-expectador” alienado, o acusado se tornou o Cristo a ser crucificado. E ao acusado resta rogar aos céus e repetir as palavras do Messias dos cristãos: “Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem” (BÍBLIA SAGRADA, 1987, p. 289)!

Referências

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009b.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. [S.l.]: Lumen Juris, 2011.

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade do consumo*. Lisboa: Edições 70, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Tradução de Tomza Tadeu da Silva. São Paulo: Autêntica, 2008.
- BÍBLIA SAGRADA (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução de Antônio Pereira de Figueiredo. Notas de José Alberto de Castro Pinto. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.
- BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999.
- _____. *El mito y el concepto de realidad*. Madrid: Herder, 2004.
- BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. São Paulo: Record, 2006.
- CÍCERO, Marco Tulio. *Retórica à Herênio*. São Paulo: Hedra, 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Tito Cardoso. *Silêncio e comunicação: ensaio sobre uma retórica do não-dito*. Lisboa: Livros Horizonte, 2005.
- DE MAN, Paul. *Alegorias da leitura – Linguagem figurada em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo – Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

- FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Veja, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.
- LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Retórica*. Tradução de Tito Cardoso Cunha. Lisboa: Vega, 2002.
- _____. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.
- _____. *Assim falava Zaratustra*. Tradução de Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. *A genealogia da moral*. Tradução de Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009.
- ORWELL, George. *1984*. Tradução de Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- ROSS, Alf. *Tú-Tu*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2005.