

Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

Sumário

Desconstruindo a *ordem pública*; 2 Reconstruindo a prisão preventiva.

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, dentre 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 (Nietzsche), uma vez que é sempre uma generalização de um evento singular e irrepreável¹.

Aliás, entre o evento e a linguagem há sempre uma generalização ao quadrado. Há sempre dois abismos gnosiológicos que se colocam entre o evento e o conceito². O primeiro se encontra entre o evento e o pensamento que este desperta no observador. E o segundo, reside entre o pensamento e o uso da linguagem. Linguagem que, como se sabe, se vale do uso de conceitos. E os conceitos, por sua vez, são metáforas da realidade que foi experimentada por meio do arsenal sensorial humano, a partir dos quais se constitui a memória. Ah, a memória, esse arquivo

de metáforas, cárcere do aprendizado³ e depósito de culpas!

Diante disso, é possível concluir que não há uma identificação entre conceitos e eventos⁴. Conceitos são como máscaras, ao mesmo tempo em que escondem a individualidade do ator, auxiliam na representação de um personagem⁵. A individualidade do ator é a atuação do ser humano no teatro de sua existência. O personagem é um papel da peça da vida⁶. Esta peça escrita por um único roteirista, a linguagem⁷. Uma criança levada que joga dados com os signos⁸, que brinca com o silêncio⁹, que se vale dos gestos e abusa da imagem. Eis o que é a razão moderna, um milagre derivado da fé humana na linguagem¹⁰.

Ciente destes 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, vez que todo significativo tem o seu significado determinado pelo intérprete diante das peculiaridades de cada caso e segundo os valores determinantes¹¹. Em suma, se o significativo é semântico e sintático, todo significado é pragmático. Logo, discutir se a expressão *ordem*

*Mestre em Direito Público pela UFBA – Universidade Federal da Bahia – na Linha de Limites do Discurso com a dissertação: O ato de decisão judicial – uma irracionalidade disfarçada. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Professor de Direito Penal da Universidade Salvador – Unifacs; Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador – UCSAL; Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS. Autor do livro: AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal brasileiro: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 215 p. Área de dedicação e pesquisa: Direito Penal, Direito Processual Penal, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradutor: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 9.

² ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

³ BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas Intelectuais: O Abuso da Ciência pelos Filósofos Pós-Modernos*. São Paulo: Record, 2006, p. 56.

⁴ CÍCERO, Marco Tulio. *Retórica à Herênio*. São Paulo: Hedra, 2005, p. 33.

⁵ FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Veja Editora, 1992, p. 45.

⁶ LUHMAN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus Editora, 2002, p. 23.

⁷ BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999, p. 102.

⁸ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. No prelo, p. 193.

⁹ CUNHA, Tito Cardoso. *Silêncio e Comunicação: Ensaio sobre uma retórica do não-dito*. Lisboa: Livros Horizonte, 2005, p. 49.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

¹¹ ROSS, Alf. Tù-Tu. Tradutor: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, p. 31.

pública deve ser entendida como clamor público ou como a prática de um crime de relevante gravidade¹², por exemplo, é uma discussão 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 ingenuidade¹³.

Ademais, é preciso anotar que a linguagem não é o produto de uma convenção racional humana em torno do emprego de alguns signos. Isto porque, se assim fosse, forçoso seria admitir que a razão precede à 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, e lembrar que o instinto humano é uma finalidade criada pelo próprio homem de forma inconsciente¹⁴. 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 mistérios¹⁵. 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, 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 linguagem¹⁶. 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 próprio¹⁷.

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)¹⁸ de acordo com a singularidade do caso e dos valores envolvidos. Afinal, todo conceito é uma caricatura da percepção¹⁹. 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 (Jacinto Coutinho)²⁰. 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 Blumenberg²¹. Assim falou Zarathustra²²!

Logo, o art. 312 não é uma norma, mas um texto de lei (Sobota)²³. 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)²⁴. 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)²⁵. Pobres fiéis!

p. 62.

¹² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251.

¹³ NIETZSCHE, Friedrich. *A Genealogia da Moral*. Tradutor: Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 24.

¹⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Retórica*. Tradutor: Tito Cardoso Cunha. Lisboa: Vega, 2002, p. 44.

¹⁵ BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999, p.86.

¹⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradutor: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 22.

¹⁷ BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas Intelectuais: O Abuso da Ciência pelos Filósofos Pós-Modernos*. São Paulo: Record, 2006,

¹⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37.

¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 148.

²⁰ 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, p. 65.

²¹ BLUMENBERG, Hans. *El mito y el concepto de realidad*. Madrid: Herder, 2004, p. 201.

²² NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zarathustra*. Tradutor: Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2008, passim.

²³ SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito, 7. Tradutor: João Maurício Adeodato. Recife: Ed. Universitaria da UFPE, 1996, p. 129.

²⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 152.

2 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)²⁶, o conceito de *ordem pública*, de sorte a adequá-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 harmonizá-lo à natureza cautelar da prisão preventiva. Em suma, reconstruir a *ordem pública* é salvaguardar a tão combatida presunção de inocência. Sempre tão propalada, nunca antes pela *mídia* tão questionada!

Reconstruir a *ordem pública* implica compreendê-la com os olhos de Orwell (1984)²⁷ e com a advertência de Foucault²⁸ inspirada em Bentham²⁹. 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. Isto 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 (Hobbes)³⁰ 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)³¹, os meios de comunicação de massa se transformaram em máquinas de alienação do indivíduo (Ramonet)³².

Ora, quando os meios de comunicação de massa foram alçados a tal condição, a *mídia* se tornou o *grande irmão*, que tudo vê e a todos vigia. E, neste

instante, foi reconstruído o significado da expressão *ordem pública*. O clamor público que antes justificava a decretação a 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 inquirido 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 religião) se diluíram e o Direito experimentou uma *sobrecarga ética* (Adeodato)³³, o Processo Penal se viu obrigado a se adaptar a essa nova realidade. E, neste 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)³⁴ para transformar a prisão preventiva em medida de antecipação de pena, então, força é convir que assista razão à tese aqui sufragada. Quando o Processo Penal se tornou a novela diária do telespectador 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, perdoai-lhes, porque não sabem o que fazem*³⁵!

²⁶ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo* – Comentários sobre a sociedade do espetáculo. São Paulo: Contraponto Editora, 1997, p. 71.

²⁷ ORWELL, George. 1984. Tradutores: Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, *passim*.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 89.

²⁹ BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Tradutor: Tomza Tadeu da Silva. São Paulo: Autêntica, 2008, *passim*.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradutor: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

³¹ BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade do Consumo*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 123.

³² RAMONET, Ignacio. *A Tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 46.

³³ ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

³⁴ DE MAN, Paul. *Alegorias da leitura* – Linguagem figurada em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 26.

³⁵ DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução: Antônio Pereira de Figueiredo, notas de José Alberto de Castro Pinto. Rio de Janeiro: Encyclopedia Britanica, 1987, p. 289.