PREFÁCIO

A PRISÃO EM FLAGRANTE NA CONSTITUIÇÃO - 2007

Quinta-Feira, 6 de Agosto de 2020 18:04:27

A prisão em flagrante na Constituição

Marcelo Cardozo da Silva



Editora
Verbo Jurídico

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTOR: Marcelo Cardozo da Silva

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

DISPONÍVEL EM: https://www.researchgate.net/publication/304828073_A_prisao_em_flagrante_na_Constituicao

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 206 páginas, 2007

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

PREFÁCIO

A liberdade da pessoa fez parte desde o início dos direitos do homem. Isso é certificado pela petição de direitos, de 1632, pelo ato do habeas corpus de Carlos II, de 1679, pela declaração de direitos de Virgínia, de 1776, pelo artigo 7 e 9 da declaração dos direitos do homem e do cidadão da assembléia nacional francesa, de 1789. Como direito fundamental, ela encontra a sua proteção jurídico-constitucional no artigo 2, alínea 2, frase 2, da lei fundamental,[1] de 1949, e no artigo 5, inciso XV, da constituição federal,l[2] de 1988. No plano internacional, ela está prescrita no artigo 5 da convenção européia para a proteção dos direitos do homem e liberdades fundamentais, de 1950.[3] Cada um possui como cunhagem da dignidade humana[4] uma pretensão jurídica original de consideração e asseguramento de sua liberdade pessoal perante domínio público, especialmente, estatal, mas também perante forças sociais.

O exposto permite colocar algumas questões, e precisamente, em dois planos: no da hermenêutica e no do discurso jurídico.

---

[1] Artigo 2, alínea 2, da lei fundamental: „Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos poderá somente com base em uma lei ser intervindo." Esse artigo é complementado pelo artigo 104, da lei fundamental, impresso em: HECK, Luís Afonso (tradutor). *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006. Este artigo, por sua vez, é equiparado aos artigos de entrada da lei fundamental, nos quais estão situados os direitos fundamentais. Ver sobre isso HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, página 225, número de margem 277. Sobre este artigo, por fim, ver HECK, L. A. *As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão*, in: Revista Jurídica, ano 54, n. 340, fevereiro de 2006, página 97 e seguintes.

[2] Artigo 5, alínea XV, da constituição federal: „é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens."

[3] Se se compara o artigo 1, alínea 2, da lei fundamental [O povo alemão professa-se, por isso, por direitos do homem invioláveis e inalienáveis como fundamento de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.], com o artigo 5, § 3, da constituição federal [Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.], por um lado, e por outro, o artigo 1, alínea 3, da lei fundamental [Os direitos fundamentais que seguem vinculam dação de leis, poder executivo e jurisdição como direito imediatamente vigente.], com o artigo 5, § 1, da constituição federal [As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.], juntamente com o artigo 1, alínea 1, da lei fundamental [A dignidade da pessoa é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal], e o artigo 1, inciso III, da constituição federal [a dignidade da pessoa humana], então se mostra nisso que a constituição federal, também no decorrer de sua existência, colocou-se ao lado das constituições que tomam como base uma concepção de ordem fundamental democrático-liberal.

[4] Nessa conexão deve ser citado Kant: „A humanidade mesma é uma dignidade; porque o homem de nenhum homem (nem de outros, nem até de si mesmo) pode ser empregado meramente como meio, mas deve, a qualquer hora, simultaneamente, como finalidade, e nisso consiste, precisamente, sua dignidade (a personalidade), por isso ele é superior a todos os outros seres do mundo, que não são homens e, pois, podem ser empregados, portanto, a todas as coisas" (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Zweiter Teil. Hamburg: Meiner, 1990, S. 110). Ademais, „No reino das finalidades tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. O que tem um preço, em seu lugar pode também algo diferente como *equivalente* ser fixado; o que, ao contrário, é superior a todo preço, portanto, nenhum equivalente permite, isso tem uma dignidade" (KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 7. Aufl. Hamburg: Meiner, 1994, S. 58, pontuação no original).

1. Plano da hermenêutica

Aqui interessa a seguinte questão: toda suspensão de juízos, mas, portanto, e tanto mais, a de pré-juízos, tem, visto logicamente, a estrutura da pergunta.[5] Isso aponta, em continuidade, para dois pontos.

1.1 A primazia hermenêutica da questão[6]

Na essência da questão reside que ela tem um sentido. Sentido é, porém, sentido de direção. O sentido da questão é, portanto, a direção na qual a resposta somente se pode realizar, se ela quer ser resposta cheia de sentido, conforme o sentido.

O oblíquo de uma questão consiste nisto, que a questão não observa um sentido de direção real e, por isso, não possibilita uma resposta. Semelhante nós dizemos de afirmações, que não são totalmente falsas, mas também não corretas, que elas são oblíquas.

À medida que a questão põe no aberto, ela sempre abrange ambos, tanto o julgado no sim como o no não. Nisso baseia-se a relação essencial entre questionar e saber. Porque representa a essência do saber, não só apreciar algo corretamente, mas, equiparado com isso, e do mesmo fundamento, excluir o incorreto. A decisão da questão é o caminho para o saber. Pelo que uma questão é decidida, é o preponderar dos fundamentos a favor de uma possibilidade e contra a outra.

Platão mostra em suas apresentações inesquecíveis em que consiste a dificuldade de saber o que não se sabe. É o poder da opinião, contra a qual a confissão do não-saber é tão difícil de obter. Opinião é aquilo que reprime o questionar.

Conduzir uma conversa significa pôr-se sob a condução da matéria, à qual os parceiros de conversa estão dirigidos. Conduzir uma conversa pede não argumentar abaixo o outro, mas, ao contrário, considerar realmente o peso material da outra opinião. Ela é, por isso, uma arte do provar. A arte do provar é, porém, a arte do questionar. Porque nós vimos: questionar significa expor e pôr no aberto.

---

[5] GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 304. Versão portuguesa: *Verdade e método*. 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, página 396. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini.

[6] Ver para isso e para o que segue, GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 368 ff.; página 473 e seguintes.

1.2 Hermenêutica jurídica[7]

A pertença do intérprete a um texto é como a pertença do ponto visual à perspectiva dada em uma imagem. Não se trata disto, que se deve procurar e ocupar esse ponto visual como um lugar, mas que, aquele que entende, não escolhe arbitrariamente o seu ponto de vista, mas encontra o seu lugar dado. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule de modo igual todas as partes da comunidade jurídica. Onde isso não é o caso, onde, por exemplo, como no absolutismo, a vontade do soberano absoluto está acima da lei, não pode haver nenhuma hermenêutica, uma vez que um soberano pode explicar suas palavras também contra as regras da interpretação comum. Porque lá a tarefa, sim, de modo algum, está colocada, interpretar a lei de modo que no sentido jurídico da lei o caso concreto é decidido justamente. A vontade, não vinculada pela lei, do monarca pode, pelo contrário, produzir aquilo que lhe parece *justo*, sem consideração à lei, e isso quer dizer, *sem o esforço da interpretação*. A tarefa do entender e do interpretar existe precisamente só lá onde algo está assim fixado que ele, como o fixado, é não-anulável e vinculativo.

A tarefa da interpretação é a da *concretização da lei* no caso respectivo, portanto, a tarefa da *aplicação*. A prestação produtiva do complemento do direito, que ocorre com isso, é certamente reservada ao juiz que, porém, rigorosamente está sob a lei como cada outra parte da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica reside que a sentença do juiz não resulta de um arbítrio imprevisível, mas da ponderação justa do todo. A tal ponderação justa está em condições cada um, que se aprofundou na plena concreção da situação fática. Por isso mesmo, em um estado de direito existe certeza jurídica. Pode-se, segundo a idéia, saber onde se está. Cada advogado e assessor tem a possibilidade fundamental de assessorar corretamente, isto é, predizer corretamente a decisão judicial em virtude das leis existentes. A tarefa da concretização não consiste, certamente, em um mero conhecimento dos parágrafos. Deve-se, naturalmente, também conhecer a jurisprudência, se se quer apreciar juridicamente o caso dado, e todos os elementos que determinam a mesma. Mas nenhuma outra pertença à lei é aqui exigida que precisamente esta, que o ordenamento jurídico é reconhecido como válido para cada um, que, portanto, não existe ninguém excetuado dela. É, por isso, fundamentalmente, sempre possível compreender o ordenamento jurídico como tal e isso significa assimilar dogmaticamente cada complemento do direito ocorrido. Entre hermenêutica jurídica e dogmática jurídica existe, portanto, uma relação de essência, na

[7] Ver para isso e para o que segue, GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 330 ff., pontuação no original; página 426 e seguintes.

qual a hermenêutica tem a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita pela qual cada sentença tornar-se-ia um mero ato de subsunção é insustentável.

A história da hermenêutica mostra como a interrogação de textos é determinada por uma pré-compreensão extremamente concreta.[8]

Nós podemos, assim, realçar como o verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica, que na interpretação o sentido a ser compreendido primeiro se concretiza e consuma, mas que, não obstante, essa ação interpretadora segue completamente vinculada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo vê na tarefa da aplicação uma liberdade perante o texto.[9]

Interpretar se precisa lá onde o sentido de um texto não se deixa entender imediatamente.

O sentido de aplicação, que existe em todas as formas do entender, agora se esclareceu. Aplicação não é uma aplicação posterior de algo dado geral, que inicialmente foi entendido em si, a um caso concreto, mas é primeiro a compreensão real do próprio geral, que o texto dado é para nós.

2. Plano do discurso jurídico

Trata-se, aqui, por um lado, do modelo de norma, isto é, o semântico, e, por outro, da argumentação jurídica.

2.1 O conceito de norma semântica[10]

Esse conceito parte da distinção entre norma e proposição normativa. Uma proposição normativa é uma proposição pela qual, por exemplo, é expresso um direito fundamental. Uma norma é a expressão daquilo que é fixado pela proposição. Dito de outro modo: uma norma é o significado de uma proposição normativa. Se se pergunta, agora, em que plano devem ser procurados critérios para a identificação de normas, então a resposta diz:

---

[8] Expresso de outra forma, o agente deve ver a situação concreta na luz daquilo que dele, em geral, é pedido. Mas isso quer dizer, negativamente, que um saber, em geral, que não se sabe aplicar na situação concreta permanece sem sentido, sim, ameaça obscurecer .as exigências concretas que partem da situação (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 318; página 412 e seguinte).

[9] Ser interpretação da vontade legal, interpretação da promessa divina, isso notoriamente não são formas de domínio, mas de serviço. No serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações que incluem aplicação (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 316; página 411). Ademais: o sentido da lei, que se comprova em sua aplicação normativa, não é, em princípio, de outra forma como o sentido do objeto, que se faz valer no entender de um texto (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 316; página 410).

[10] Ver para isso e para o que segue, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 42 ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 50 e seguintes. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

não no plano da proposição normativa, mas no da norma. Tal critério deixa-se formular com o auxílio das modalidades deônticas, ou seja, as modalidades fundamentais deônticas da ordenação, da proibição e da permissão.[11] Isso leva, por sua vez, à teoria da argumentação jurídica.

2.2 Teoria da argumentação jurídica[12]

A questão sobre a segurança do fundamentar jurídico-fundamental formula somente um aspecto do problema geral, se a ciência do direito dispõe de critérios e regras que permitem distinguir fundamentações jurídicas corretas e falsas. Responder a isso é tarefa da teoria da argumentação jurídica.[13] Aqui, deve tratar-se dos problemas particulares da argumentação *jurídico-fundamental*.

Ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que no fundamentar jurídico, em último lugar, sempre se trata de questões práticas, portanto, disto, o que é ordenado, proibido ou permitido. Em todos os casos mais ou menos problemáticos valorações são necessárias, que não se deixam desprender coercitivamente do material dado, fundado em autoridade. A racionalidade do discurso jurídico depende, com isso, essencialmente disto, se e em qual proporção essas valorações adicionais são suscetíveis de um controle racional.

A questão sobre a racionalidade do fundamentar jurídico leva, assim, à questão sobre a fundamentabilidade geral de sentenças práticas gerais ou morais. A discussão dessa questão foi longamente prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições fundamentais, que se apresentam em variantes sempre novas, de posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas, por um lado, e posições objetivistas,

---

[11] Uma outra fortidão do conceito de norma semântica consiste nisto, que ele não só é compatível com teorias de validez de tipo mais diferentes, mas também é pressuposto por elas. Sob uma teoria de validez deve ser entendida uma teoria que oferece critérios para isto, quando uma norma vale. A estrutura formal do núcleo das teorias de validez diferentes pode ser exposta do modo seguinte: se para uma norma *N* são exatos os critérios K_1, ..., K_n, então *N* vale. Conforme o tipo de critérios deixam-se distinguir tipos diferentes de teorias de validez. À medida que fatos sociais, por exemplo, o cumprimento regular, unidos com o sentimento da vinculação ou a alternativa de cumprimento e sancionamento do não-cumprimento são citados, trata-se de uma teoria de validez *sociológica*. À medida que é mencionada a fixação por uma autoridade autorizada para isso por uma norma de grau superior, deve ser falado de uma »*teoria de validez jurídica*«. À medida que um fundamento moral, por exemplo, uma »lei natural«, é considerada como fundamento de validez, existe uma teoria de validez *ética*. Deve ser notado somente que o conceito de norma semântica não pressupõe ou exclui nenhuma dessas teorias (Ver ALEXY, R. (nota 10), S. 49 f., pontuação no original; página 57 e seguinte).

[12] Ver para isso e para o que segue, ALEXY, R. (nota 10), S. 498 f., pontuação no original; página 529 e seguinte.

[13] Ver para isso ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atiensa e Isabel Espejo; o mesmo, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: o mesmo, *Recht, Diskurs, Vernunft: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 94 ff. Versão portuguesa: *Direito, discurso, razão: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck (no prelo).

absolutistas e/ou racionalistas, por outro. Para uma tal postura-tudo-ou-nada, contudo, não existe motivo. A discussão ética mais recente, que metodologicamente essencialmente está influenciada pela lógica moderna, filosofia do idioma, teoria da argumentação, da decisão e da ciência e quanto ao conteúdo orientada fortemente por idéias kantianas, mostrou que teorias morais *materiais*, que a cada questão moral dão rigorosamente uma resposta com certeza coercitiva intersubjetivamente, sem dúvida, não são possíveis, que, porém, teorais morais *procedimentais* são possíveis, que formulam regras ou condições do argumentar prático racional. Uma versão particularmente prometedora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional.[14]

Essas questões estão em conexão com as que compõem o fio vermelho que perpassa este trabalho de Marcelo Cardozo da Silva. Ele foi defendido como dissertação de mestrado na UFRGS diante da banca examinadora composta pelos professores Ângelo Roberto Ilha da Silva, Odone Sanguiné, René Ariel Dotti e Luís Afonso Heck. Ele alcançou a nota máxima. No capítulo primeiro, ele trata das regras e dos princípios: do preceito da proporcionalidade, no segundo, do regime constitucional da prisão em flagrante, no terceiro, das normas paramétricas para a verificação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante, no quarto, as garantias constitucionais instituídas por regras na prisão em flagrante e, no quinto, as garantias constitucionais instituídas por princípios na prisão em flagrante. A isso antecede uma introdução e segue uma conclusão. O mérito deste trabalho está, por um lado, em ter situado a prisão em flagrante em perspectiva jurídico-constitucional, isto é, no âmbito dos direitos fundamentais, e, por outro, em ter trabalhado, por exemplo, a ordem pública e a segurança pública, como bens coletivos, ou seja, relacionadas a princípios e, portanto, suscetíveis à *ponderação* e de *argumentação* e não como critério normativo, ou seja, como „aferição de conduta", que serve à *subsunção*.

Porto Alegre, inverno de 2006
Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

[14] Ver para isso ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 219 ff.; página 173 e seguintes.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |