

Prisão Preventiva, Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais, Ativismo Judicial e Respeito aos Precedentes: Estudo de Casos do Superior Tribunal de Justiça

Preventive Detention, Duty to Justify Judicial Decisions, Judicial Activism and Respect for Precedents: Case Studies of the Superior Court of Justice

LARISSA BRAGA COSTA DE OLIVEIRA LIMA¹

Universidade de Fortaleza (Unifor). Fortaleza (CE). Brasil.

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO²

Universidade de Fortaleza (Unifor). Fortaleza (CE). Brasil.

EDUARDO ROCHA DIAS³

Universidade de Fortaleza (Unifor). Fortaleza (CE). Brasil.

RESUMO: O Poder Judiciário tem tomado parte nas discussões e deliberações acerca de temas que, prioritariamente, deveriam ser discutidos e definidos pelos demais Poderes da República, gerando questionamentos acerca dos limites da separação entre os Poderes. Essa situação aumenta sua exposição às críticas e lhe exige maior ônus argumentativo, no sentido de justificar racionalmente as decisões. Neste artigo, toma-se como premissa a ideia de que o Poder Judiciário, especialmente os tribunais superiores, tem legitimidade constitucional para determinar a implementação de direitos fundamentais diante de omissões inconstitucionais dos demais Poderes. O escopo primordial consiste em avaliar se as decisões dos Tribunais Superiores sobre a possibilidade de decretação de prisão preventiva, após a edição da Lei nº 13.964/2019, observam o sistema de precedentes e se está presente o ativismo judicial na interpretação e aplicação da lei. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental do tipo pura. No tocante à abordagem, a pesquisa é do tipo qualitativa. E, por fim, quanto aos objetivos, cuida-se de pesquisa descritiva e exploratória. A escolha metodológica permite comparar a posição da doutrina e da jurisprudência sobre os limites da atividade do julgador. Foi feito um cotejo analítico entre as razões de decidir no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO e no Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 648.107/ES, ambos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais versam sobre prisão preventiva. Busca-se demonstrar que a inobservância do sistema de precedentes, aliada ao forte ativismo judicial, causa insegurança jurídica, além de afrontar o próprio Estado Democrático de Direito.

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4418-481X>.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>.

3 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes; hermenêutica; decisão judicial; precedentes; ativismo judicial; prisão preventiva.

ABSTRACT: The Judiciary has taken part in the discussions and deliberations on topics that, as a matter of priority, should be discussed and defined by the other Powers of the Republic, generating questions about the limits of the separation of Powers. This situation increases their exposure to criticism and demands a greater argumentative burden, in the sense of rationally justifying decisions. This article takes as a premise the idea that the Judiciary, especially the Higher Courts, have constitutional legitimacy to determine the implementation of fundamental rights, in the face of unconstitutional omissions by the other State branches. The primary scope is to assess whether the decisions of the Superior Courts on the possibility of ordering preventive detention, after the enactment of Law n. 13.964/2019, observe the system of precedents and whether judicial activism is present in the interpretation and application of the law. Pure bibliographic and documental research is used. Regarding the approach, the research is qualitative. And, finally, regarding the objectives, descriptive and exploratory research is carried out. The methodological choice allows comparing the position of doctrine and jurisprudence on the limits of the judge's activity. An analytical comparison was made between the reasons for deciding in the Ordinary Appeal in Habeas Corpus n. 131.263/GO and "Agravo Regimental" in Habeas Corpus n. 648.107/ES, both judged by the Superior Court of Justice, which deal with preventive detention. It seeks to demonstrate that non-compliance with the system of precedents combined with strong judicial activism cause legal uncertainty, in addition to being an affront to the Rule of Law itself.

KEYWORDS: Separation of Powers; hermeneutics; judicial rulings; precedents; preventive detention; judicial activism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentação das decisões judiciais e hermenêutica; 2 Argumentação jurídica; 3 Precedentes; 4 A Lei nº 13.964/2019 e a decretação da prisão preventiva; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Conquanto seja sempre relevante, perde-se no tempo a discussão sobre a relação entre a separação de poderes do Estado e a atuação dos juízes, especialmente quando o foco do debate se centra na determinação ou na intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas ou em deliberações legislativas. Essa questão tem tomado o espaço público, desde a Academia até a sociedade civil (associações de classe, agremiações políticas e religiosas, por exemplo), passando pelo parlamento e pela crítica dos governantes. Responder quais os limites da atividade judicante e qual foi o caminho adotado para a tomada de decisão deixou de interessar apenas a certo grupo de pessoas e passou a ser um debate popular, o que pode ser explicado por múltiplas razões.

Uma delas pode ser encontrada no fato de que o Supremo Tribunal Federal (STF), em um volume bastante expressivo de casos, tem sido chamado diretamente a arbitrar conflitos que envolvem interesses coletivos *lato sensu*, através da jurisdição objetiva, veiculada por meio das ações diretas de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental. Questões como a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de abortos de fetos anencefálicos e a discussão sobre a recepção da Lei de Imprensa foram acompanhadas muito de perto pela população, o que demonstra interesse social relevante sobre os temas em julgamento.

O acesso à informação, decorrente da transmissão simultânea dos julgamentos do STF, fez com que a sociedade acompanhasse o dia a dia das sessões da Corte e quem são seus integrantes, trouxe o interesse de saber como são tomadas as decisões, além de haver, até mesmo, certa expectativa coletiva sobre quando e como certo assunto chegará ao Tribunal e qual será a decisão a ser tomada. A imprensa, tanto de modo geral quanto aquela especializada em cobrir o trabalho dos integrantes do STF, chega, muitas vezes, a especular (quase sempre com apreciável margem de acerto) o placar dos julgamentos, indicando como cada ministro irá votar, a partir de temas similares já apreciados.

As decisões do STF – assim como toda e qualquer decisão judicial – não são imunes à crítica, especialmente pelos fatores extrajurídicos que são levados em consideração no processo decisório. Entretanto, é preciso ter em mente que “a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência de fatores políticos no desempenho de seu mister” (BINENBOJM, 2014, p. 62). Sendo indiscutível que não somente aspectos jurídicos influenciam as decisões judiciais do STF, é de se registrar que parte dessas críticas vem do fato de os juízes não comporem um segmento de poder estatal que passa pelo crivo temporal da sociedade, por meio de eleições periódicas.

É comum que se argua o fato de os juízes não serem eleitos como fundamento para críticas contra decisões que interferem em atos da Administração Pública ou em atos oriundos do Poder Legislativo (WALDRON, 2006). Por não ocuparem cargos eletivos, seria indevido que os Magistrados avançassem sobre certos temas ou ultrapassassem limites que seriam próprios de outros Poderes. Todavia, a forma de escolha dos Magistrados, de todos os graus e instâncias, tem assento na mesma Constituição da República Federativa do Brasil (CF) que prevê as eleições para os ocupantes dos demais Poderes do Estado. Portanto, sob essa perspectiva estrita, de caráter formal, as objeções às decisões judiciais não são procedentes.

Já sobre a forma de deliberação e o conteúdo de certas decisões judiciais, não somente do STF, é possível tecer diversas considerações relevantes e que guardam procedência, diante da perplexidade causada pela não observância de certos ritos institucionais ou da questionável fundamentação utilizada. Parte-se da premissa de que o Poder Judiciário, em casos excepcionais, pode determinar a adoção de políticas públicas quando os direitos envolvidos têm base constitucional e há omissão dos demais poderes estatais, consoante a jurisprudência do STF⁴.

O ponto que se destaca no presente estudo é a questão da fundamentação da decisão judicial e do ônus argumentativo que pende sobre o julgador, sob a perspectiva hermenêutica e do respeito aos precedentes judiciais, no âmbito da colegialidade, especificamente sobre a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental do tipo pura, vez que se baseia em estudos de doutrina, artigos, leis e decisões judiciais sobre o tema. No tocante à abordagem, a pesquisa é do tipo qualitativa, vez que traz reflexão sobre ações humanas e sociais. E, por fim, quanto aos objetivos, cuida-se de pesquisa descritiva e exploratória.

O artigo está dividido em quatro partes. O primeiro tópico versa sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais como corolário do próprio Estado Democrático de Direito, para que se tenha conhecimento acerca das razões de decidir e não haja arbitrariedades e decisionismo. No segundo ponto, destaca-se o papel da argumentação jurídica no processo de justificação da decisão judicial. No terceiro tópico, é abordada a questão dos

4 “Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (BRASIL, 2005)

precedentes como fonte do direito e o *stare decisis*. Finalmente, no quarto tópico, será feito um estudo de caso, com base na Lei nº 13.964/2019 (que alterou a legislação penal e processual penal), trazendo como parâmetro a decisão proferida no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a posterior deliberação contida no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 648.107/ES, apreciado pela 5ª Turma do mesmo Tribunal, nos quais se decidiu acerca da prisão preventiva decretada de ofício e sua legalidade, diante das alterações recentes do Código de Processo Penal (CPP).

Pretende-se, portanto, discutir o papel do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito, como garante dos direitos fundamentais e do regime democrático. Nessa perspectiva, busca-se averiguar se o processo decisório respeita os limites impostos pelo legislador ou se há prática voluntarista que caracteriza decisionismo judicial, típico de uma postura ativista que cria um Direito de acordo com a vontade do decisor.

Por meio da análise dos votos proferidos nos *Habeas Corpus* nºs 131.263/GO e 648.107/ES, ambos do STJ, foi possível verificar posições antagônicas na aplicação da Lei nº 13.694/2019, assim como inobservância de precedente do STF, com nítida adoção de postura ativista, à medida que criada, judicialmente, cláusula de exceção incidente sobre regras legais acerca dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E HERMENÊUTICA

A fundamentação das decisões judiciais pode ser observada sob duplice vertente: um dever fundamental do Estado que presta a jurisdição e uma garantia do jurisdicionado e da sociedade. Isso se justifica porque, por meio do conhecimento das razões declinadas na decisão, é possível, de acordo com Canotilho (2003), o

- (1) controlo da administração da justiça;
- (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e a abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes e
- (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (CANOTILHO, 2003, p. 667)

Nesse contexto, “[...] o método subsuntivo deu lugar a um Judiciário protagonista e ativo, mas não se pode pressupor que o julgador tenha ‘carta

branca' para julgar como entende de acordo com seus valores internos" (KREPSKY; DIAS; SÁ, 2021, p. 242).

O afastamento do voluntarismo e a exigência de racionalidade e coerência nas decisões judiciais decorrem da expectativa de previsibilidade e estabilidade (segurança jurídica), tendo-se presente que "a função criadora do Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes" (KELSEN, 2020, p. 279).

Entre nós, como uma das expressões do Estado Democrático de Direito, há garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da CF), como forma de combater arbitrariedades e decisionismos. Entre as múltiplas possibilidades apresentadas ao decisor, diante da indeterminação do texto da norma, ele deve expor as razões de fato e direito que o fizeram eleger determinada solução para o conflito.

Como aspectos da garantia da fundamentação das decisões judiciais, menciona-se o direito de a parte ter suas razões apreciadas pelo julgador com isenção de ânimo (na perspectiva de reduzir os efeitos das preconceções) e consideradas, ademais, de forma séria e detalhada. Esse dever/garantia da fundamentação da decisão decorre do fato de a ordem jurídica não conseguir prever todas as possibilidades que demandam a sua aplicação. E é a fundamentação que pode assegurar que os casos não serão decididos de forma aleatória.

Existe uma relação de subordinação entre Constituição, lei e sentença judicial que, porém, nunca é completa. De acordo com Kelsen (2020, p. 388-390), ao aplicador do Direito sempre resta uma margem variável de livre apreciação, dentro da qual se desloca no "quadro ou moldura a preencher", sendo "conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura". Tal margem de indeterminação da norma geral, entretanto, abre a possibilidade para o decisionismo, qualificado como o exercício de juízos arbitrários, pelos Magistrados, para o preenchimento dos aspectos não previstos pelo legislador. Exemplo desse fenômeno ocorre quando se deixa de considerar o teor dos dispositivos normativos aplicáveis, ou quando não se apresentam argumentos adequados para se chegar à conclusão apontada como correta.

A margem de criação do Direito pelo legislador é mais ampla que aquela conferida ao juiz, o qual não se limita a anunciar a vontade do le-

gislador, não se podendo perder de vista, entretanto, que, “com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador [...]” (MAXIMILIANO, 2003, p. 25). Na atividade jurisdicional que cria o Direito, há a conjugação de ato cognitivo (dentro das possibilidades da moldura normativa) e ato volitivo (expressão da escolha dessas mesmas possibilidades), sobressaindo o último, que encontra limites por meio dos métodos de interpretação do texto normativo. Por isso, cada vez mais se faz necessária uma teoria da decisão judicial capaz de controlar o processo de interpretação e aplicação do Direito na esfera judicial, especialmente diante do protagonismo crescente dos juízes, que avulta quanto maior for a inércia na produção das regras jurídicas pelo legislador.

Essa relação desproporcional entre as atividades judicante e legislativa, em certa medida, faz crescer questionamentos sobre a legitimidade democrática de algumas decisões judiciais, por conta do nítido avanço sobre os limites impostos pelos atos normativos, editados segundo as opções políticas do parlamento. O desrespeito a esses limites é o que caracteriza o ativismo judicial (constitucionalismo principialista), ao qual se contrapõe o garantismo (constitucionalismo garantista), que tem por objeto de estudo a tensão constante entre liberdade e poder⁵.

Fixado que o ato criador do Direito pelo julgador é, também, ato de vontade, que se conjuga ao ato de cognição, a hermenêutica confere ao intérprete “segurança com relação aos parâmetros necessários para guiá-lo em suas deliberações e decisões, sobretudo, com relação às decisões que precisam ser fundamentadas e justificadas a outros indivíduos” (BEZERRA NETO, 2018, p. 135).

Segundo Andrade (2016, p. 101), a hermenêutica sistematiza e desenvolve os métodos interpretativos, de modo que não há como tomar como sinônimas as expressões “hermenêutica” e “interpretação”. Como o ordenamento jurídico é dotado de generalidade (expressada por meio de regras e princípios), existe a necessidade de fixar a correlação entre a norma abstrata e o caso concreto, e isso se faz por meio da interpretação, que, por sua vez, se vale da ciência hermenêutica.

5 Sobre o assunto, cf. FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, L. *et al. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

Vale registrar, contudo, a posição de Robert Alexy (2013, p. 19), segundo a qual a hermenêutica não seria capaz de resolver casos difíceis (aqueles nos quais há várias soluções possíveis), porque os métodos interpretativos, falhos e insuficientes, apenas escamoteariam a subjetividade do decisor. Os casos difíceis somente seriam solucionados mediante valorações, o que não seria possível por meio dos métodos hermenêuticos.

Haveria aspectos da legislação que autorizariam uma espécie de julgamento judicial com um vínculo fraco em relação à lei (por exemplo: decidir sobre a ocorrência de culpa grave ou sobre outros conceitos jurídicos indeterminados). Neles, por opção legislativa, as decisões seriam tomadas caso a caso. A grande dificuldade seria objetivar essa valoração, sendo, para Alexy, impossível à hermenêutica lidar, de forma objetiva, com valores e valorações. Então, para ele, a solução para a questão da objetivação da valoração estaria nas regras previstas nas teorias da argumentação.

Esse pensamento é claramente baseado na hermenêutica de Wilhelm Dilthey e Emílio Betti, portanto, anterior ao “giro linguístico” de Wittgenstein e ao “giro ontoteleológico” de Heidegger (BEZERRA NETO, 2018, p. 161-162). A visão de Alexy vincula a hermenêutica como método que tem como objeto exclusivo os textos. Os métodos hermenêuticos de interpretação (gramatical, lógico, filológico e sistemático) definiriam a moldura da norma (na perspectiva do positivismo kelseniano). Porém, nos casos difíceis (quando há várias soluções possíveis), eles conduziram ao subjetivismo do julgador.

Feito o registro da posição de Alexy, fundada na visão da hermenêutica como método (Dilthey) e na ideia de que a moldura normativa é criada pelos seus cânones (modos de interpretação), que não afastam o subjetivismo nas decisões de casos difíceis, cumpre retomar a consideração da hermenêutica como fator determinante para o processo decisório.

A hermenêutica como forma de compreensão por meio da linguagem, e não como um método de interpretação de textos, considera a pré-compreensão, a compreensão e a interpretação como um “círculo hermenêutico”. Nesse círculo, através da compreensão e a da interpretação, ocorrem as transformações das pré-compreensões, dos pré-juízos e pré-conceitos, os quais são condições da interpretação. Por outro lado, interpretar pressupõe pré-compreender (BEZERRA NETO, 2018, p. 166). Nesse processo, existe uma busca pela objetivação na construção de sentido, o que não é inteiramente possível, e deve haver essa consciência, porque há os pré-conceitos

e as pré-compreensões do intérprete. Porém, é por meio da linguagem que tal busca se manifesta.

A linguagem constitui a realidade do intérprete (compartilhada pela comunidade), e a objetividade existente nela, somada à crítica constante sobre seus pré-juízos, contribui para a tentativa de eliminação do subjetivismo na interpretação. A conjugação da linguagem objetiva com a crítica do intérprete sobre seus pré-juízos milita em favor da pretensão de combater a subjetividade no processo interpretativo, na linha filosófica defendida por Gadamer. O sentido de um texto ou de uma experiência somente pode ser definido mediante o diálogo entre os sujeitos, como forma de se chegar à verdade. Não há, porém, uma única verdade ou uma única “leitura correta” (TROMBLEY, 2014, p. 238). O texto, uma vez publicado, desprende-se de seu autor e passa a ter um significado próprio. Mas isso não significa que Gadamer caia no relativismo, já que não há um “número ilimitado de leituras corretas” (TROMBLEY, 2014, p. 238). Além dessa perspectiva, Gadamer articula com a ideia de uma fusão de horizontes no processo de interpretação (TROMBLEY, 2014, p. 238), a exigir uma “consciência histórica” (GADAMER, 2010, p. 69), que auxilia a entender a hermenêutica e a encontrar as perguntas certas a serem feitas. O passado e o presente fazem parte da atividade interpretativa. A linguagem do passado media a linguagem do presente. Cada vez que se interpreta um texto, aplica-se a ele o estado de consciência do intérprete. Por isso, Schroth (2002), baseado em Gadamer, leciona:

O círculo hermenêutico é entendido como uma interpenetração entre aquilo que é carreado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete. A pré-compreensão do intérprete faz com que, no processo de compreensão, o texto se transforme sucessivamente num texto diferente. Em sentido inverso, o texto modifica as concepções do intérprete. A compreensão, em Gadamer, nunca é uma mera reprodução, mas sempre também um comportamento produtivo. (SCHROTH, 2002, p. 384)

Então, é possível dizer que a hermenêutica não se limita à compreensão dos textos, mas, antes, busca compreender o homem por meio da linguagem. Dentro desse processo de compreensão e interpretação, a conjugação da objetividade da linguagem com a crítica consciente do intérprete sobre suas pré-compreensões atua com o intuito de reduzir a subjetividade. Ainda dentro desse mesmo contexto, é necessário o retorno ao passado para construir o presente.

2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O conceito de argumentação não é unívoco, porém é possível dizer quatro elementos comuns a qualquer tentativa de conceituação, tomando por base as lições de Atienza (2017, p. 38): (i) é sempre um processo relativo à linguagem, pela necessidade de dar razões; (ii) pressupõe a existência de um problema a ser resolvido com razões apropriadas; (iii) como atividade, a argumentação é tudo que está entre o problema e a solução; e (iv) é uma atividade racional, orientada a um fim, sendo relevante sempre avaliar o conteúdo da argumentação.

Com base nesses elementos, é possível falar em três concepções para argumentação: *formal*, *material* e *pragmática*.

A concepção *formal*, ligada à lógica formal, não interpreta os enunciados, abstraindo das premissas e da conclusão o conteúdo de verdade ou correção. Ao responder problemas de natureza formal, averigua certas condições para que possa dar um raciocínio como válido. Por meio de fórmulas e esquemas, usa o silogismo subsuntivo: se um raciocínio tem determinada forma, é logicamente correto, mesmo que não seja sólido ou persuasivo. A *material*, por sua vez, ocupa-se da correção ou da verdade dos enunciados, sob o aspecto material, sem se vincular à forma deles. Avalia as premissas, as razões para que algo seja feito ou dado como verdadeiro. Por último, há a concepção *pragmática*, vinculada à linguística, que leva em consideração a atividade de persuasão interativa do auditório. Nesse processo dialógico, produzem-se argumentos cujas premissas e conclusões são pronunciadas com interpretação. Todavia, não se cuida de serem verdadeiras ou corretas, mas sim de serem aceitas por acordo entre os proponentes e oponentes.

A respeito do objetivo da argumentação, Perelman (2014) entende que a função dela é

provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para ação, que se manifestará no momento oportuno. (PERELMAN, 2014, p. 50)

As concepções formal e material podem ser encaradas de um ponto de vista individual, já que a argumentação pode ser feita por um indivíduo. Já a concepção pragmática pressupõe, necessariamente, diálogo, cujo êxito

dependerá da persuasão dos agentes. Entretanto, é preciso dizer que essas concepções partem da ideia de tipos de problemas ideais. Na realidade do ato argumentativo, não há como aplicar puramente uma concepção e deixar de lado as demais. Não há incompatibilidade entre os modelos, podendo haver combinação de todos eles. A forma dos enunciados, os seus conteúdos e a pretensão de persuasão no diálogo são elementos observados no processo argumentativo cotidiano. Dentro de cada contexto, cada uma das concepções, que são integradas, tem maior ou menor peso.

No Direito, ocorre exatamente a integração das três concepções. A pretensão de certeza é vinculada ao aspecto formal. Os valores da verdade e da justiça são relacionados à concepção material. E, finalmente, a busca de consenso reflete a concepção pragmática. Em suma, a argumentação no Direito “trata de inserir as boas razões na forma adequada para que seja possível a persuasão” (ATIENZA, 2017, p. 43).

Importa destacar que, no contexto da atividade judicial, a concepção de maior peso é a material, pois vinculada à justificação exigida dos juízes. Motivar uma decisão não é simplesmente demonstrar a correspondência lógica entre as premissas (concepção formal) e nem que ela convence certo tipo de auditório (concepção pragmática), mas que a sentença possui boas razões, calcadas na racionalidade, na dogmática jurídica e explícita quanto aos critérios interpretativos adotados (ATIENZA, 2017, p. 44).

Nessa linha, de acordo com a teoria *standard* da argumentação, há de distinguir o contexto da descoberta e o contexto da justificação da decisão judicial (âmbito de estudo da argumentação jurídica). Motivar e justificar uma decisão são coisas diferentes. Motivar é apontar quais são as causas pelas quais se deliberou em certo sentido. Justificar é demonstrar que a motivação é aceitável do ponto de vista racional. Uma decisão pode estar motivada, mas as suas justificativas podem não ser aceitáveis racionalmente. Há uma diferença entre explicar uma decisão (motivação) e justificá-la.

Quando a CF determina a motivação das decisões judiciais, ela quer dizer, na verdade, que elas devem ser justificadas, ou seja, aferíveis do ponto de vista da racionalidade (juízos de coerência e universalidade). Note-se que essa diferenciação entre motivação e justificação não deve ser confundida com discursos descritivos e prescritivos sobre a decisão judicial. Pode-se descrever como os juízes decidem (discurso descritivo) e como eles deveriam fazer (discurso prescritivo).

3 PRECEDENTES

Pode-se afirmar que a indeterminação do Direito decorre da potencial equivocidade dos seus textos e da vagueza de suas normas. Essa vagueza decorre da impossibilidade de, previamente, abarcar todas as hipóteses fáticas que recaem sobre o âmbito de incidência. A equivocidade guarda relação com a forma como são redigidas as proposições gramaticais do texto, as quais podem gerar ambiguidade, complexidade ou outra circunstância que gere múltiplas possibilidades de aplicação. Além dessa questão de construção textual, também influenciam essa situação de incerteza as concepções do intérprete e os métodos interpretativos utilizados (GUASTINI, 2021).

A interpretação do texto, que sofre influência das pré-compreensões do intérprete (do ponto de vista filosófico e dogmático), deve, ao máximo, tentar reduzir esse grau de indeterminação, de modo que o Direito compo- nha uma ordem jurídica em que haja liberdade e igualdade.

Como dito linhas acima, essa atividade interpretativa deve ser racional, no sentido de ser fiel ao Direito, para que se possa fazer um controle da “intersubjetividade das razões invocadas” (MITIDIERO, 2018, p. 63). E essa racionalidade é verificada quando estão presentes a justificação das razões e a coerência e universalização dos resultados obtidos.

A justificação, de sua vez, pode ser dividida em *interna* e *externa*. A *interna* é observada quando há uma correlação lógica entre a fundamentação e o dispositivo da decisão, além do que a fundamentação deve contemplar os argumentos suscitados pelas partes. Isso reforça a tese da integração entre as concepções formal e pragmática da argumentação, respectivamente. A *externa*, por outro lado, relaciona-se ao acerto da escolha das premissas adequadas à decisão. É uma justificação material ligada à suficiência das razões adotadas, que ligam os fatos e as normas jurídicas e interpretativas, bem como a dogmática aplicáveis.

Dentro da ideia dessa dupla indeterminação do Direito (decorrente da equivocidade do texto e da vagueza da norma), cumpre observar a regra do *stare decisis* como forma referencial para atingir a segurança jurídica. E, nesse contexto, cumpre aos tribunais uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, aplicável também ao Código de Processo Penal. Observar o *stare decisis*, para além de concorrer com a segurança jurídica, promove a liberdade e a igualdade.

Deixe-se registrada a posição de Mitidiero (2018, p. 91), não unânime na doutrina, no sentido de haver diferença entre precedente, jurisprudência uniformizadora e jurisprudência, presente a necessidade de observar os pronunciamentos judiciais. Decisão judicial e precedente não são a mesma coisa. O precedente é originado de uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial gera um precedente. Os precedentes “são razões generalizáveis” vertidas em decisões judiciais.

Razão necessária é aquela imprescindível. E sua suficiência está ligada à ideia de que basta somente ela para resolver a questão jurídica. Precedentes são as razões de direito necessárias e suficientes (*ratio decidendi*) para resolver a questão posta nos autos. O precedente não cuida de matéria de fato. São decisões contextuais porque se limitam à moldura dos fatos delineados nos autos. Partindo-se do contexto de fato pelas instâncias de segundo grau, os tribunais superiores avaliam aspectos jurídicos incidentes.

Para Mitidiero (2018, p. 92), apenas o STF e o STJ formam precedentes, por isso são sempre obrigatórios e vinculantes. “A autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta” (MITIDIERO, 2018, p. 93), de modo que essa autoridade não decorre de qualquer previsão legislativa, mas da força institucional da jurisdição estatal.

Todavia, é certo que o cotidiano da prática judicante é pródigo de exemplos em que essa força obrigatória e vinculante dos precedentes não é prestigiada, inclusive no âmbito dos próprios tribunais dos quais eles emanam, o que conflita abertamente com a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Sobre a não consideração do precedente, quando realizada sem justificativa clara, leciona Cruz (2021) que

[...] vai de encontro aos valores que inspiraram a valorização das decisões judiciais, dentre eles a segurança jurídica, a confiança e a isonomia, valores estes que o legislador colocou como parâmetros para a fundamentação da decisão que supera o precedente judicial. A fundamentação adequada tem o condão de assegurar racionalidade e reduzir a discricionariedade judicial, bem como o decisionismo indesejado. (CRUZ, 2021, p. 682)

E a falta de observância dos precedentes, muitas vezes, não se dá por meio do uso da técnica da distinção entre o caso paradigmático e a questão de direito em julgamento, mas através de pronunciamentos que ignoram

qualquer justificação quanto à falta de fidelidade à *ratio decidendi* anterior. Convém lembrar que a distinção “exige outro caminho de formação do raciocínio, muito mais argumentativo, dialógico, a exigir problematização” (FERRAZ, 2017, p. 305).

Diante da premissa de que os precedentes são normas jurídicas dotadas de generalidade, a partir de razões de Direito, necessárias e suficientes, vertidas em conformidade com o quadro fático, são eles que devem prevalecer, independentemente da opinião do julgador do caso concreto, salvo se houver distinção ou competência para superação. Kelsen (2020, p. 267) lembra que, se “a norma geral dever ser aplicada, só uma opinião pode prevalecer. Qual é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante”.

O entendimento de Hans Kelsen, quando se aplica à ideia de precedente, é compartilhado por Mitidiero (2018, p. 102), cuja opinião é a de que “os precedentes das Cortes Supremas devem ser aplicados independentemente de serem – por assim dizer – ‘corretos’ à luz da compreensão do órgão jurisdicional encarregado de aplicá-lo”.

A falta de respeito aos precedentes não configura uma atitude isolada, vista somente em julgados monocráticos. É possível identificar a prática em julgamentos colegiados, como foi o caso do agravo regimental em *Habeas Corpus* nº 648.107, do STJ.

4 A LEI Nº 13.964/2019 E A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Lei nº 13.964/2019 promoveu profundas alterações no CPP, deixando expresso que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (art. 3º-A)⁶. Ao positivar a adoção do sistema acusatório na legislação processual penal, o legislador ordinário dissipou qualquer questionamento acerca do modelo adotado entre nós, consentâneo com o art. 129, I, da CF, o qual prevê que compete ao Ministério Público promover a ação penal pública incondicionada, nos termos da lei.

6 A par de reforçar o sistema acusatório, na redação do art. 3º-A do CPP, a Lei nº 13.964/2019 inseriu a figura do Juiz de Garantias, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (arts. 3º-B a 3º-F). O Supremo Tribunal Federal, contudo, suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, em medida liminar concedida na ADIn 6298/DF, ainda sem julgamento de mérito.

Doutrinariamente, tem-se que “a essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo” (BADARÓ, 2018, p. 102). Pode-se afirmar que o art. 3º-A do CPP é o vetor interpretativo de suas demais disposições, diante de ter definido os papéis dos atores processuais, em especial ao dar relevo às iniciativas das partes, conformando o julgador em quadrante de maior equidistância. Nessa linha, as novas redações dos arts. 282, § 2º, e 311 do CPP suprimiram a expressão “de ofício”, em relação à possibilidade da imposição da medida cautelar de prisão preventiva (e também de qualquer outra medida alternativa à prisão), conferindo legitimidade para o pedido ao Ministério Público, ao querelante ou ao assistente, ou representação da autoridade policial.

A prática forense anterior à Lei nº 13.964/2019 indicava uma postura judicial ativa no campo da imposição de medidas cautelares processuais penais, especialmente a custódia preventiva, sendo absolutamente corriqueira a decretação de prisão sem pedido do órgão ministerial. Essa mudança gerou (e ainda gera) uma profunda resistência por parte dos julgadores, por diversas razões, entre as quais uma suposta ideia de perda de “poder” de ordenar e dirigir o processo ou mesmo uma expectativa de menor proteção social, como se o juiz fizesse parte do aparato de segurança pública e tivesse “perdido” a capacidade de contribuir para a redução da criminalidade. Razões de ordem subjetiva e preconceções, muitas vezes enviesadas, contribuíram e contribuem para a dificuldade de implementação das inovações legislativas. Tanto é assim que o tema chegou ao STJ e ao STF diante das inúmeras decisões que impuseram prisões preventivas de ofício, em que pese a clarividência dos textos normativos.

A seguir, é mostrado como o STF, em julgamento de turma (HC 188.209/MG), interpretou a alteração legislativa sobre a (im)possibilidade de se ter a decretação da prisão preventiva de ofício. Na sequência, a partir daquela decisão, o STJ, pela Terceira Seção, seguiu a orientação da Corte Suprema, conferindo coerência ao sistema, ao apreciar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO.

Entretanto, em que pesem as referidas decisões, a Quinta Turma do mesmo STJ, posteriormente e em interpretação criativa, como diz Guastini (2021, p. 239), escolheu um significado que se não enquadra dentro da moldura dos arts. 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal, o que se

deu no julgamento do Agravo Regimental nº 648.107/ES, que validou a decretação da prisão preventiva de ofício.

O argumento adotado pela Quinta Turma foi o de que o posterior requerimento ministerial para a decretação da prisão excepcional supriria a atuação judicial de ofício, em clara contradição com texto legal, que exige prévio requerimento dos legitimados ao pedido, e também em desacordo com a decisão do STF, no citado *Habeas Corpus* nº 188.209/MG e do julgado da Terceira Seção do STJ, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, conforme se demonstrará a seguir.

Em 6 de outubro de 2020, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 188.888/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello, interpretando especificamente os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do Código Processo Penal, definiu a impossibilidade de decretação de prisão preventiva sem pedido das partes, vedada, em qualquer hipótese, a ação de ofício do julgador, qualquer que seja a fase (pré-processual ou processual). Dentro da compreensão de que referido julgado seria um precedente, posto provir de uma Corte Suprema, que delineou razões necessárias e suficientes para a solução da matéria de Direito, não seria preciso outras manifestações judiciais para a fixação da tese jurídica, sendo certo que a formação do precedente não demanda repetição de julgamentos.

O julgado do *Habeas Corpus* nº 188.888/MG é um precedente a ser seguido por todas as instâncias do Poder Judiciário pelo fato de ter sido proferido pela Corte Suprema, vocacionada à interpretação e ao desenvolvimento do direito constitucional e à salvaguarda dos direitos fundamentais (especialmente a liberdade). A qualidade das razões invocadas na *ratio decidendi*, somada à disciplina do art. 102 da CF/1988, é que torna essa decisão vinculante. E isso se comprova, na prática, com o fato de a Terceira Seção do STJ ter seguido a referida posição⁷, inclusive adotando trechos da fundamentação daquele remédio constitucional na ementa do já mencionado RHC 131.263/GO.

É de se notar que as disposições do Código de Processo Penal que vedaram a atuação judicial de ofício em tema de privação da liberdade passaram a vigorar no final de janeiro de 2020 (art. 20 da Lei nº 13.964/2019), e que a decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 188.888/MG foi proferida em

7 A Terceira Seção do STJ é a responsável pela uniformização do entendimento das Turmas que apreciam matéria penal naquele Tribunal.

6 de outubro de 2020, sendo a primeira que interpretou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do CPP, após o Pacote Anticrime.

Em um sistema que respeita (ou deveria respeitar) os pronunciamentos vinculantes, por questões de segurança jurídica, liberdade e igualdade, seria impensável que se tivesse de redecidir a mesma questão diversas vezes até que o tema novamente chegasse a um tribunal superior. Mas foi o que aconteceu (e ainda acontece), o que indica uma injustificada e profunda resistência judicial ao modelo de precedentes.

O fato é que, após a decisão do STF em 6 de outubro de 2020, a controvérsia continuou a movimentar as instâncias jurisdicionais com pronunciamentos conflitantes, em que pese a clareza da justificação da STF por sua Segunda Turma, que fixou a tese da impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício.

As decisões divergentes também eram vistas no STJ. As Turmas de Direito Penal (5ª e 6ª) adotavam posições não coincidentes, para autorizar ou não a imposição da cautelar extrema de ofício. Como forma de “pacificar” a questão no âmbito do STJ (mesmo com anterior decisão do STF), a matéria foi submetida ao quórum qualificado da Terceira Seção, que engloba as duas turmas de direito penal, por meio do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO. Em 24 de fevereiro de 2021, o julgamento foi encerrado. Por maioria de seis votos a três (não participou do julgamento o Ministro Felix Fischer), ficou assentada a impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, diante da interpretação conjunta dos arts. 3º-A; 282, § 2º; e 311, todos do Código de Processo Penal. Ou seja, a seção especializada em direito penal, alinhando-se à posição da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, fixou tese idêntica, valendo notar que o voto vencedor (do Ministro Sebastião Reis Júnior) adotou como razão de decidir os mesmos fundamentos lançados no *Habeas Corpus* nº 188.888/MG do STF. Cabe o registro de que, no voto condutor, há passagem elucidativa da intenção de levar a questão à seção de direito penal, qual seja: pacificar o tema no âmbito do tribunal.

De acordo com a doutrina de Daniel Mitidiero (2018, p. 92), esses pronunciamentos do STF e do STJ (*Habeas Corpus* nº 188.888/MG e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, respectivamente), porque oriundos das Cortes encarregadas de pacificar o direito constitucional e infraconstitucional, formam precedentes, cuja força obrigatória e vinculante decorre da institucionalidade do ordenamento jurídico.

A expectativa de observância da *ratio decidendi* desses julgados, em nome da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, vetores que servem para a funcionalidade do sistema de precedentes, restou mais uma vez frustrada pelo próprio STJ.

Quando o assunto voltou a ser julgado pela 5ª Turma, em 18 de maio de 2021, nos autos do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 648.107/ES, de relatoria do Ministro Felix Fischer (que não participara da formação do precedente no recurso em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO), a decisão foi diametralmente oposta àquela fixada pelo quórum qualificado da Terceira Seção.

O agravante teve sua prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, com posterior requerimento de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia. O relator julgou monocraticamente a ordem de *habeas corpus*, com base no art. 34, XVIII, *b*, do Regimento Interno do STJ, e na Súmula nº 568 do mesmo Tribunal, sob o fundamento de haver “jurisprudência dominante sobre o tema”. A ordem foi denegada com base em uma suposta “jurisprudência dominante”; então, um precedente obrigatório e vinculante não foi observado pelo relator.

Colhe-se da fundamentação do julgado unipessoal que o posterior requerimento ministerial supriria o vício inicial, “evidenciando-se a higidez do feito, de modo que não se configura nenhuma nulidade passível de correção, observado, pois, o devido processo legal”. Insatisfeita, a parte manejou o agravo regimental, requerendo expressamente a aplicação do precedente firmado no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO. O recurso foi improvido, com base nos seguintes argumentos: (a) invocação do princípio da instrumentalidade das formas; (b) falta de prejuízo; e (c) posterior requerimento ministerial sobre o vício de formalidade, “corroborando a higidez do feito e a ausência de nulidade processual”. Não foi lançada qualquer fundamentação para afastar o precedente acima citado, o qual só foi mencionado nas razões recursais, ou seja, a *ratio decidendi* foi solenemente ignorada.

Há de se ponderar que o princípio da instrumentalidade das formas diz respeito ao atingimento de uma finalidade por meios que não são os previstos na legislação, mas que atingem o objetivo perseguido pelo agente. É o privilégio do conteúdo em detrimento da forma. É bastante questionável aduzir que a supressão de um direito fundamental possa se dar sem a estrita

observância das regras processuais. Também não parece válida a motivação de que não há prejuízo em prisão preventiva decretada de ofício. A prisão em si é o maior prejuízo imposto ao réu no processo penal. É claro o perfil utilitarista do raciocínio de que não adiantaria conceder a liberdade se de imediato pode haver prisão pelo mesmo fato. Finalmente, em relação ao respeito ao precedente, não houve nenhum ônus argumentativo para afastá-lo, uma fundamentação que apontasse uma distinção. Simplesmente houve o silêncio quanto a ele. E denegada foi a ordem, depois de improvido o recurso, por unanimidade, mesmo tendo ficado nas razões do precedente expresso que o pedido prévio dos legitimados é condição para a custódia cautelar.

Não bastasse o descumprimento do precedente pelo relator, causa mais perplexidade que todos os demais pares o tenham seguido, mesmo que tenham concorrido para formar a maioria em sentido contrário no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO. Reitere-se: quatro julgadores que haviam votado no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO em julgamento na 3ª Seção do STJ para assentar a necessidade de prévio requerimento para a decretação da prisão preventiva se pronunciaram de modo diverso, no julgamento feito na 5ª Turma do STJ do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 648.107/ES, para afastar essa exigência, desde que presente posterior requerimento.

Então, é possível dizer que o desrespeito ao precedente foi coletivo, pois não houve voz que levantasse para aplicar as razões necessárias e suficientes em sentido contrário e conceder a ordem. Nesse quadro, não se sabe o que é mais preocupante: a falta de submissão do relator ao precedente vinculante ou a falta de defesa dos pares que concorreram para formá-lo. O que é certo é que ele não foi aplicado, violando as justas expectativas do jurisdicionado, que expressamente postulou a aplicação, em nome da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

No Estado Constitucional de Direito, o papel do Poder Judiciário está diretamente ligado à preservação dos direitos fundamentais e do regime democrático, o que há de se dar dentro dos limites impostos pelo legislador. As alterações no CPP, decorrentes da Lei nº 13.964/2019, explicitam a estrutura acusatória do processo penal nacional, de forma que qualquer medida cautelar em desfavor do investigado/réu não pode ser adotada pelo julgador sem a prévia representação ou requerimento. E há clareza suficiente nas atuais disposições dos arts. 282, § 2º, e 311 do CPP, diante da exclusão da expressão “de ofício”.

A opção legislativa foi de conformar a atuação do juiz à atuação dos legitimados para o pedido de medidas gravosas em face do sujeito passivo da persecução penal, e o fez em nome do devido processo legal, cuja clareza das regras é fator de segurança contra atos arbitrários do Estado. A interpretação que suplanta o prévio requerimento e não verifica nulidade na ação judicial de ofício, posteriormente secundada pela representação ou requerimento, afasta-se do móvel da reforma, que, repita-se, teve por escopo delimitar, de forma clara, a atuação de cada sujeito processual no processo penal.

Essa postura interpretativa, que desconsidera a teleologia da norma e cria regras não previstas nos lindes impostos pela lei regularmente aprovada, parece configurar um ativismo judicial, diante da “[...] recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRINDADE, 2017, p. 82). A respeito do ativismo judicial, Jorge (2014) relaciona-o à criação e à interpretação do Direito, a partir de uma perspectiva de grau, estabelecendo que,

em um primeiro momento, que quanto mais os juízes se atenham ao significado literal do texto normativo, menos ativistas serão; ao contrário, quanto mais livres considerem-se para interpretar o texto normativo, trazendo-lhes significados novos e até argumentos extrajurídicos e desvinculá-lo da letra da lei, mais ativistas serão. (JORGE, 2014, p. 511)

Ora, é uma garantia constitucional a previsão de que a prisão ilegal será imediatamente relaxada. Essa legalidade decorre do processo penal, que traça as regras para se terem os requisitos da custódia corporal, cuja interpretação há de ser restritiva, dado limitar o direito fundamental à liberdade. Dizer que o pedido posterior suplanta qualquer nulidade é elastecer os requisitos da prisão contra a legislação, não encontrando base no sistema acusatório. E nem se diga que se cuida de um caso difícil, a abrir margem para o exercício amplo de discricionariedade. As regras que disciplinam os requisitos para a prisão preventiva não são normas dúbias, vagas ou imprecisas. Todavia, mesmo com toda a clareza das disposições trazidas pelo Pacote Anticrime, as quais reforçam a adoção do sistema acusatório, não são poucas as decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo tema, como, por exemplo, a aplicação judicial de medidas cautelares de modo diverso do requerido pelos legitimados.

É necessária a adoção de uma postura garantista em defesa dos direitos fundamentais e em prestígio à separação de poderes, de modo que a interpretação e a aplicação do direito sejam racionais, coerentes e devidamente justificadas, sob pena de recair em indevido voluntarismo, que “implica um grau de subjetivismo, conduzindo a um acentuado decisionismo. [...] a solução do caso apresentado a julgamento representaria uma verdadeira *criação* do direito a ser aplicado, de acordo com a vontade do intérprete” (TRINDADE, 2017, p. 92).

A decisão proferida pela 5ª Turma do STJ no *Habeas Corpus* nº 648.107/ES, para além de desconsiderar precedentes do STF e do próprio STJ, inseriu uma cláusula de exceção não prevista pelo legislador, qual seja, desde que haja representação/requerimento de prisão preventiva posterior, a atuação de ofício do juiz, ao decretar a prisão preventiva, não configura nulidade. Isso contorna a finalidade da alteração legislativa e enfraquece sobremaneira o sistema acusatório.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a separação de Poderes e o papel do Poder Judiciário enquanto protagonista de decisões que caberiam ao Executivo e ao Legislativo têm ganhado ainda mais destaque à medida que o processo decisório e a forma como as deliberações são tomadas não são compreendidos pela sociedade.

O dever de fundamentação (justificação) das decisões pressupõe o manejo dos métodos interpretativos trazidos pela hermenêutica e a adoção de argumentação racional, conforme o Direito, elementos capazes de serem sopesados para o fim de reduzir os subjetivismos do julgador. É fora de qualquer dúvida que a tomada de decisão é influenciada por pré-compreensões, mas estas precisam ser controladas como forma de conter arbitrariedades no preenchimento das margens indeterminadas do texto da norma, sob pena de decisionismos que concorrem para a instabilidade da ordem jurídica.

Dentro dessa mesma perspectiva, a formação e o respeito às razões necessárias e suficientes para a solução de certa questão jurídica, por meio do sistema de precedentes, são condições para o cumprimento do dever de dar à sociedade segurança jurídica, através da estabilidade e previsibilidade. Quando esse dever é ignorado, todo o sistema entra em descrédito, que é tanto maior quanto mais graduada a jurisdição, pois, à medida que se

eleva o nível de hierarquia decisória, na mesma proporção aumentam-se as expectativas de respeito ao Direito.

A interpretação e a aplicação do Direito possuem inevitável margem de discricionariedade, por mais claras que sejam as disposições legislativas, diante da impossibilidade de uma correlação absoluta entre a previsão do texto e a realidade. Muitas vezes, essa incompatibilidade é intencional, de modo que o legislador optou por não disciplinar todas as consequências jurídicas; em outras, de fato, há lacunas decorrentes de falta de previsibilidade, o que põe em xeque o mito do legislador racional.

Seja como for, a discricionariedade é um elemento presente, todavia não ilimitado, pelo menos do ponto de vista dogmático. A ressalva é feita porque, na prática judiciária, muitas vezes, são encontradas decisões que desbordam desse entendimento. O ativismo judicial está ligado à ideia de um decisor que não respeita os limites da legislação, democraticamente estabelecidos na atividade legislativa, desconsiderando as balizas hermenêuticas no processo interpretativo, “criando” um Direito totalmente desvinculado do sentido da produção do parlamento.

E essa postura tem sido cada vez mais comum, e por múltiplas razões, entre elas pelo déficit da atuação dos demais Poderes ou mesmo pela resistência em obedecer a precedentes, por meio de decisões indevidamente justificadas – ou não justificadas, incoerentes e sem integridade, no sentido previsto na legislação processual.

Tal parece ter ocorrido no STJ, desconsiderando a teleologia das alterações do CPP, cuja finalidade foi de reforçar o sistema acusatório, bem como não atentando para precedentes do próprio Tribunal e, sobretudo, do STF. O desrespeito aos parâmetros hermenêuticos e aos precedentes do próprio Tribunal da Cidadania e do Supremo Tribunal Federal representa grave transgressão do dever de coerência e integridade na interpretação e aplicação do Direito. Por isso, torna-se cada vez mais premente a necessidade de uma teoria da decisão judicial que estabeleça limites para o controle da atividade jurisdicional na interpretação e aplicação do Direito, especialmente nos casos de ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- ATIENZA, M. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução: Claudia Roesler. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017.
- BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BEZERRA NETO, B. A. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* 1. ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP. Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. Relator: Min. Celso de Mello. 22 de novembro de 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20436996%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 maio 2022.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- CRUZ, T. P. da. A (ir)racionalidade na justificação das decisões judiciais como fator determinante para a identificação do precedente vinculante. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, p. 670-685, maio/ago. 2021. ISSN 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/57452/37744>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- FERRAZ, T. S. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GADAMER, H.-G. *Verdad y método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2010.
- GUASTINI, R. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- JORGE, N. de M. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão de hermenêutica? *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2014.13423>. Acesso em: 30 nov. 2021.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- KREPSKY, G. M.; DIAS, F. A.; SÁ, P. Z. Decisão judicial e argumentação: limites da fundamentação sob uma perspectiva sistêmica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, maio/ago. 2021. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54326>.
Acesso em: 29 set. 2022.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, D. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo:
Thomson Reuters Brasil, 2018.

PERELMAN, C. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 3. ed. São Paulo:
WMF Martins Fontes, 2014.

SCHROTH, U. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.;
HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito
contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

TRINDADE, A. K. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, L. L. *A
discricionariedade nos sistemas contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

TROMBLEY, S. *50 pensadores que formaram o mundo moderno*. São Paulo: Leya,
2014.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*,
v. 115, p. 1348 e ss., 2006. Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/
bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.
pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 27 set. 2022.

Sobre a autora e os autores:

Larissa Braga Costa de Oliveira Lima | *E-mail:* larissabcolima@gmail.com

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. MBA em Gestão Judiciária pela FGV/ESMEC. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Eduardo Rocha Dias | *E-mail:* eduardorochadias@unifor.br

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

Nestor Eduardo Araruna Santiago | *E-mail:* nestorsantiago@unifor.br

Doutor em Direito pela UFMG, com estágio pós-doutoral pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Associado da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado Criminalista.

Data de submissão: 30 de agosto de 2022.

Data de aceite: 5 de outubro de 2022.