

Pergunta: Palavras importam? Retirar “ofício” ou “livre” importa?



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

1. A expunção da expressão “de ofício” sobre prisão preventiva

Outro dia escrevi aqui sobre a nomeação da juíza Amy para a Suprema Corte americana ([aqui](#)). Fiz comparações e até algumas ironias sobre o originalismo de lá e o garantismo “de cá”. Não vou me repetir aqui.

Ao ofício. Sabemos que a nova Lei 13.926/2019, apelidada pelo governo de “pacote anticrime”, estabeleceu que os juízes não podem mais decretar prisões preventivas de ofício. Só poderão fazê-lo a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou “por representação da autoridade policial”. *A expressão “de ofício” foi expungida, deletada.*

Pois na última sessão em que participou o ministro Celso na 2ª Turma do STF houve [unanimidade](#), não só nas homenagens ao sainte, como para sufragar aquilo que o legislador disse. Já explicarei.

Nas palavras de Celso de Mello, a Lei 13.926 “ao suprimir a expressão 'de ofício', vedou de forma total e absoluta a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou por representação da polícia e do Ministério Público”. Ou seja, a partir do caso “deixa de ser lícita a atuação ‘*ex officio*’ do juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade”.

Pronto. Por 5×0, o STF disse que onde não estava mais escrito x, devia-se ler exatamente “não há mais x”.

Para quem leu meu texto sobre a juíza Amy, citado no início, sabe que não advogo e nunca advoguei textualismo. Ou originalismo. Escrevi muito sobre hermenêutica, o “fit” (ajuste), lancei o Dicionário, tudo para superar essas falsas dicotomias.



A questão que fica é: por qual razão é tão difícil cumprir a lei em uma democracia? Por que isso teve que chegar ao STF, se era tão fácil? É mais ou menos como levar ao STF a prisão de alguém por um sabonete e "obrigar" o STF a conceder habeas corpus. Mas, veja-se: tribunais da federação e o próprio STJ interpreta(va)m a retirada da expressão "de ofício" como irrelevante. Por isso, a interferência do Supremo Tribunal. Por 5x0.

O ponto é: Por que isso não "funcionou" antes, na origem e nos tribunais intermediários, que se encontram antes do STF?

Esta é a pergunta que deve ser feita pela teoria do direito. Há poucos dias lancei a Função Social da Teoria do Direito (FSTD). Para tratar assuntos como esse.

Uma prisão decretada de ofício é ilegal, disse o STF. Por quê? Porque é uma prisão decretada contra expresse texto legal. Óbvio do óbvio.

Na verdade, um caso como esse deveria ser um *easy case*, mesmo que, para quem foi preso, tenha sido um *hard case*. Quiçá um *tragic case*, dependendo do que ocorreu no interior do ergástulo. E pouco importa de que crime se tratou. O direito é do fato e não do autor.

Vejam o tamanho do imbróglio hermenêutico bem brasileiro: precisamos ir até a Suprema Corte para que saibamos que "não se pode decretar preventiva de ofício" porque a lei mudou. E que não se deu atenção à essa alteração.

Permito-me dizer, em uma respeitosa análise hermenêutica: no Brasil, cumprir a Constituição, enfim, a legalidade constitucional (Elias Diaz) virou uma atitude revolucionária.

2. Da expunção da palavra "ofício" à expunção da palavra "livre"

Seguindo a mesma linha interpretativa do STF no caso desse HC (n. 188.888), tem-se muito claramente que também o artigo 371 do CPC expungiu a expressão "livre". Antes de 2015 dizia que "*o juiz apreciará (...) e indicará na decisão as razões da formação do seu LIVRE convencimento*". Com o novo CPC, foi retirada a palavra LIVRE.

Assim, se o STF enfim disse que devemos ler x onde a lei diz que x, bom, será que enfim poderemos dizer que não há mais livre convencimento? O raciocínio é o mesmo.

Imaginem um originalista norte-americano interpretando esse texto do CPC. Olharia a exposição de motivos e lá encontraria claramente que o objetivo da emenda supressiva foi a de retirar o livre convencimento para evitar a apropriação da prova, o subjetivismo etc. (ver aqui, [aqui](#), [aqui](#) [Ziel e Lucio Delfino], [aqui](#), [Karina Fonseca e Fernando Knoerr] e [aqui](#) [Guilherme Valle Brum]). "Intenção do legislador", não é? Talvez isso seja mais controverso em questão constitucional lá nos EUA, onde se busca descobrir o que os pais fundadores ou os *drafters* queriam dizer. Aqui, não é assim tão difícil saber o que o legislador quis dizer. Está claro o que constou na justificativa da emenda feita pelo Relator Paulo Teixeira. Posso dizer como testemunha, porque fui eu quem elaborou a sugestão. Fredie Didier estava presente.

Embora a clareza do texto e da "*mens legislatoris*", há muitos autores de direito dizendo que a expulsão da palavra "livre" nada quer dizer (ver [aqui](#) a bela resposta dada por Danilo Lima e Ziel Lopes). Pois é. No caso da prisão "de ofício", os mesmos doutrinadores que negam a força da supressão da palavra "livre" diriam a mesma coisa? Diriam que, embora não mais existir a previsão "de preventiva de ofício", isso não tem importância e os juízes podem continuar a prender de ofício? Quer dizer: Não pode mais prender de ofício, mas não é "bem assim"?

Como seria então? Que bom que temos a Suprema Corte para dizer que é bem assim quando é bem assim, embora ela — a Suprema Corte — por vezes assim não proceda.

Ao mesmo tempo, há que se dizer: que pena que precisamos da Suprema Corte para desvelar a obviedade do óbvio. Tão fácil. E tão difícil.

Numa palavra final: Há coisas que não deveriam ser tema de discussão. *Deveriam gerar acordos fáceis*. Todos nós sabemos o que está dito ali. *É claro que eu reconheço a importância de disputas interpretativas em vários momentos do direito*. Mas tudo tem limite. Se as autoridades competentes começam a inventar o sentido do texto de maneira completamente arbitrária, acabou a hermenêutica jurídica e aí a discussão é para a ciência política: podemos chamar isso de democracia? Lembro aqui de Gadamer:

[...] para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no absolutismo, onde a vontade do chefe supremo está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, "pois um chefe supremo pode explicar suas palavras até contra as regras da interpretação comum". Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca não o sujeito à lei pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço de interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável.

1

Essa reflexão de Gadamer me inspirou para o *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Aprendi que, para que haja hermenêutica jurídica é preciso que haja democracia. E vice-versa, me permito acrescentar!

Enfim, deixo a pergunta para os leitores: em uma democracia saudável, é normal termos que fazer uma verdadeira guerra doutrinária e jurisprudencial, apenas para afirmar que a retirada das palavras "de ofício" e "livre" querem dizer que a decisão não é mais de ofício e a apreciação da prova não é mais



livre?

1 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. I traçõs fundamentais de uma hermenêutica filosõfica. Traduçãõ de Eñnio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 432.

Autores: Redaçãõ ConJur