

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

JOSÉ PAULO SCHNEIDER

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito da Faculdade Meridional (IMED/Passo Fundo-RS). Bolsista PROSUP/CAPES (2016-2018). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Meridional (IMED/Passo Fundo-RS). Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/Passo Fundo-RS). Bolsista com apoio FAPERGS (2012-2015). Advogado inscrito na OAB/RS sob o n. 102.244. joseschneider.adv@gmail.com

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

Doutor e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Especialista em Direito Tributário (UPF). Editor Chefe da Revista Brasileira de Direito - Qualis A1. Editor Chefe e Conselheiro Editorial da Editor Executivo da Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito – RBIAD. ISSN 2675-3146. Presidente da Associação Ibero-Americana de Inteligência Artificial e Direito – AID-IA. Docente da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso - Mestrado em Direito, da Faculdade Meridional (IMED/Passo Fundo-RS). faustosmorais@gmail.com.

RESUMO

A teoria dos direitos fundamentais, impulsionada notadamente pelo segundo pós-guerra, é, e continua sendo, o cerne de inúmeras pesquisas concentradas no âmbito do direito. Muitos são os estudos que se destinam a abordar os elementos que envolvem essa teoria. Propor discussões sobre direitos fundamentais na atualidade significa, sobretudo, circular no campo do alcance, da aplicação e da restrição desses direitos.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

A esse respeito, verifica-se a constante emergência de novas proposições de direitos fundamentais, moldadas às necessidades da sociedade contemporânea. Aliás, salta à evidência que, em vez de balizar taxativamente, a interpretação da exegese constitucional brasileira reconhece a abertura dos direitos fundamentais antes não conhecidos e, até mesmo, não positivados. Isso porque o judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), reconhecendo a existência de categorias de valores, princípios e regras, utiliza-se de elementos e critérios jurídicos até então não explorados pelo direito positivo para a resolução das contendas a ele trazidas.

No Brasil, essa temática, relativa à intervenção judicial dos direitos fundamentais, ganhou contornos de instabilidade. Entra ano, sai ano, a dúvida é uma só: quando e qual será a próxima mudança de entendimento acerca dos direitos fundamentais?

Ilustração suprema dessa instabilidade vivida em solo brasileiro é a questão envolvendo a possibilidade ou não da execução da sentença penal condenatória, após a confirmação em segundo grau de jurisdição. De 2009 a 2016, houve duas significativas mudanças a esse respeito. Ilustrando-se esse vai e vem jurisprudencial, destacam-se os seguintes períodos: (i) antes de 2009, (ii) de 2009 a 2016, (iii) de 2016 até 2019 e (iv) de 2019 até os dias atuais. Cada período acima individualizado simboliza a mudança de entendimento do STF acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da pena condenatória, o que pode ser assim resumido: (i) era permitida; (ii) era proibida; (iii) era permitida e (iv) está permitida. Traduzindo-se isso para as principais decisões do STF, tem-se: (i) *Habeas Corpus* 68.726 e *Habeas Corpus* 91.675, dentre outros tantos; (ii) *Habeas Corpus* 84.078; (iii) *Habeas Corpus* 126.292, Liminar das ADCs 43 e 44, ARE 964246 e *Habeas Corpus* 152.752; (IV) ADC 43, 44 e 54.

Há em todos esses momentos e decisões uma fundamental e triste semelhança: a intervenção e relativização da presunção de inocência. Quer dizer, sempre que o STF quis rever a questão acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da pena, o fez a partir de ressignificações interpretativas do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

As questões acima colocadas em evidência deram ensejo ao presente **problema de pesquisa**: as intervenções judiciais relativas à constitucionalidade ou não da execução provisória da pena podem ser consideradas *racionalmente justificadas*? A ser assim, na busca pela legitimidade intervenção judicial, quando de sua atuação e discricionariedade na garantia e na execução dos direitos fundamentais, o que se propõe é problematizar questões teórico-práticas relativas ao exercício judicial dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o **objetivo geral** que ora se coloca é: apresentar eventual irracionalidade no *Habeas Corpus 126.292*, do STF, em que a presunção de inocência foi relativizada. Os **objetivos específicos**, por sua vez, são: (i) revisar na bibliografia as conceituações acerca dos direitos fundamentais; (ii) explorar a dupla fundamentalidade (formal e material) desses direitos; (iii) exemplificar a extensão material desses direitos na jurisprudência do STF; (iv) analisar se a teoria pura de Kelsen, especificamente a materialização do direito a aplicar via ato de vontade do juiz ou tribunal, serviria ao exercício judicial dos direitos fundamentais; (v) verificar se a proposta alexiana de alguma forma contribuiria para o controle da racionalidade judicial; (vi) estabelecer e testar um método de análise de justificação argumentativa das decisões judiciais. A maneira como o trabalho foi pensado e estruturado requer uma **metodologia** que possibilite a desconstrução e a identificação de aspectos que permeiam o objeto pesquisado, bem como amplie as possibilidades de interpretação e entendimento dos dados e das informações advindas da revisão bibliográfica realizada, que tem natureza jurídico-filosófica e trata do estudo dos direitos fundamentais, da hermenêutica e da argumentação jurídica. Quanto **ao método de pesquisa**, portanto, o trabalho adota a fenomenologia-hermenêutica, cujos aportes contribuem para a sistematização de conceitos e sustentam o exercício argumentativo a respeito da hipótese defendida.

Para fins de **justificativa científica**, acredita-se que este trabalho cumpre sua expectativa: tonar evidente que refletir a respeito da racionalidade do exercício judicial dos direitos fundamentais é pressuposto para a real compreensão das problemáticas atinentes à aplicabilidade e à concretude desses direitos no Brasil, haja vista a

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

insuficiência dos critérios de correção do discurso que aplica, cria e relativiza esses direitos.

O presente trabalho focou suas atenções na exposição e na problematização da intervenção judicial dos direitos fundamentais, sobretudo quanto aos aspectos procedimentais de justificação racional dos argumentos exarados no inteiro teor do *Habeas Corpus* 126.292/SP. **A principal conclusão** é que a referida decisão, quando testada a partir do método de análise desenvolvido, apresenta problemas de justificação racional, não podendo, a rigor dos critérios aqui estabelecidos, ser considerada integralmente racional.

PALAVRAS-CHAVE: Razão e Justificação; Direitos Fundamentais; Habeas Corpus 126.292

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Direito, Razão, Discurso.** Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Princípios formais:** e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Trad. e org. de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz TuffiSaliba e Mônica Sette Lopes (orgs). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria discursiva do direito.** Org. e trad. de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. A voltas com laponderación. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, 2010, p. 43-59

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

_____. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. Ni positivismo jurídico ninoconstitucionalismo: uma defesa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 7, n. 2, jul.-dez., 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância**. 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula**. 05 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em: 17 fev. 2016. Brasília/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**. Trad. de Miguel Carbonell, n. 16, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. **Revista Brasileira**.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. NEGACIONISMO HISTÓRICO E CASO ELLWANGER – EFETIVIDADE OU SIMBOLISMO DA NORMA PENAL? Uma análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 425-464, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2015>>. Acesso em: 23 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i46.2015>.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **Cartas sobre el Humanismo**. trad. de Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2006. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0ByVW1G--4tQDOTNVS1VzdUIIU2c/edit>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 58, out.-dez., p. 177-209, 2014.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; RIBEIRO, Eduardo Papamanoli. Definindo a fundamentabilidade dos direitos. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 34, p. 97-111, fev. 2014. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/787>>. Acesso em: 23 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i34.787>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOLLER, Marx. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito**: o (des) velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito. Brasil. 2010. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2010.

_____. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Brasil. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2013.

_____; SANTOS, José Paulo S. dos. O positivismo em xeque: descobrindo as faces do juiz. In: COSTA, Carlos et al. (Orgs). **Pesquisa científica**: VIII Mostra de Iniciação Científica da Faculdade Meridional IMED. Passo Fundo: IFIBE, p. 109-122, 2014.

_____. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 9. ed. Campinas: Pontes, 2010.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direito Fundamentais não enumerados** – justificação e aplicação -. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

REIS, Isaac. Análise empírico-retórica do discurso constitucional: uma contribuição metodológica à pesquisa de base em direito. In: **Direito, educação, ensino, e metodologia jurídicos**. Organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Horácio Wanderlei Rodrigues, SamyraHaydêe Dal Farra Napolini Sanches, Alexandre Kehrig Veronese Aguiar. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad801013f6b931f3>>. Acesso em 07.05.2017.

ROESLER, Claudia. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Direito. UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 1, jan.-abr., p. 79-95, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **A epistemologia da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.