XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-212-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

JUSTIÇA FUNDADA EM ARISTÓTELES E NO SEU MEIO-TERMO: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 126.292 À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

JUSTICE FOUNDED IN ARISTOTLE AND HIS HALF-TERM: AN ANALYSIS OF HABEAS CORPUS 126,292 IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Daniela Menengoti Ribeiro [1]
Caroline Christine Mesquita [2]

Resumo

Busca-se neste artigo, com respaldo no método investigativo da pesquisa bibliográfica, abordar sobre a importância da manutenção e efetivação da justiça na vida digna do corpo social. Assim, traz-se à baila a questão da mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus 126.292, e sua influência para com a sociedade. Desse modo, é utilizada uma abordagem dialética com procedimentos históricos e comparativos entre os acontecimentos descritos pelos autores e pelas jurisprudências analisadas, no sentido de destacar a importância do guardião da Constituição, consubstanciar o justo e combater a impunidade que assola o Brasil.

Palavras-chave: Justiça, Corpo social, Impunidade

Abstract/Resumen/Résumé

Search in this article, to backed the investigative method of literature, addressing the importance of maintaining and effective justice in life worthy of the social body. Thus, it brings up the question of jurisprudential change the Supreme Court in habeas corpus 126,292, and its influence to society. Thus a dialectical approach to historical and comparative procedures between the events described by the authors and the jurisprudence analyzed is used in order to highlight the importance of the guardian of the Constitution, fleshing out fair and combat impunity that devastates Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Social body, Impunity

---

[1] Professora do Mestrado da Unicesumar. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. <daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br>.

[2] Mestranda da Unicesumar. Bolsista da CAPES. Especialista pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, bem como pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Maringá. Advogada. Endereço eletrônico: <chcmesquita@hotmail.com>.

INTRODUÇÃO

A qualidade intrínseca e distintiva dignidade da pessoa humana, em cada ser humano o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho desumano e degradante, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação na Política Democrática do Estado brasileiro. Além dessa máxima, a dignidade da pessoa humana precisa ser resguardada em sua essência junto ao Judiciário, concebido como órgão responsável por guardar a Constituição da República Federativa do Brasil. A jurisprudência vem demonstrando que o Judiciário brasileiro se posiciona de forma favorável à cláusula pétrea da dignidade da pessoa humana, porém sempre há novos desafios.

As primeiras dificuldades surgem para o jurista quando é incitado a manifestar-se a respeito da expressão constitucional Estado Democrático de Direito. A princípio parece simples definir o que seja um Estado de Direito, e que esse Estado é o responsável pela cunhagem do que se deve ou não fazer por meio de normas jurídicas; um Estado onde impera o princípio da legalidade é um Estado de Direito. Contudo, um Estado Democrático de Direito pressupõe que essa legalidade esteja mesclada a instrumentos democráticos de exercício do poder, o que importa em certa estrutura político-participativa, em certo aparato de instrumentos jurídicos de defesa de direitos e garantias igualitários, certo rito de escolha de representantes e, nesse passo, já se está a discutir política.

A aparência de neutralidade da expressão, erroneamente, atrás das malhas de formação do ordenamento jurídico e do processo constitucional de formação do esqueleto do Estado, nos bastidores de todo o processo de luta pelo poder de dizer o que é justo e o que é injusto, encontram-se fatores políticos. Assim, a neutralidade deixa de existir, para verificar-se que todo o sistema jurídico repousa num sistema de distribuição política do poder. Onde há Estado, há poder formalizado e, onde este reside está a política. Então, a política é o lastro que subjaz às frias estruturas jurídicas. A política não é um mal para as estruturas do Direito, pois, o mal decorre do uso que dela se faz para a manipulação dos interesses sócio-ideológico-econômicos.

Assim, a atividade jurisdicional destinada à solução dos conflitos, está garantida pela Constituição e nesta é que se encontram os princípios em respeito, aos quais o legislador ordinário deve regular toda a atividade judicial. Muitas vezes, esta pode inovar em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito, para dar ao pleito um mínimo respaldo às garantias constitucionais.

1. A DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA EDIFICADA EM ARISTÓTELES E NO SEU JUSTO MEIO

Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica, ou seja, procura resolver os conflitos gerados pela distribuição do justo na organização social, considerando a sociedade como um sistema orgânico de cooperação, seguindo a concepção de justiça como a o meio-termo nas relações, como sugere Aristóteles (1984. p. 72):

> **Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco — e este não é um só e o mesmo para todos.** Por exemplo, se dez é demais e dois é pouco, seis é o meio-termo, considerado em função do objeto, porque excede e é excedido por uma quantidade igual; esse número é intermediário de acordo com uma proporção aritmética. Mas o meio-termo relativamente a nós não deve ser considerado assim: se dez librás é demais para uma determinada pessoa comer e duas libras é demasiadamente pouco, não se segue daí que o treinador prescreverá seis libras; porque isso também é, talvez, demasiado para a pessoa que deve comê-lo, ou demasiadamente pouco [...]. Assim, um mestre em qualquer arte evita o excesso e a falta, buscando o meio-termo e escolhendo-o — o meio-termo não no objeto, mas relativamente a nós. (sublinou-se)

Sob este panorama se instaura não apenas na filosofia aristotélica, mas na literatura, na matemática e na medicina, a doutrina da mediania tendente ao bem do homem e da natureza. Sendo assim, a justiça deve através das instituições sociais,

garantir que não ocorram distinções arbitrárias entre as pessoas, mas a justa medida.

> Assim, a justiça supõe relação social, conflito e bilateralidade, exigindo a correspondência histórica de uma obrigação a uma pretensão dentro de certas proporções, que as situações histórico-sociais indicam. A justiça, como exigência de uma determinada ordem positiva, supõe o poder para realizá-la, mas, ao contrário de Trasímaco e dos sofistas, ela se distingue da força por estar acima dela, sendo o valor que justifica e legitima o poder. A justiça suponho, portanto, o poder, e sendo o direito pode ser compreendido, ainda, como o ideal de justiça realizado através de um poder qualificado. (GUSMÃO, 1985. p. 83)

O convívio humano, neste sentido deve ser regrado pelo direito para que a cooperação prevaleça sobre os conflitos. É este que estabelece a medida de aplicabilidade dos princípios de justiça social, do conhecimento de todos da sociedade, como resultado da razão[1] prática, dos casos concretos analisados, com a razão literal, da aplicabilidade das leis positivadas.

> Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, aplica-se em fixar o sentido da *epieikés* em relação ao do *díkaion*, assim constatando que, para o pensamento comum, o equitativo se distingue do justo por dele designar uma forma superior, e se torna sinônimo de bom. Ora, isso, explica ele, não deixa de colocar problema, pois, de duas uma: ou o equitativo e o justo são diferentes e, nesse caso, um dos dois não é bom, ou então são ambos bons e são idênticos. Por isso, Aristóteles propõe ver no equitativo o justo que vem completar o justo legal, porque a lei, enunciado geral, não diz nada dos casos particulares. Assim, a definição que a *Retórica* dá no julgamento equitativo manifesta toda a complexidade de uma apreciação que faz intervir parâmetros por certo claramente repertoriados, mas não numerosos quanto sutis, e se elabora sem guia explícito, em uma constante preocupação com a nuance e com o esforço sobre si mesmo. (DARBO-PESCHANSKI, 2007. p. 63)

Para solucionar as nuances gerados pela comaltação do justo legal e do justo natural, Aristóteles estabelece o justo político. Este por sua vez cria um particularismo moral, em que os homens devem buscar as virtudes, a qual atrelada

---

[1] O direito é mesmo arte e ciência. [...] difícil de apreender empiricamente sem aderir aos princípios normativos que ele tem o encargo de pôr em ação. Já foi evocado com frequência, a que ponto em direito "o que é observado veio a estruturar a própria observação". [...] A interação no campo de observação das categorias que são seus pressupostos e seus vetores só pode ser concebida *jogando-se o jogo da própria dialética jurídica*. Isso implica tomar por "terreno" o encadeamento perpétuo das sequências em cujo seio o direito lê o social, é lido, dispõe, renova-se em função daquilo mesmo que lhe dispôs [...]. (ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XXIX-XXX).

com a razão tenderá ao justo meio. Atenta-se, ainda que a possibilidade de se alcançar a justiça, na relação com o outro e, consequentemente, é a fusão racionalizada das virtudes naturais com as da sociedade, que impulsionam o convívio com o outro.

> Para Aristóteles, a razão não basta. De tanto praticar, o homem chega a ser virtuoso. As virtudes morais (ou cardeais: prudência, fortaleza, temperança e a sua síntese, a justiça) consistem no justo meio, que evita os excessos. [...] A previsibilidade do legislador não alcança a complexidade do mundo real. Os casos particulares precisam de uma adaptação da lei, elaborada em abstrato e incapaz de antever situações futuras. A tensão permanente entre a generalidade abstrata da lei e a singularidade concreta dos casos reais atenua-se com a equidade, aplicação da lei com uma consciência mais plástica, tendente à realização do justo, mais do que a fria observância da rigidez formal da lei. Equidade é a idéia mais aproximada à de justiça natural, predomínio do bom senso e do equilíbrio e contrária à inflexibilidade literal das normas convencionalmente postas pela civilização para manter a ordem a qualquer custo. (NALINI, 2008. p. 150-151)

O equilíbrio racional envolve observar se os princípios escolhidos pelas pessoas, através de um consenso baseado nas sua virtudes, combinam com a justiça, sendo possível a formação de uma sociedade estável. Para que isso ocorra, é fundamental que as virtudes dos indivíduos se encaixem com o justo legal de forma coerente, a fim de evitar as injustiças.

> Para julgar, tomar uma decisão deliberativa, o sábio não pode encontrar, quando se trata de ação humana, a única solução, fundamentada na instituição e na demonstração incontestáveis. Com efeito, no domínio da razão prática, ele só dispõe de raciocínios dialéticos, que na melhor das hipóteses, levam apenas a uma solução razoável. A norma em que o juiz se inspirará não é divina, nem absoluta, pois o homem prudente é que será seu único modelo. A regra, formulada pelo legislador humano, ainda que seja justa, só é adaptada às situações habituais. Quando a situação, saindo do trivial, não tiver sido prevista pelo legislador, o juiz deverá procurar, inspirando-se na equidade, uma solução mais justa do que a da lei, mais adequada ao problema. À justiça concebida como conformidade à lei, Aristóteles opõe, quando é preciso, uma justiça superior inspirada na equidade. Uma justiça humana, portanto imperfeita, não pode impor submissão incondicional: será normal temperar seus excessos pelo recurso à equidade, à misericórdia, à generosidade. (PERELMAN, 1996. p. 249)

Assim, entende como justo ou injusto a maneira pelas quais as instituições sociais tratam as a justiça, sendo injusto quando elas deixam de procurar o meio-

termo no corpo social. Logo, a concepção de justiça social deve ser tal que permita dispor racionalmente do justo natural e legal.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA APLICAÇÃO COMO A RÉGUA DE LESBOS

Os princípios, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1991, p. 299-300), são utilizados como suportes ou fundamentos do Direito. Na acepção clássica, constituem mandamentos centrais do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre as diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que se situam. Desse modo, são dotados de um grau de generalidade e abstração superior ao das regras, por conseguinte, maior é a amplitude de sua aplicação. Possuem uma flexibilidade mais acentuada que as regras, conjugando os valores jurídicos e sociais nele condensados.

No ordenamento jurídico, os princípios assumem múltiplas funções, seja como alicerce do sistema jurídico fornecendo os valores nos quais o intérprete deve se basear para a solução de questões controvertidas, seja como normas de condutas regulando o comportamento de seus destinatários na ausência de regras para hipóteses específicas, como assevera, Carl Larenz (1989, p. 577).

Para Robert Alexy (1993, p. 86), os princípios criam condições mais favoráveis pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras confrontados.

Dessa maneira, os princípios são normas jurídicas impositivas que criam condições favoráveis, compatíveis com vários graus de concretização, consoante o conjunto de circunstâncias que envolvem o caso concreto. Permitem a conjugação de valores, consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. (CANOTILHO, 2002. p. 134-135)

Por esse viés, Adriano de Cupis (2004, p. 23-24) assevera que os direitos da personalidade são os “direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”. Assim sendo, tem-se que os direitos da personalidade constituem verdadeiro mínimo necessário para a proteção do ser humano e de sua dignidade.

> A magnitude do princípio da dignidade humana justamente está refletida no fato de que, em sendo um fundamento da República, é um verdadeiro supraprincípio, o qual orienta e conduz toda a leitura e interpretação dos demais princípios, garantias e direitos contidos na Constituição, vinculando, além do Poder Público como um todo, os particulares. (CANTALI, 2009. p. 88-89)

Logo, para Luís Roberto Barroso (2003, p. 323) o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas só por sua existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que professe e quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto às condições materiais de subsistência. Desse modo, a dignidade da pessoa humana decorre dos princípios constitucionais fundamentais, considerados o mínimo necessário para a vida do homem com dignidade e respeito à sua pessoa e essência, indispensáveis para a garantia da justiça.

Os princípios da justiça não se aplicam a todos de forma única, estando condicionados ao exame do caso particular para que, a cada um, de maneira personalizada e singular, aplique a Régua de Lesbos, que se adapta e mede à dimensão dos indivíduos e dos objetos analisados. (MASCARO, 2012. p. 77-80)

> [Todavia] não há receita infalível, nem remédios miraculosos. Se alguém descobrisse uma vacina para imunizar a conduta de qualquer falha ética, teria aberto uma senda para a transformação da humanidade. Humanidade que atingiu tanto progresso, mas que ainda padece de enfermidades notórias no seu processo civilizatório. Pois progresso não se confunde com civilização. [...] Cada qual pode adotar a sua própria vereda. O essencial é que todo ser humano tenha a sua diretriz ética de perfectibilidade. Ninguém nega, em sã consciência, a vontade de viver eticamente. [...] É necessário perquirir a esse juiz interior se, em cada ato da existência, não se feriu eticamente o semelhante. (NALINI, 2001. p. 338)

Tais critérios são necessários, em razão da anÁlise decorrente de um sistema normativo, no qual se percebe conter sempre um elemento arbitrário, o valor afirmativo por seus princípios fundamentais. Todavia, não se encontra, logicamente, uma forma de se evitar tal arbitrariedade. A única pretensão que se pode, com todo o direito, alegar consistiria na eliminação de toda arbitrariedade que não seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema. Como, por outro lado, a arbitrariedade do sistema normativo vem sancionar desigualdades

naturais, que tampouco são suscetíveis de justificação, daí resulta que, por essa dupla razão, não há justiça perfeita e necessária. (PERELMAN, 1996. p. 66-67)

A justiça, por este norte, é vislumbrada como:

> [...] a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta, que é um facto da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. (KELSEN, 2001. p. 42)

Pautando-se nesta tendência, legalista de pensar, com uma raiz no nominalismo[2], se vislumbra que para ele fica radicada a ideia de justiça como hábito virtuoso do ser. "A justiça fica então reduzida ao interesse individual. Não passando de um vocábulo ideológico, que mascararia a busca de cada um por seus interesses pessoais ou, [...], pelos interesses de classes". (VILLEY, 2003. p. 158)

> Qual a necessidade de uma lei positiva quando o direito natural, por si só, é uma coerção suficiente? Para que empossar magistrados quando jamais ocorre qualquer desordem ou iniquidade? Por que limitar nossa liberdade original se, em todos os casos, o mais extremo exercício dessa liberdade original se revela inocente e benéfica? É óbvio que o governo jamais teria surgido se fosse completamente inútil, e que o único fundamento do dever de obediência é a vantagem que proporciona à sociedade, ao preservar a paz e a ordem entre os seres humanos. (HUME, 1995. p. 65-66)

Conquanto, a justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas, pois, também, diz respeito à forma certa de avaliar as coisas. "[...] O desafio é imaginar uma política que leve a sério as questões morais e espirituais, mas que as aplique a interesses econômicos e cívicos, [...]". (SANDEL, 2012. p. 323)

De tal modo, Amartya Sen (2011. p. 432) traduz que a ideia de justiça incluí casos de tipos deferentes, com soluções fáceis em alguns deles, com problemas muito difíceis para a decisão de outros. Assim sendo, um aspecto implícito é o

---

[2] Guilherme de Ockham, também escolástico, radicalizou a questão da valorização do indivíduo sobre o universo. Para ele os universais (dos clássicos e dos escolásticos) foram nomes os quais se referenciam aos indivíduos sem qualquer realidade metafísica funcionando como mediadora. Assim, ele assume a idéia da eliminação de qualquer referência não necessária para explicar o pensamento e a linguagem. Era a navalha de Ockham. Para ele, o sujeito cognoscente e sua experiência acerca do objeto eram os responsáveis pela explicação do conhecimento. Nasce o conceito de nominalismo de Guilherme de Ockham e de sua influência na construção da ciência experimental. (NASCIMENTO JÚNIOR, Antônio Fernandes. *Fragmentos da história das concepções de mundo na construção das ciências da natureza*: das certezas medievais às dúvidas pré-modernas. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ciedu/v9n2/09.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016).

reconhecimento de uma teoria ampla da justiça, que abre espaço para considerações não congruentes no interior de si, o que nem por isso causa incoerência, incontrolável ou inaplicável.

> A constatação de que o problema é insolúvel não nos impede de fazer duas extrapolações sob a forma de hipóteses, as quais, além disso, exatamente porque a condição é impossível, confirmam sua insolubilidade. Primeira hipótese: se todos os homens agissem moralmente, não haveria necessidade da política. Segunda hipótese: se a política conseguisse atingir a própria finalidade declarada, que não seria a de conquistar e exercer o poder, mas a de praticar a justiça, não haveria necessidade da moral. Moral e política, as duas éticas que nos governam e que são incompatíveis entre si, existem e continuam a existir porque nem uma nem outra são em si mesmas suficientes para garantir em conjunto a convivência civil e a sobrevivência. A moral ou ética dos princípios não garante a segunda; a política ou ética dos resultados úteis não garante a primeira. (BOBBIO, 1999. p. 112)

O conceito de justiça equiparado com o ardil, frio e insidioso, do legalismo, perde o seu senso da mediania. Dessa forma, o justo passa a ser, apenas, uma questão de dever-ser, uma norma imposta para a convivência social. Fazendo parte da construção do homem que reage ao injusto, imortalizando uma lei dura e inflexível, ante o pavor de uma relativização da justiça.

3. ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292: UM REFORÇO A APLICABILIDADE ARISTOTÉLICA DA JUSTIÇA

O *Habeas Corpus - HC 126.292*, chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Tribunal de Justiça da cidade de São Paulo. Nele se discute a legitimidade de negar-se provimento ao recurso exclusivo da defesa e de determinar-se o início da execução da pena. A polêmica se instaurou, ante a contrariedade da decisão em relação ao posicionamento firmado desde 2009[3] da Suprema Corte brasileira, de presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, com uma vitória de sete votos a quatro, o Plenário mudou a jurisprudência, afirmando que é, sim, possível a execução da pena depois de sua

[3] A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 16 mar. 2016)

confirmação em segunda instância, sem que haja ofensa ao princípio da presunção de inocência[4]. (RAMALHO, 2006. s/p)

O relator do processo no Supremo Tribunal Federal, o ministro Teori Zavascki (2016. s/p), o qual foi favorável a mudança do entendimento jurisprudência, sublinha em seu voto que:

> [...] os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.

Nesta esteira, o ministro Luís Roberto Barroso (2016. s/p), seguindo o voto do relator, sublinha que mesmo o Supremo apenas apreciando questões de meramente de direito, não mais de fatos, o cenário brasileiro aponta para um desprestígio as autoridades das instâncias ordinárias. Vislumbra-se, assim, que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias, meramente, de passagem, porque tudo se projeta para o Superior Tribunal de Justiça e depois sobe para o Supremo Tribunal Federal, numa sucessão infindável de instâncias. Contudo, o devido processo legal se realiza substancialmente em dois graus de jurisdição, na análise dos fatos, corroborados com as provas.

Por outro lado, o ministro Celso de Mello (2016. s/p), contraria este linha de pensamento, ao relatar em seu voto que:

---

[4] A presunção de inocência, nasceu em meio ao pacote de ideais Iluministas, visto que até a revolução francesa. O que se tinha, ante as bases do direito romano, era a menção da presunção de culpa e o direito penal do inimigo. Porquanto, se havia algo necessário de ser retirada do período da Inquisição, era a lição do que não deve ser um sistema processual penal minimamente equilibrado e justo. Dessa forma pensavam os iluministas, dentre os quais não estavam só os homens “da lei”, mas também os filósofos, historiadores, juristas, que buscavam não somente a imediata substituição do processo inquisitorial, mas também lutavam contra a onipresença do poder do estado e o descaso deste com a dignidade humana da população. (STEIN, Ana Carolina Filippon. *Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise(?)*: considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/Ww36SjL5RHNXYW85.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016)

> [...] que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

A seu turno, o ministro Marco Aurélio (2016. s/p) sublinha enfadonhamente que mesmo o preocupante quadro, que assola os tribunais superiores, de saturação de processos, os quais se acumulam e se arrastam no judiciário, "[...] nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência".

Ante tais ponderações e, seguindo o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000. p. 56-57), se denota que no direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo. A dignidade da pessoa humana, portanto, afigura como o centro sobre o qual gravitam todos os demais valores e direitos desenvolvidos pela espécie humana. Isto é, dissemina dos princípios uma eficácia positiva de modo a impor ao intérprete, a relação dos valores propostos pelo direito, com a eficácia negativa de defenestrar as normas, regras ou comandos que o contrariem, como uma forma de limitação à atuação do jurista.

> O Tribunal Constitucional procede a uma interpretação, intensiva e extensiva, do catálogo dos direitos fundamentais, erigindo-se em órgão central do Estado de Direito democrático. Procede à criação e descoberta de "novos" direitos fundamentais, consolida a consciência democrática dos cidadãos, e contribui, dentro dos limites que lhe forma apostos, para a consolidação do Estado constitucional. Para isso socorre-se dos instrumentos que lhe foram confiados pela Constituição, pois é seu guardião. (QUEIROZ, 2009. p. 385)

Seguindo tal perspectiva, nota-se que a virtude justiça é um valor, e este por sua vez é formado pela intuição, a qual capta os primeiros princípios. Sob está ótica se insere a conceituação do agir prudente, sendo este sinônimo de uma prática ética de consideração da singularidade de cada caso concreto e de cada particularidade humana. A boa conduta social, resultado da prudente eleição dos meios para que se alcance a justiça. Nessa esteira, a eleição e a decisão demonstram estar sob o domínio humano, com o seu julgamento a respeito do justo e do injusto torna-se algo

inerente a disposição racional e habitual direcionada para à boa ação de cada um. (MASCARO, 2012. p. 76-81)

Logo, o esforço implicado no ato de agir e julgar prudentemente é um esforço dimensionado de forma ética, e não por uma simples operação lógica-dedutiva a partir de regras gerais. Concatena-se que a ação virtuosa não é a mesma coisa que o caráter virtuoso. O ser virtuoso é aquele que conjuga esta duas ações. Pois, a técnica ou o acaso, não dá a habilitação para ser virtuoso. Neste sentido, a ação virtuosa em sua totalidade funda-se no caráter virtuoso do individuo. (BITTAR, 2008. p. 75)

Sendo assim, a escolha do ser justo não pressupõe, o designo do melhor,do perito em uma parte, mas antes de tudo do mais capacitado para conduzir o corpo todo, pautando-se na mediana. Uma vez que a justiça se insere na vigia e guarda racional, perpétua e transeunte, do diálogo do todo para se chegar ao meio-termo com o outro, permeando uma compreensão com o outro, considerando suas razões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Cortes Superioras brasileiras, necessitam continuar agindo ostensivamente no sentido de resguardar e fazer cumprir os preceitos máximos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana deve figurar como pedra toque de toda estrutura constitucional brasileira vigente, não podendo sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem frente a um relativismo perverso e inconstitucional. Logo, sendo o judiciário o legítimo guardião da Constituição deve, então, fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos.

A atividade jurisdicional destinada à solução dos conflitos, estando garantida pela Lei Maior. Nesta se encontram os princípios pelos quais o legislador ordinário regulou toda a atividade judicial. Assim, por conter uma ampla base axiológica, muitas vezes, o magistrado pode inovar em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão do justo natural e legal. Nessas oportunidades, o juiz compõe o justo político que vem completar o sistema objetivo do direito, para dar ao pleito um mínimo respaldo às garantias constitucionais.

Criando ou não um particularismo moral, com base nas normas vigentes e nas virtudes do magistrado, o certo é que a jurisdição é uma das forças

determinantes da experiência jurídica. Desse modo, a utilização da Carta Magna como repositório axiológico na interpretação das normas com o fito de permeá-las com os valores prevalecentes no meio social no momento em que é prolatada a decisão deve ser sensata e equilibrada, pois somente assim a referida decisão encontrará a justo meio.

Destarte, denota-se que a justiça não pode ser pensada isoladamente, sem o princípio da dignidade humana, assim, que a luta pelo efetivo acesso a uma vida digna, extrapola, e muito, o âmbito do jurídico. Somente uma ação conjunta e progressiva, pautada pela dialética das virtudes gerais e particulares, poderá enfrentar os desafios cada vez maiores e mais complexos que se apresentam ao alcance da justiça e do seu meio-termo centrado na vida dignificante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1984.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AURÉLIO, Marco. *Habeas Corpus 126.292 São Paulo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160225-06.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Execução provisória de decisão condenatória em 2º grau*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática reflexões framkfurtianas e a revolução pelo afeto. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Coord.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 16 mar. 2016

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DARBO-PESCHANSKI, Catherine. *Humanidade e justiça na historiografia grega, V-I a. C*. In: NOVAES, Adauto (Org.). Ética. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*: art.1º a 103. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Portugal: Almedina, 2001.

LARENZ, Carl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lago. Lisboa: Fudação Calouste Gulbenkian, 1989.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso de. *Habeas Corpus 126.292 São Paulo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160223-10.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NALINI, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NASCIMENTO JÚNIOR, Antônio Fernandes. *Fragmentos da história das concepções de mundo na construção das ciências da natureza*: das certezas medievais às dúvidas pré-modernas. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ciedu/v9n2/09.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*: as instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAMALHO, Renan. *Por 7 a 4, STF admite prisão logo após condenação em 2ª instância. Disponível em: < http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/02/maioria-do-stf-permite-prisao-logo-apos-condenacao-em-2-instancia.html>. Acesso em: 11 mar.* 2006.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STEIN, Ana Carolina Filippon. *Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise(?)*: considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/Ww36SjL5RHNXYW85.pdf >. Acesso em: 12 mar. 2016.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAVASCKI, Teori. *Corpus 126.292 São Paulo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.