

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

COMPREENSÃO E DECISÃO JUDICIAL: UMA LEITURA
“(IN)ADEQUADA” DO HC Nº 95.790-1, STF (RELATOR
EROS GRAU)

MAURICIO SALVADORI CARVALHO DE OLIVEIRA

Itajaí-SC

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

COMPREENSÃO E DECISÃO JUDICIAL: UMA LEITURA “(IN)ADEQUADA” DO HC Nº 95.790-1, STF (RELATOR EROS GRAU)

MAURICIO SALVADORI CARVALHO DE OLIVEIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí (SC), julho de 2013.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa pela orientação e conhecimentos transmitidos.

Aos Professores Doutores que compuseram a banca, Doutor André Karam Trindade e Doutor Paulo de Tarso Brandão, pela disponibilidade e atenção ao trabalho desenvolvido.

Aos Professores do Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, a todos agradeço na pessoa do Coordenador, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

Aos funcionários do Mestrado em Ciência Jurídica pela sempre cordial atenção.

À Professora Carmen Kowalski pela disposição em revisar o texto.

Ao Sandro Sell e a Maria Fernanda Pereira pelas críticas e sugestões ao longo deste percurso.

Aos meus pais, Celso e Marilene, pelo carinho, incentivo e apoio.
À minha esposa Mirian, amor da minha vida, e à pequena grande Daniela
pelo amor, dedicação e compreensão nos momentos de ausência.

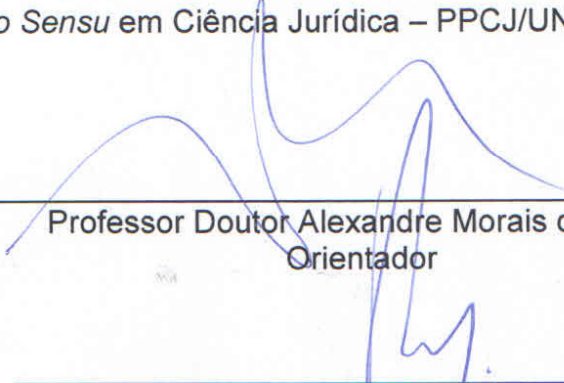
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 31 de Julho de 2013.

Mauricio Salvadori Carvalho de Oliveira
Mestrando

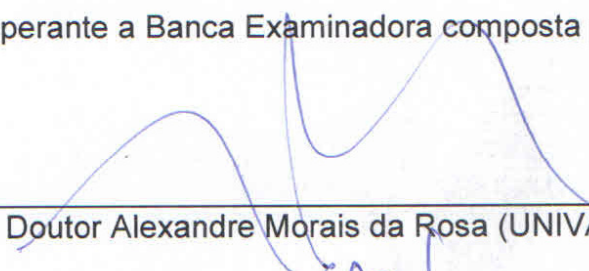
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



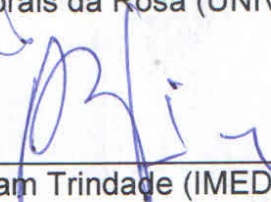
Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

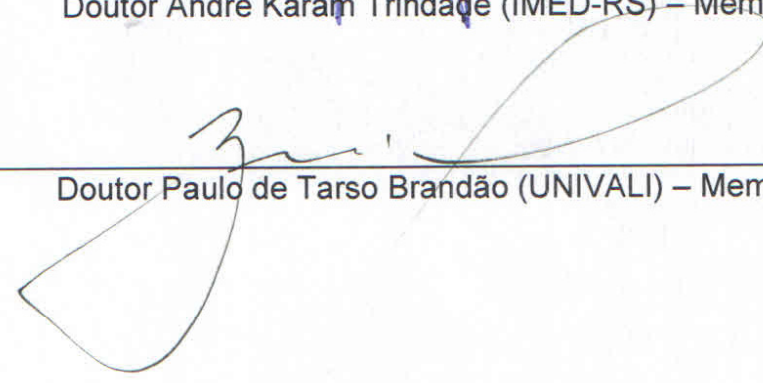
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Moraes da Rosa (UNIVALI) – Presidente



Doutor André Karam Trindade (IMED-RS) – Membro



Doutor Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), julho de 2013.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Círculo Hermenêutico: “O ente homem não compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem se compreender a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a ideia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo”¹. “A lei básica de toda a compreensão e conhecimento é a de encontrar, no particular, o espírito do todo e entender o particular através do todo. Nesta lei básica, a hermenêutica posterior irá encontrar antes um problema universal, questionado, de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular”².

Compreensão: “a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim, o próprio ser”³. “A compreensão é, enfim, aduz Heidegger, o ser existencial do saber-ser inalienável do próprio *Dasein*, de tal modo que este ser (a compreensão) revela por si mesmo como está a respeito do seu ser consigo mesmo”⁴.

***Dasein*:** “existe o ser humano no mundo, o *Dasein*, que é limitado, finito, existente. Ele é a base da consciência. Antes desta consciência vem o *Dasein*, que compreende a si, enquanto ele é, como tarefa. Ele tem que ser, e isto é inelutável. Este “ter-que-ser” é apreender-se no seu modo de ser sem poder fugir disso”⁵.

Diferença ontológica: “A diferença ontológica constitui o como (*wie*) tudo é acessível, vem ao encontro, mas ela mesma é inacessível ao pensamento objetificador. Todo nosso modo de pensar e conhecer o ente passa por aquilo que é sua condição de possibilidade. Todo o dar-se nesse como (*wie*), porém, é articulado

¹ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência:** o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. 2.ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p.90.

² GRONDIN, Jean. **Introdução a Hermenêutica Filosófica.** São Leopoldo: Unisinos, 1999, p.120.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.248.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise,** p.252.

⁵ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência,** p.83.

no enquanto (*als*), no algo enquanto algo da estrutura da compreensão que é o modo de ser do *Dasein*, a dimensão hermenêutica do círculo do hermenêutico”⁶.

Discricionariedade: “[...] é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de “discricionariedade””⁷.

Hermenêutica: “Hermenêutica significa, tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo”⁸.

Hermenêutica Filosófica: “A hermenêutica como teoria filosófica diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (*Weltzugang*). Pois é o modelo da linguagem e sua formação de realização – ou seja, o diálogo – que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo”⁹.

Metafísica: “A metafísica é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras e como princípio próprio um princípio que condiciona a validade de todos os outros”¹⁰. “A metafísica, seja na sua versão aristotélico-tomista, seja no modo como é tratada a questão do conhecimento no paradigma da filosofia da consciência, abandona o pensamento da diferença ontológica para se transformar em uma (mera) reflexão sobre a temática da diferença, concebendo a diferença ôntica como simples diversidade dos fenômenos para a subjetividade, e a identidade do ente consigo mesmo como identidade e permanência da essência dos fenômenos para o pensamento”¹¹.

⁶ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008, p.113.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: 4ª edição. Editora: Saraiva, 2011, p.39.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p.233.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p.247.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p.160.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 259.

Pré-Compreensão: “É a ideia que garante esta posição filosófica, de um todo em que não se problematiza o mundo como exterior, nem como é que ele chega a mim, mas em que já estou posto enquanto ser humano, ligado ao mundo. Este meu encontro com o mundo se costura mediante um aspecto de pré-compreensão.[...]. (...) numa dimensão prática, sempre estou ligado a um conjunto de coisas que constitui o mundo, o que me fornece uma primeira base para o conhecimento. [...]”¹².

Relativismo: “um relativismo, comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo o caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, que as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, e isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente conosco mesmo e com os outros”¹³.

Situação de exceção: “O Estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite”¹⁴.

¹² STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**, p.108.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.214-215.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2.ed. Tradução de: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007. Título original: Stato di eccezione: Homo Sacer II, p. 15.

SUMÁRIO

RESUMO	p.13
RESUMEN	p.14
INTRODUÇÃO	p.15

CAPÍTULO 1

ARQUEOLOGIA DE UMA DECISÃO	p.21
1.1 OS FUNDAMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS E FILOSÓFICOS	p.21
1.2 A DECISÃO E AINDA SEUS FUNDAMENTOS	p.29
1.2.1 Direito posto e direito pressuposto: entre a legalidade e a legitimidade do direito	p. 29
1.2.2 Teoria da exceção e a exclusão-inclusiva da “vida nua” no ordenamento jurídico	p.39
1.2.2.1 O Conceito de Exceção em Giorgio Agamben	p.40
1.3 O DES-VELAMENTO HERMENÊUTICO NO CASO CONCRETO	p.49

CAPÍTULO 2

O HORIZONTE DO PARADÍGMA HERMENÊUTICO FILOSÓFICO	p.60
2.1 A FUSÃO DE SENTIDOS NO HORIZONTE HERMENÊUTICO: OUTRO MODO DE COMPREENDER O CASO CONCRETO	p.71
2.1.1 Círculo Hermenêutico e Diferença Ontológica	p.73
2.1.2 Pré-Compreensão, Historicidade, Fusão de horizontes e Tradição	p.79
2.2 UMA LEITURA HERMENÊUTICA A PARTIR DE LENIO STRECK	p.87

CAPÍTULO 3

A (RE)LEITURA HERMENÊUTICA: A SUPERAÇÃO DO ARBÍTRIO?	p.94
3.1 EM QUE SENTIDO A DECISÃO ANALISADA MANTÉM O CARÁTER POSITIVISTA E A ABERTURA AO RELATIVISMO E A DISCRICIONARIEDADE	p.94
3.1.1 Des-velamento: “O aparente do oculto”	p.97
3.2 PERGUNTAS E RESPOSTAS CORRETAS: OS JOGOS DE LINGUAGEM NA DECISÃO JUDICIAL, ABERTURA INTERPRETATIVA E FECHAMENTO HERMENÊUTICO	p.107

3.3 FUSÃO DE SENTIDOS SOBRE A (RE)LEITURA DA DECISÃO JUDICIAL	p.114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.119
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p.125
ANEXO - Inteiro teor do <i>Habeas Corpus</i> nº 95.790-1, STF, da Relatoria do Ministro Eros Grau	p.131

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, identificou-se na decisão, por meio da abordagem Hermenêutica Filosófica, o deslocamento da relação de validade/eficácia do direito centrada na ideia de vigência e aplicação para a legitimidade do direito, numa perspectiva sociológica em que ganha relevância a adequação das normas de direito positivo aos usos e costumes histórico-culturais. Constatou-se, ainda, que a decisão em análise suspendeu a força normativa do artigo 44 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e atribuiu, às peculiaridades do caso concreto, força-de-lei, justificando-se no princípio normativo da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88).

O modo pelo qual, na decisão, a teoria da exceção agambeniana foi empregada mostrou-se inadequado. Esta inadequação reside no ponto de intersecção (= zona de indistinção) no qual vida nua e a norma jurídica se indeterminam e estão, paradoxalmente, dentro e fora do direito, possibilitando a exclusão-inclusiva no espaço de anomia. Com a consideração do princípio da dignidade da pessoa humana que, segundo a decisão, acudia a acusada e justificou a decisão, não se caracteriza essa indiferenciação, já que se encontra, integralmente, dentro do ordenamento jurídico e, por isso, fora dessa zona de indistinção. Dessa forma, o método utilizado deixou a decisão desconforme à Teoria da Exceção de Agamben por duas razões: a primeira é se o fundamento último se encontra dentro do ordenamento jurídico e a zona de indistinção desaparece, a resposta é normativa; a segunda, porque “a decisão não concerne nem a uma *quaestio iuris* nem a uma *quaestio facti*, mas à própria relação entre direito e fato”⁴³⁹.

Na latência, a decisão reconhece a existência do direito pressuposto e da Situação de Exceção para suspender o ordenamento em sua totalidade, não só os textos normativos que regulariam o caso concreto mas, também, todas as estruturas engendradas pela modernidade e constituídas a partir dos vários matizes da Tradição da filosofia política moderna. Mas, na prática, o que ficou aparente, foi a

⁴³⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 33

declaração da inconstitucionalidade sem redução do texto para dar, às normas do direito posto, interpretação conforme a Constituição e afirmar sua força normativa, conferindo, ainda, efetividade à dignidade do ser humano.

Todo esse “complexo modelo”, concebido na forma de um pluralismo teórico entre direito posto, direito pressuposto e teoria da exceção, pressupondo a ponderação de interesses, bens, valores e normas, apesar de produzir uma resposta em tese coerente, representa, em última instância (= discurso), a abertura do sistema jurídico ao Relativismo e à Discricionariedade. Enquanto, para outras correntes teóricas os princípios representariam o seu fechamento.

O viés hermenêutico, assumido como novo paradigma que encampa, segundo Lenio Streck, as três revoluções (da linguagem, do fundamento e da ontologia) recepcionadas pela teoria do direito, serve para operar a (re)construção hermenêuticamente adequada da decisão analisada, superar o esquema sujeito-objeto, o “solipsismo do sujeito assujeitador dos (sentido dos) objetos”⁴⁴⁰ e o modelo de aplicação judicial do direito no caso concreto.

A decisão proferida pelo Ministro Eros Grau, na tentativa de superar o positivismo jurídico e aproximar o texto jurídico da realidade, construída a partir do fato social (solidariedade das relações familiares), se mostrou vinculada à filosofia da consciência e abriu o sistema jurídico ao Relativismo e à Discricionariedade. Ressalte-se que, ainda que imbuído do senso de justiça, a escolha do fundamento foi pessoal, subjetiva e arbitrária.

Destarte, a Hermenêutica Filosófica é concebida como “um caminho seguro para propor parâmetros de controle para o poder do juiz criminal e, assim, limitar a decisão penal, evitando a discricionariedade e o decisionismo”⁴⁴¹. Já que a aplicação (Compreensão) do direito diz respeito ao intérprete (*Dasein*) e sua ação (linguagem) necessita de constrangimentos.

O que se apresentou foi, de um lado, o texto jurídico, com pretensão de validade universal e atemporal. De outro, os fatos, a atualidade, a presença, o “real”, o finito. No qual, a decisão judicial é *locus* dessa aproximação, da transposição da dualidade Metafísica, entre texto-norma, vigência-validade, direito-realidade, etc. E, essa ação se dá pela linguagem, pela fala do intérprete, pelo *Dasein*, no agora, por

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p.245.

⁴⁴¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**, p.56.

meio da fusão da experiência (passado) com a expectativa (futuro) no horizonte hermenêutico.

Assim, a aceitação, no sentido de reconhecimento da decisão (provinda da autoridade), no modo em que se tratou, diz respeito à justificação que é empregada. Ou seja, se, por um lado, o fundamento da decisão está conforme a Tradição, no sentido não objetivo da Hermenêutica, a Pré-Compreensão será autêntica e encontrará, no texto constitucional, sua conformidade. Isso porque a fundamentação da suspensão do ordenamento jurídico, por meio do reconhecimento do direito pressuposto e da Situação de Exceção ao ordenamento jurídico (texto da lei) no caso concreto, só foi possível, conforme demonstrado nos subcapítulos anteriores, por força da vontade (ato de poder) da autoridade (intérprete autêntico) que o proferiu. Embora se tenha salientado que, e aqui se repete, para Eros Grau, a legitimidade do direito decorre da autoridade “entendida como produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos que detêm o poder e o consenso do grupo social”⁴⁴².

Todavia, ao confrontar a justificação (fundamentação) utilizada com a abordagem Hermenêutica de matriz filosófica (heideggeriana e gadameriana) o que se constatou foi uma expansão daquilo que foi determinado pelo texto constitucional em vigor. Tanto que, conforme demonstrado na primeira parte do capítulo 2, se a relatoria do *Habeas Corpus* nº 95.790-1 fosse de outro Ministro, a decisão teria outra fundamentação com possibilidades de alteração no resultado, dependendo, nessa hipótese, não só do Relator, mas, também, da turma julgadora.

Verificou-se, então, a presença da diferença existente entre a exposição teórica e acadêmica de Eros Grau e sua aplicação prática. Isso porque, a um só tempo, na prática a decisão é proferida por um ato de poder e, simultaneamente, na teoria, afirma-se que esse ato é produto do racional relacionamento entre o detentor do poder e o consenso do grupo social.

Com relação aos problemas práticos levantados nessa leitura sobre a decisão conduzida pelo voto do Ministro Eros Grau, o primeiro deles se refere, à aplicação judicial do direito por cindir os momentos da Compreensão. Ou seja, conforme explicado no subcapítulo 2.1.2, ao utilizar-se da razão prática para

⁴⁴² GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**, p.86-87.

aproximar o texto do sentido do texto, com a pretensão de superar o positivismo jurídico (e, de fato, supera) Eros Grau transpõe a dualidade Metafísica entre direito e realidade. Mantém, contudo, a inobservância do Círculo Hermenêutico e da Diferença Ontológica, conservando, no nível (linguagem) da aplicação judicial do direito, a abertura do sistema ao Relativismo e à Discricionariedade.

Constatou-se, ainda, que a decisão construída a partir do fato social (= direito pressuposto, existente independentemente do Estado) e reafirmada, em tese, pela reação social contra sua violação, busca sua fundamentação num valor, a solidariedade das relações familiares e se consubstancia em princípio informador do direito pressuposto. Assim, no “aparente do oculto”, a decisão, para poder reconhecer a existência do direito pressuposto só o faz mediante a oposição do modo de produção do direito concebido pelo Estado moderno (= modo de produção capitalista) ao conceito de sociedade civil de Hegel. Não por necessário alinhamento do autor ao pensamento do filósofo alemão, mas pela necessidade que ele, Eros Grau, tem de contrapor o modo de produção capitalista do direito conforme exposto em suas obras e na própria decisão. E, com isso, poder legitimar a ideia de um direito pressuposto que nasce das relações de determinada sociedade e legitima a decisão como uma fonte “espontânea” do direito. Ou seja, adere à ideia de que não cabe ao indivíduo opor sua liberdade individual ao Estado, porquanto nele (Estado) se consubstanciaria “um único processo de realização da liberdade em suas várias acepções”, tendo na centralidade dessa concepção, assim como para Hegel, a Constituição como “função (de) reger as relações internas do Estado consigo mesmo e desse com a sociedade”⁴⁴³.

Acrescenta, assim, uma espécie de “direito vivo” para legitimar o direito posto. É o direito pressuposto, extraído diretamente dos princípios jurídicos, reflexivo das subjetividades formadora de padrões histórico-culturais. Com esse aprofundamento, numa dimensão mais abstrata, se desvela o oculto do aparente, a matriz filosófica (dialética hegeliana) que sustenta e possibilita o discurso da argumentação engendrado, que antes parecia ser retórico, para se convolar em elemento essencial para o reconhecimento do direito pressuposto. E, por outro lado, esse des-velamento, oculta a teoria da exceção de Agamben. Essa teoria é que

⁴⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da filosofia do direito**, p.17.

passa a ter função retórica, para persuadir os outros ministros a reconhecerem a “situação de exceção”. Tanto que os convence, mediante a invocação de precedentes jurisprudenciais que já haviam reconhecido a possibilidade de aplicar o ordenamento jurídico desaplicando-o, por reconhecer, no caso concreto, a “situação de exceção”, como na hipótese da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240 e na Reclamação nº 3.034 (voto-vista), ambas do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, Eros Grau crê que a “grande” legitimidade judicial advém não só do respeito da decisão às leis e princípios propriamente jurídicos. Mas, também, da capacidade de incorporação da força “universalizante” das instituições que integram o mundo da vida. E que, nesse caso, não haveria, necessariamente, a exclusão de um e de outro. Nesse sentido, o recurso à exceção de Agamben aparenta ter sido apenas retórico, para convencer a entrada no jurídico aos pares, do que para ele (Eros Grau), sendo Direito pressuposto, sempre foi jurídico.

Isso não significa que a decisão de Eros Grau tenha sido, por esse motivo, inautêntica, (in)correta ou inconstitucional. Pelo contrário, entende-se que produziu avanços ao alterar o sentido dos intérpretes e aproximou o conteúdo decisório da resposta correta no sentido de adequada hermenêuticamente à Constituição. Tanto que, passados três (03) anos e sete (07) meses dessa decisão, o plenário do Supremo Tribunal Federal (ainda que com votos vencidos), no julgamento do HC nº 104.339, reconhece a inconstitucionalidade dessa proibição.

Por fim, cabe falar, que ambos os modelos hermenêuticos fixam críticas sobre o positivismo jurídico e o que os distingue é a matriz teórica e filosófica que cada um emprega. Enquanto a interpretação/aplicação do direito, de Eros Grau, se mantém fixada na relação sujeito-objeto, a Hermenêutica Jurídico-Filosófica de Lenio Streck supera a filosofia da consciência e da representação por meio de uma relação sujeito-sujeito. Por isso, as duas leituras de uma mesma decisão com produção de sentidos diversos.

Destarte, por meio da abordagem Hermenêutica, se des-velou que o acesso ao mundo ocorre por meio de operações cognitivas e linguísticas, não subjetivas pois, se assim fosse, o mundo seria solipsista e não haveria possibilidade de comunicação estabilizada através do discurso. Assim, as pretensões de verdade e de conhecimento, derivadas do poder do falante, sujeito privado, solipsista,

enunciador de pretensões apodíticas, após a virada linguística e a virada pragmática, passaram a provir da prática pública da justificação dos atos de fala e do discurso. Com essa matriz teórica e prática, permite-se, aos participantes da comunicação, entenderem-se entre si acerca de algo no mundo por meio de trocas linguísticas intersubjetivas, afastando, assim, a radicalização da Compreensão cartesiana da modernidade e a relação consciência/mundo, abrindo, no campo das decisões judiciais, espaço para os jogos de linguagem.

Necessário pontificar, por fim, que os inúmeros questionamentos abertos nessa investigação e a fluência no emprego das abordagens filosóficas utilizadas esbarram nas limitações de tempo e entendimento do próprio autor deste trabalho. Sendo assim, novos estudos e reflexões são requeridos a partir desse novo horizonte.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de: Alfredo Bosi. 21.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Dizionario di filosofia.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2.ed. Tradução de: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007. Título original: Stato di eccezione: Homo Sacer II.
- _____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Título original: Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita I.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem**. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 12ª edição, ampliada, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 31/05/2013.
- _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora>. Acesso em: 17/05/2013.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política: uma relação difícil**. In: Lua Nova, nº 61-2004.
- BECKER, Laércio Alexandre,... [et al.]. **Qual é o jogo do processo?** L. A. Becker, organizador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOTTOMORE, Tom et al. : **Dicionário do pensamento social do século XX**. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07/04/2013.
- _____. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 11/11/1999.
- _____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 24/8/2006.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. "HABEAS CORPUS. PRISÃO EM

FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. Habeas Corpus nº 94.623/MS, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF. 19 de junho de 2008, publicado no DJe em: 24/11/2008. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp#. Acesso em: 07/04/2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240-7, da Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF. 9 de maio de 2007, publicado no DJe em: 03/08/2007. Ementário nº 2283-2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 11/04/2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. TRANSGRESSÃO DO DIREITO. JUSTIÇA E VINGANÇA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CB). Habeas Corpus nº 95.790-1, da Sessão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF. 7 de outubro de 2008, publicado no DJe em: 20/11/2008. Ementário nº 2342-3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 11/04/2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. Habeas Corpus nº 104.339, da Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF. 10 de maio de 2012, publicado no DJe de: 06/12/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 07/04/2013.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Eduardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Tradução de: Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. Título original: Giorgio Agamben: Una arqueologia de La potencia.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, coordenação; [autores:] Adamo Dias Alves...[et.al.]. **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de: Raul Filker. Editora Brasiliense, 1993.

CHIBENI, Silvio Seno. **Síntese da Estrutura das revoluções científicas, de Thomas Kuhn**. Departamento de filosofia da Unicamp. In: <http://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/structure-sintese.htm>. Acesso em: 20/06/2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Traduzido por: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: Pour un Droit Commun.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de: Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Force de loi.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Revisão e Tradução de: Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. Título original: L'età dei diritti.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Disponível em: http://www.galileu.radiocb.com/ebooks/durkheim_as_regras_do_metodo_sociologico.pdf. Acesso em: 19.07.2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's Empire.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1986. Título original: L'Archéologie Du Savoir.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Tradução de: Flávio Paulo Meurer; Revisão da Tradução de: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. Título original: Wahrheit und Methode.

_____. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de: Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Título original: Wahrheit und Methode II.

GENRO, Tarso. **Introdução do Direito**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. rev. e ampl. Editora: Malheiros. 2009.

GRONDIN, Jean. **Introdução a Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. vol. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.

_____. **Conhecimento e interesse: com um novo posfácio**. Tradução de: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. Título original: Erkenntnis und Interesse.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio**. Tradução de: Paulo Meneses ...[et. al.]. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2010. Título Original: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia: hermenêutica da faticidade**. Tradução de: Renato Kirchner. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. Título original: Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)

_____. **Ser e tempo**. 5. ed. Tradução de: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011. Título original: Sein und Zeit.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Organizado por: Richard Tuck. Tradução de: João

Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da Tradução de: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Montero e Maria B. Nizza da Silva. São Paulo: Abril cultural, 1983.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: Kritik Der Reinen Vernunft.

_____. **Crítica da razão pura**. Tradução de: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. Título original: Kritik Der Reinen Vernunft.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Reine Rechtslehre.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3.ed. São. Paulo: Perspectiva, 1992.

LOBOSQUE, Ana Marta. **A vontade livre em Nietzsche**. Orientador: Oswaldo Giacoia Jr. Tese de doutorado – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-89LKLY/tese_cd_3.pdf?sequence=1

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. In: Manuscritos-econômico-filosóficos. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Traduções de José Carlos Bruni. (Manuscritos econômico-filosóficos. Edgar Malagodi. (Para a Crítica da Economia Política). José Arthur Giannotti e Walter Rehfed. O Rendimento e suas Fontes e Leandro Konder (Salário, Preço, e Lucro). São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocência Mártires; e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Tradução de: Ana Prata. 3ª ed. Lisboa: Editora Estampa, 1988. Título original: Une Introduction Critique au Droit.

MIGUÉLEZ, Miguel Matínez. **Hermenéutica y Análisis del Discurso como Método de Investigación Social**. Disponível em: <http://investigacionsocial-alquelquis.es.tl/Hermeneutica-y-an%E1lisis-del-Discurso-como-M-e2-todo-de-Investigaci%F3n-Social.htm>. Acesso em: 31/05/2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. Tomo II.

MORIN, Edgar. **A unidade do homem**. Brasil: Cultrix, 1982. Título original: L'Unité de l'Homme.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Universidade de Coimbra: Coimbra editora, 1993.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. 1ª ed. Tradução de: Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução de: Denise Matos Marino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Introducción al análisis del derecho

NOGUEIRA, Alécio Silveira. **Direito e Linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica**. Curitiba: Juruá, 2013.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de: Álvaro de Vita. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Título original: Political liberalism.
- ROSA, Alexandre Moraes da ... [et. al.]. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.
- _____. **Jurisdição Real x Controle Penal**: Direito & Psicanálise, via Literatura. 1. ed. Petrópolis/RJ: Delibera/KindleBookBr, 2011.
- _____; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SAMHABER, Luis Mariano de La Maza. **La rehabilitación de la Filosofía del Derecho de Hegel en la filosofía hermenéutica**. VERITAS, vol. II, nº16, 2007, p.75-89. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2275961.pdf. Acesso em: 17.07.2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade**. Tradução de: F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p.141. Título original: Mind, language and society: Philosophy in the real world.
- SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Tradução de: Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. Título original: The Pioneering American Pragmatists.
- STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- _____. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. 2.ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- _____. **Aproximações sobre a hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luis. **Diferença (ontológica) entre texto e norma**. Afastando o fantasma do relativismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coordenador). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005.
- _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Hermenêutica e decisão jurídica**: questões epistemológicas. In: **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Alexandre Moraes da Rosa ... [et. Al.]; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: A epistemologia jurídica da modernidade. Reimpressão 2002. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de: Marcos G. Montagnoli; revisão da tradução e apresentação: Emmanuel Carneiro Leão. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco,

2012. Título original: Philosophische Untersuchungen.

ZAFFARONI, Eugênio R et al. **Derecho penal: parte general**. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 4ª edição, 2002.

ANEXO

Inteiro teor do *Habeas Corpus* nº 95.790-1, STF, da Relatoria do Ministro Eros Grau:

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 222 Divulgação 20/11/2008 Publicação 21/11/2008
 Ementário nº 2342 - 3

498

07/10/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.790-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACIENTE(S) : SILVANA OLIVEIRA AZEVEDO
 IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº
 22723 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. TRANSGRESSÃO DO DIREITO. JUSTIÇA E VINGANÇA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CB).

1. Controvérsia a propósito da possibilidade, ou não, da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Irrelevância para o caso concreto, face a sua peculiaridade. Situação de exceção.
2. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitiva irmão na penitenciária.
3. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local.
4. Decreto de prisão cautelar dissociado da necessidade da imposição medida extrema de cerceio da liberdade *ante tempus*. Condições subjetivas favoráveis, justificando exceção à vedação da liberdade provisória.
5. Dizer "peculiaridade do caso concreto" é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode a paciente.
6. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porquanto não fosse devido.
7. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima, no caso dos autos, não é individualmente identificada. É a própria



Supremo Tribunal Federal

499

HC 95.790 / MS

sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa uma pessoa, sem necessidade, não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente foi presa em flagrante levando pequena quantidade de maconha na sola de um tênis, talvez sem saber [a droga teria, supostamente, ali sido colocada por outra pessoa, sem conhecimento da paciente]. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe.

Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de outubro de 2008.


EROS GRAU

RELATOR

Supremo Tribunal Federal **500**

07/10/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.790-1 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
PACIENTE(S) : SILVANA OLIVEIRA AZEVEDO
IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº
22723 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: A paciente foi presa em flagrante portando pequena quantidade de maconha quando visitava seu irmão na penitenciária.

2. Processada pelo crime de tráfico de entorpecentes, impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, tendo sido beneficiada com a liberdade provisória em razão do deferimento de medida liminar.

3. A Primeira Turma Criminal do TJ/MS denegou a ordem ao analisar o mérito do writ, cassando o benefício concedido à paciente.

4. Sobreveio nova impetração no STJ, que o indeferiu.

5. Daí este habeas corpus, no qual se alega o quanto segue:

[i] excesso de prazo da instrução criminal;

[ii] primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixos;



Supremo Tribunal Federal **501**

HC 95.790 / MS

[iii] ausência de dados reais e concretos que justifiquem a segregação cautelar.

6. Requer, liminarmente, seja deferida a liberdade provisória. No mérito, a concessão definitiva da ordem.

7. A PGR é pela concessão da ordem.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

502

HC 95.790 / MS

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Não obstante a controvérsia a respeito da possibilidade, ou não, da liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes, tenho, na linha do parecer do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi e em face das peculiaridades do caso, que a ordem deve ser concedida. Leio trecho desse parecer:

"O writ merece ser conhecido.

Não se olvida, conforme se extrai dos autos, que o excesso de prazo aqui aduzido não foi ventilado nas instâncias inferiores, o que obsta o conhecimento do tema por esta Suprema Corte, sob pena de supressão de instância.

Por outro lado, melhor sorte assiste ao impetrante no que atine à falta de fundamentação para a prisão preventiva, o que garante o desfecho favorável da impetração. Conforme consta dos autos, a decisão que indeferiu a liberdade provisória apresenta o seguinte teor (fl. 25):

'(...)

A requerente foi presa em flagrante, tendo sido acusada da prática de tráfico de substância entorpecente. O delito de tráfico de substâncias entorpecentes é considerado crime hediondo, grave, o qual causa grandes transtornos à sociedade, onde a população espera uma resposta enérgica do poder judiciário, devido a grande onda de violência, constante em nosso país causado principalmente pela desenfreada comercialização de drogas.'

Como é cediço, a custódia provisória, diante de sua excepcionalidade, só pode permanecer quando revestida de legalidade e razoabilidade. No caso dos autos, não se mostra razoável a continuidade da restrição de liberdade do paciente, que já ultrapassou um ano e dois meses, sem que haja qualquer demonstração concreta de uma das hipóteses que autorizam a segregação cautelar.

A esse respeito, pedimos vênias para transcrever as valiosas colocações do Dr. Carlos Eduardo Oliveira



Supremo Tribunal Federal

503

HC 95.790 / MS

Vasconcelos, manifestadas em parecer emitido nos autos do RHC nº 22.723/MS (fls. 24/28):

`(...)

7. No que tange à necessidade da custódia, o STJ tem entendido que se impõe a demonstração objetiva com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da medida cautelar na hipótese em exame, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou econômica, à regular instrução criminal ou à efetiva aplicação da Lei Penal, nos termos do art. 312 do CPP.

8. No entanto, na hipótese dos autos, a decisão indeferitória da liberdade provisória se limitou a repisar elementos presentes em qualquer crime de tráfico ilícito de drogas, destacando a gravidade do delito e o aumento global da criminalidade, sem mencionar um só fato concreto que demonstrasse a real necessidade da segregação cautelar (...).

9. Seguindo a argumentação apresentada no indeferimento da liberdade provisória, o TJ-MS, quando do julgamento do habeas corpus originário (fls. 2-10), também se reportou à gravidade abstrata do crime de tráfico, sem aduzir qualquer fundamentação à denegação da ordem nos termos do art. 312 do CPP:

[...]

10. Assim, frente a ausência de fundamentação na decisão que indeferiu a liberdade provisória, o reconhecimento da ilegalidade da custódia da paciente é de rigor, cumprindo restabelecer-lha, sem prejuízo de nova decretação da prisão, desde que fundamentada em algo mais que meras suposições, ou seja, fato concreto do processo em questão.

11. Destaque-se, ademais, que as condições subjetivas da recorrente são favoráveis, não estando presentes nos autos qualquer informação de que, em liberdade, irá obstruir a instrução criminal, a aplicação da lei penal, muito menos ameaçar a ordem pública e/ou econômica'.

Tem-se, pois, a partir da análise do caderno processual, que a medida acauteladora embasou-se na necessidade de resguardar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal, sem demonstrar, no entanto, qualquer elemento concreto que indicasse a consistência desses argumentos. O argumento de que o crime imputado ao paciente é hediondo não ampara a medida constritiva, já que a gravidade abstrata do delito deve repercutir apenas no cálculo da pena, devendo o juiz valer-se de elementos concretos que revelem a necessidade da custódia.'

Supremo Tribunal Federal

504

HC 95.790 / MS

[...]

Não bastasse, a quantidade e o tipo de droga apreendida (100 gramas de 'maconha'), bem como as circunstâncias do crime (não é demais lembrar que a Paciente levou o tênis que continha a droga a pedido de seu sobrinho) exigem do julgador tratamento proporcional à extensão do delito, sob pena de tornar a medida excepcional instrumento de cumprimento antecipado da pena.

Ressalte-se que a busca pela efetividade processual e pela referida credibilidade do Poder Judiciário não podem jamais conduzir à demasiada objetividade do processo penal, sob pena de envolver-se à arbitrariedade ao ignorar as peculiaridades do caso concreto, e até mesmo por em xeque princípios constitucionais que asseguram expressamente a fundamentação das decisões judiciais.

Por fim, as condições objetivas favoráveis da Paciente ganham relevo, demonstrando que ela faz jus à liberdade provisória, superando-se a presunção legal da legitimidade do decreto construtivo provisório.

Sendo assim, forçoso concluir que a custódia preventiva, que já perdura por mais de um ano e dois meses, não se apoiou em fatos que demonstrem a atual necessidade da segregação da paciente, estando, pois, configurado o constrangimento ilegal a ser sanado nesta ação de habeas corpus.

Ante o exposto, ausente fundamentação idônea que justifique a constrição cautelar, bem como evidenciado pelas condições subjetivas da paciente e objetivas do fato objeto da *persecutio*, opinamos pela concessão da ordem, para que a paciente seja imediatamente posta em liberdade, salvo se presa por outro motivo" [fls. 41/46].

2. Dizer "peculiaridades do caso concreto" é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, no caso, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode a paciente.

3. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano

Supremo Tribunal Federal **505**

HC 95.790 / MS

sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido.

4. A regra diz ser incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. Daí que, nos seus termos, a prisão preventiva da paciente dela necessariamente decorreria. No caso, contudo, a exceção afasta a regra.

5. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. A norma geral deixaria de sê-lo [= deixaria de ser geral] se a contemplasse. Da exceção não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável a sua descrição --- daí dizermos que a exceção está no direito, ainda que não se a encontre nos textos normativos de direito positivo¹.

6. Pois ela não está situada além do ordenamento, senão no seu interior. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença no entanto capturada pelo direito. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a

¹ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto, sétima edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, págs. 328 e ss.



exceção². Daí que ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Aplica a norma à exceção *desaplicando-a*, isto é, retirando-a da exceção, retirando-se desta³. Este tribunal tem assim procedido em alguns casos, assumindo claramente tê-lo feito. Menciono, para dar exemplo disso, as decisões tomadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, da qual fui relator, e na Reclamação 3.034.

7. Aqui, no caso de que cogitamos, estamos diante de exceção. A regra que diz ser incabível a liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes não pode colher a situação descrita nestes autos, pena de transgredir a própria ordem na qual se compõe. Pois é certo que sua aplicação conduziria a afronta à dignidade da pessoa humana, valor transformado em princípio normativo no texto da Constituição de 1988.

8. O TJ/MS negou a concessão da liberdade provisória com esteio apenas na gravidade do crime, a provocar clamor social, na credibilidade da Justiça e na suposição de que a paciente poderia voltar a delinquir. Leio no acórdão:

"[...] constata-se que estão presentes os pressupostos para a prisão cautelar, visto que a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, sendo que o dolo do delito deverá ser analisado na sentença e não neste momento em que a instrução está apenas começando.

² Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua*, trad. de Henrique Burgo, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2.002, pp. 26 e 27. Vide GILBERTO BERCOVICI, *Constituição e Estado de exceção permante: atualidade de Weimar*, Azougue, Rio de Janeiro, 2.004, pp. 65-75.

³ A expressão é de GIORGIO AGAMBEN, ob.cit., pág. 25.



Supremo Tribunal Federal **507**

HC 95.790 / MS

A manutenção da paciente presa também é necessária para assegurar a aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública, pois em liberdade voltaria a delinquir, já que o crime imputado é grave, com pena elevada, devendo-se impedir que tente se furtar dos efeitos de eventual condenação, sendo que sua liberdade, nessas condições, consistiria, sem dúvida, em verdadeiro descrédito ao Judiciário" [fl. 20]

9. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido de que nem a gravidade do crime, nem o clamor social, conferem base sólida à decretação da prisão cautelar para garantia da ordem pública.

10. No que tange ao fundamento da garantia da aplicação da lei penal, o TJ/MS apenas **presume** que da liberdade do paciente resultará reiteração criminosa. Ora, tratando-se de medida excepcional de privação da liberdade *ante tempus*, simples presunção de reiteração na prática delituosa não tem relevo para a decretação da prisão cautelar.

11. Ademais, não há certeza quanto à condenação da paciente, vez que a defesa sustenta que ela não tinha conhecimento de que o ténis que levava para seu irmão na penitenciária continha substância entorpecente:

"a paciente teria ido ao Presídio da Capital visitar o irmão, André Luiz de Oliveira Azevedo e que o sobrinho Eduardo Azevedo Arruda pediu-lhe que levasse um par de ténis para André Luiz. No par de ténis havia 100 (cem) gramas de maconha" [fl. 3]

12. A prisão preventiva da paciente não anteciparia meramente a sua condenação, porém uma autêntica vingança do Estado, *rectius* da sociedade civil. A condenação cederia espaço à violência incontida



Supremo Tribunal Federal

508

HC 95.790 / MS

da vendeta. É como se a sociedade civil, representada por um Estado que ainda com ela se confunde, se vingasse de si própria por ser o que é, e como é, na pessoa da paciente. Explico-me.

13. O Estado moderno é ainda determinado por certos particularismos, antagônicos a outros. Ainda se confunde, por uma larga parte, com o Estado do exterior, o Estado da necessidade e do entendimento, isto é, carrega características da sociedade civil, que, logicamente supracitada no sistema hegeliano, ainda não encontrou a sua plena realização nas estruturas engendradas pela modernidade. Nele se constrói a paz burguesa, dotada de caráter temporário na medida em que o dissenso entre os particularismos antagônicos é apenas mediado, superado pela conveniência --- o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem supracitação, mas justaposição conflitante.

14. Por certo superpõem-se, no mundo da vida, manifestações próprias a ambos, ao Estado moderno e ao Estado na concepção hegeliana. Mas o que prevalece, na forma institucional do primeiro, é a apropriação, pela burguesia, dos monopólios da violência e da tributação, caracterizando uma eticidade (*Sittlichkeit*) ainda não de todo permeada pela racionalidade como razão efetiva.

15. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. Essa brutalidade, infernal, não pode ser tida --- repito

Supremo Tribunal Federal

509

HC 95.790 / MS

--- senão como expressiva pura e simplesmente de vingança, exclusivamente de vingança de quem se compraz em fazer o mal..

16. A este tribunal incumbe a elevada missão de afirmar a força normativa da Constituição e de conferir efetividade à dignidade do ser humano, que o seu artigo 1º declara. Submeter a paciente ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Aliás, é da inclusão de situações como tais no ordenamento -- e da exclusão de outras, a pretexto de razoabilidades e proporcionalidades --- que depende a regularidade do seu funcionamento. Direi mesmo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras.

Concedo a ordem, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até eventual sentença penal condenatória transitada em julgado.



*Supremo Tribunal Federal***510****SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 95.790-1**

PROCED.: MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE.(S): SILVANA OLIVEIRA AZEVEDO

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 22723
DO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **deferiu** o pedido de **habeas corpus**, **nos termos** do voto do Relator. **2ª Turma**, 07.10.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador