XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

Copyright © 2019 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LEI INJUSTA: DO ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME À AUTONOMIA DO DIREITO

UNFAIR LAW: FROM THE ANTI-CORRUPTION BILL DRAFT TO THE AUTONOMY OF LAW

Maria Izabel Dos Reis Rezende [1]
Viviane Aprigio Prado e Silva [2]

Resumo

Este trabalho aborda o anteprojeto anticrime proposto pelo ex-magistrado Moro, especificamente o início do cumprimento da pena antes da sentença transitar em julgado e o plean bargain à luz dos referenciais teóricos de DWORKIN, STRECK, RAWLS e AGAMBEN, respectivamente ao direito como integridade, à Crítica Hermenêutica do Direito, à justiça e ao estado de exceção, mediante o método fenomenológico-hermenêutico. Analisar se as medidas violam princípios constitucionais frente à autonomia do direito compreendendo se é uma lei justa ou uma lei injusta cuja desobediência civil ressoa necessária para não se incorrer em um estado de exceção.

Palavras-chave: Anteprojeto anticrime, Lei injusta, Princípios constitucionais, Autonomia do direito, Estado de exceção

Abstract/Resumen/Résumé

This research deals with the anti-corruption bill draft proposed by the former Magistrate Moro, specifically the beginning of the punishment before the final sentence and plean bargain in the light of the theoretical references of DWORKIN, STRECK, RAWLS and AGAMBEN, respectively to the law as integrity, to the Critical Hermeneutics of Law, to justice and to the state of exception, through the phenomenological-hermeneutic method. Analising if the measures violate constitutional principles against the autonomy of law understanding if it is a fair law or na unfair law whose civil disobedience resonates necessary to avoid a state of exception.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-corruption bil draft, Unfair law, Constitutional principles, Autonomy of law, State of exception

[1] Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus e Procuradora Jurídica da Universidade de Rio Verde.

[2] Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Procuradora Geral da Universidade de Rio Verde e Doutoranda em Direito Público pela Unisinos.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho tenciona-se investigar os fundamentos jurídicos do anteprojeto de lei denominado de anticrime proposto pelo ex-magistrado Sérgio Fernando Moro, atual Ministro da Justiça, especificamente acerca das medidas relativas ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença e do acordo entre o réu e o Ministério Público, mediante a dispensa da produção de provas, como suficiente para a aplicação imediata da pena, à luz dos referenciais teóricos preconizados por Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck, John Rawls e Giorgio Agamben.

O referencial teórico de Ronald Dworkin se evidencia como fundamental para compreender o "direito como integridade", da forma como as inovações legislativas precisam respeitar e manter um sistema coerente e da forma como o Poder Judiciário agirá nos julgamentos de casos difíceis enquanto responsável por garantir as virtudes da equidade, justiça e devido processo adjetivo.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, preconizada por Lenio Luiz Streck, busca-se compreender a complexa interpretação e aplicação do Direito como medida necessária para que a hermenêutica seja desenvolvida a partir dos elementos construídos no círculo hermenêutico e não se incorra na mera reprodução literal de leis.

Por meio da concepção de justiça defendida por John Ralws chega-se ao prognóstico de que se o anteprojeto for considerado injusto sem exceder os limites da justiça precisará ser cumprido, mas que se for injusto de modo a exceder os limites, violando as liberdades básicas do indivíduo, a desobediência civil será o caminho correto.

Violação de liberdades básicas que poderá ou não ocasionar o estado de exceção defendido por Giorgio Agamben como uma suspensão da ordem jurídica, um vazio de direito que viabiliza a instauração de um regime totalitário.

Sob essa ótica, busca-se compreender se o anteprojeto viola os princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal e se haverá ou não o dever do seu cumprimento se for aprovado e ingressar no ordenamento jurídico. Surgindo assim, como principais problemas enfrentados por este artigo, a questão de saber o que pode ser entendido como direito e justiça diante dos princípios deontológicos constitucionais e se há um dever de cumprimento diante de leis que possam ser injustas.

Para tanto, a pesquisa se delineia pelo método fenomenológico-hermenêutico, pois não se trata de uma análise externa na qual o próprio investigador se insere no mundo em que a pesquisa envolve. Ademais, a técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por

meio de investigação bibliográfica assentada nos preceitos de Ronald Dworkin no que se refere ao "direito como integridade", Lenio Luiz Streck em relação à Crítica Hermenêutica do Direito, Jonh Rawls acerca da concepção de justiça e Giorgio Agamben sobre o estado de exceção.

1 O anteprojeto de lei anticrime e a concepção de justiça de John Rawls

Recentemente se tem discutido sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo ex-magistrado Sérgio Fernando Moro, atual Ministro da Justiça. Trata-se do anteprojeto de lei denominado de anticrime que objetiva estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

O mencionado anteprojeto tem o objetivo de promover a alteração de diversos diplomas legislativos, quais sejam: o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), a Lei n. 8.072/90 que dispõe sobre os crimes hediondos, a Lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), a Lei que trata sobre a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96), a Lei que versa sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/98), o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), a Lei n. 11.671/2008 sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, a Lei 12.037/2009 que trata sobre a identificação criminal do civilmente identificado, a Lei das organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013) e a Lei n. 13.608/2018 que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimentos de denúncias e sobre recompensas por informações que auxiliem nas investigações policiais.

Dentre os diversos dispositivos do anteprojeto pretende-se analisar dois pontos que causam um intenso debate, um que dispõe que ao proferir o acórdão condenatório o tribunal já irá determinar a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias e o outro conhecido como *plea bargain*, um instituto por meio do qual o réu realiza um acordo com o Ministério Público, por meio do qual se declara culpado antes do transcurso de um devido processo legal e com isso há a aplicação imediata da pena, *in verbis:*

> Mudanças no Código de Processo Penal:
>
> Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

(...)
Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.
(...)
Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.
§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:
I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e
III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.
§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.
§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.
§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.
§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.
§ 10 No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.
§ 11 A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.
(...)

Ocorre que o Estado Democrático de Direito Brasileiro instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, de acordo com o artigo 5º, incisos LIV e LVII. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

O fato de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória decorre do princípio da presunção da inocência, princípio esse que surgiu

como um importante mecanismo no combate às prisões arbitrárias que eram impostas às pessoas que eram consideradas como culpadas antes de terem sua culpabilidade de fato provada.

O princípio da presunção da inocência importa em resguardar a própria dignidade da pessoa humana de modo que o indivíduo investigado ou processado não pode ser estigmatizado antes da existência de um decreto condenatório. Nereu José Giacomolli assim leciona:

> Uma leitura das regras do processo penal, a partir do princípio da presunção de inocência, é uma exigência constitucional irrenunciável e demonstrativa do grau de evolução da valoração do ser humano e da cidadania, bem como da passagem do plano da retórica política à concretização constitucional. (2018, p. 477)

Ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 em 17 de fevereiro de 2016 tenha alterado o entendimento e passado a admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é possível aceitar essa situação como justa, pois há a relativização de uma garantia constitucional (GIACOMOLLI, 2018, p. 474)

Determinar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória além de violar preceitos constitucionais, é também fomentar sem justificativa a indenização uma vez que as prisões e penas podem ser e são alteradas no STJ e STF.

Não obstante, nos casos em que seja necessário que o investigado permaneça recluso durante o trâmite processual, no ordenamento jurídico brasileiro, art. 312 do Código de Processo Penal, já há a prisão preventiva como modalidade de prisão processual prevista para assegurar a aplicação da lei penal e para garantir a ordem pública, a ordem econômica e a conveniência da instrução criminal. (Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, 1941)

Nesse contexto, em relação ao *plea bargain* (dispensa da produção das provas e aceitação da confissão do réu como uma forma de acordo suficiente para a aplicação imediata das penas cuja homologação importa em sentença condenatória), observa-se uma incompatibilidade com a garantia constitucional do devido processo legal.

A necessidade de um devido processo legal para que o indivíduo possa ter sua liberdade privada consubstancia-se no valor inerente do ser humano de não ser manipulado, mas de participar ativamente mediante um diálogo efetivo no processo, no qual possa provar a ausência de legitimidade para o ato coercitivo. Fundamenta-se na necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana enquanto um ser capaz de mensurar e colaborar para a busca da

verdade processual. Um valor instrumental por meio do qual se assegura a aplicação imparcial e igualitária das leis. (MENDES; VALE, 2018, p. 460).

Carlos Nino (2002, p. 446-447) assevera que o devido processo legal é uma garantia da democracia, pois um ato que possa ocasionar a restrição de um direito deve ser realizado com a máxima cautela a fim de que atenda às condições que o tornem legítimo. O indivíduo destinatário do ato de coação deve participar não somente de forma geral do debate que conduz à lei, mas também do ato que possa privá-lo do direito no caso específico.

O princípio do devido processo legal impede que o homem seja transformado em um mero objeto da ação estatal. É necessária a existência de um processo justo, não apenas um processo cujas regras estejam previamente previstas em lei, mas um processo justo e adequado sob um aspecto material que condiciona o próprio papel inovador do legislador que deve respeitar as garantias e liberdades básicas dos indivíduos. (MENDES; VALE, 2018, p. 461)

É na perspectiva das garantias do processo que o devido processo legal garante uma série de garantias constitucionais, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa e ao julgamento por um juiz natural, previstos no art. 5º, incisos LIII e LV. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Com isso, observa-se que se o governo não é capaz de levar os direitos a sério, também não será capaz de levar a própria lei a sério. (DWORKIN, 2002, p. 314)

Para que a justiça seja cumprida é necessário que a democracia constitucional seja resguardada, de modo que as instituições, ainda que eficazes e organizadas, se forem injustas, devem ser reformadas ou abolidas, pois numa sociedade justa as liberdades da cidadania são invioláveis conforme expõe John Rawls:

> Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar de todos os outros podem anular. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. (1997, p. 30)

O objetivo do legislador ideal ao elaborar as leis é atingir resultados que, ainda que não almejados ou previstos, sejam os melhores do ponto de vista da justiça social. Onde houver justiça formal, estado de direito e respeito às expectativas legítimas provavelmente haverá uma justiça substantiva. (RAWLS, 1997, p. 30)

E, no caso, o respeito à expectativa legítima de que os princípios constitucionais seriam cumpridos não está sendo garantido pelo anteprojeto.

Há, pois, um dever natural de apoiar e promover as instituições justas, de fazer o que as instituições justas ou ao menos justas, na medida do razoável, exigem, pois a consciência pública de que as pessoas estão aptas a agir de acordo com uma concepção comum de justiça perfaz um grande valor coletivo. (RAWLS, 1997, p. 385)

Há também um de aceitar leis injustas quando a base de uma sociedade é razoavelmente justa e quando há a adoção do princípio da maioria, mas a aceitação das leis injustas só deve ocorrer se não forem ultrapassados certos limites de injustiça, pois negar as liberdades básicas dos indivíduos vai de encontro aos direitos da maioria na convenção constituinte. (RALWS, 1997, p. 392; 394)

Segundo John Ralws (1997, p. 396), as leis e políticas somente são justas se forem capazes de respeitar as restrições estabelecidas por uma constituição justa e empreenderem esforços para seguirem os princípios corretos.

Ocorre que no caso do anteprojeto não é possível concluir que estão sendo respeitados os limites de injustiça, pois os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção da inocência constituem garantias básicas previstas no art. 5º, ou seja, garantias básicas previstas por uma constituição justa que foi promulgada há pouco mais de 25 (vinte e cinco) anos como resposta às barbáries que antes predominavam.

Quando a validade de uma lei criminal é questionada, de modo que as pessoas tenham dúvida acerca da ausência de justiça por violar algum princípio de liberdade ou equidade que as pessoas acreditem fazer parte da Constituição, não se deve aceitar a lei como se validade tivesse, pois com o tempo essa aceitação fará com que as leis obedecidas pela sociedade se torne menos equitativa e justa fazendo com que a liberdade dos indivíduos seja diminuída. (DWORKIN, 2002, p. 325)

A concepção de que os indivíduos devem submeter-se à autoridade política estatal, inclusive às normas jurídicas impostas pelo Estado, resulta em um monismo jurídico que elimina toda a facticidade e axiologia jurídica. (WARAT, 1995).

Deixa de existir, pois, nos casos de leis eivadas de injustiça, o dever de observância. Há, na verdade, o direito à desobediência civil como um ato político que se orienta e justifica por princípios políticos, princípios da justiça que regulam a constituição e as instituições sociais, de forma que o Poder Judiciário pode declarar a lei inconstitucional e ficar do lado dos opositores da lei tida por injusta. (RAWLS, 1997, p. 404-405)

Desse modo, o anteprojeto, por violar princípios da justiça que regulam a constituição, poderá acarretar o direito à desobediência civil.

Um governo, que em seu discurso alega que há o reconhecimento dos direitos individuais, tem o dever de aceitar o direito dos cidadãos de violar a própria lei e não pode anular os direitos dos cidadãos sob a justificativa de um bem-estar geral. Se julgar a desobediência civil com rispidez, configurará, na verdade, um governo insincero. (DWORKIN, 2002, p. 313)

Segundo John Rawls (1997, p. 409), não se trata de uma objeção de consciência, pois essa se baseia em fundamentos religiosos, mas sim da desobediência civil que perfaz uma súplica à concepção de justiça adotada pela comunidade. Assim expõe:

> Porém, uma vez que a sociedade é interpretada como um sistema de cooperação entre iguais, os que são prejudicados por uma grave injustiça não precisam obedecer. De fato, a desobediência civil (e também a objeção de consciência) é um dos recursos estabilizadores de um sistema constitucional, embora por definição seja ilegal. Ao lado de certos fatos, tais como as eleições livres e regulares e um sistema judiciário independente com poderes para interpretar a constituição (não necessariamente escrita), a desobediência civil, usada com a devida moderação e o critério justo, ajuda a manter e reforçar as instituições justas. Resistindo à injustiça dentro dos limites da fidelidade à lei, ela serve para prevenir desvios da rota da justiça e para corrigi-los quando acontecem. Uma disposição geral de praticar a desobediência civil justificada traz estabilidade para a sociedade que é bem-ordenada ou quase justa. (1997, 424-425)

Percebe-se assim que o anteprojeto, se aprovado, violará princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de direito, importando em verdadeira injustiça, pois segundo a concepção de John Rawls acerca da teoria da justiça, a justiça como equidade pressupõe uma democracia constitucional. (1997, p. XIII)

Diante disso, surge o questionamento de como é possível solucionar o caso de uma lei, aprovada por uma maioria que possui legitimidade, mas que não está coerente com o sistema do ordenamento jurídico, uma lei injusta que não respeita a concepção de justiça adotada pela comunidade externada em sua convenção constituinte em seus princípios. Questionamento esse que como se verá adiante será solucionado mediante a constatação que direito não é sinônimo de lei e que o direito enquanto integridade deve ser observado mediante uma nova visão da tarefa de interpretá-lo.

2 Lei injusta é direito?

Verifica-se que com muita frequência, por meio do uso da força, prende-se pessoas, retira-se o dinheiro delas ou se obriga a fazer o que não querem, e como justificativa utiliza-se

o argumento de que violaram a lei, deixaram de cumprir as obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos de outras pessoas. (DWORKIN, 2002, p. 24)

Contudo, ainda assim as pessoas não conseguem expor satisfatoriamente o que autoriza o Estado a punir ou coagir. Há o sentimento de que se está fazendo o que é correto, mas não se identifica os princípios seguidos e não há certeza se estão certos e se estão sendo aplicados da maneira devida. (DWORKIN, 2002, p. 25)

Os nominalistas defendem que a melhor forma de resolver essas indagações consiste em ignorar. Justificam que os conceitos de obrigação jurídica e do direito são mitos, invenções dos juristas em nome de motivos conscientes e inconscientes. (DWORKIN, 2002, p. 25)

Os positivistas trazem proposições conceituais. Conceituam o direito como um conjunto de regras especiais utilizado pela comunidade para determinar quais comportamentos devem ser punidos ou coagidos pelo Estado e que na ausência de uma regra específica decide-se o caso por meio da aplicação do direito. Defendem que um indivíduo tem uma obrigação jurídica quando seu caso se encaixa em uma regra válida que exija a prática ou a abstenção de um ato e que na ausência dessa regra não há obrigação jurídica. (DWORKIN, 2002, p. 27-28)

John Austin (1998) defende que há uma obrigação jurídica quando a inobservância de uma ordem de caráter geral do soberano importar em sanção. E que a autoridade das instituições públicas se baseia no monopólio do poder.

Sob essa ótica, o anteprojeto em análise constituiria por si só uma obrigação jurídica, pois o monopólio estatal seria suficiente para garantir a autoridade da instituição que o legitimou.

Herbert Lionel Adolphus Hart (2012) sustenta que as regras podem ser primárias ou secundárias, primárias quando concedem direitos ou impõem obrigações e secundárias quando determinam como e por quem as regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, alteradas ou abolidas. Defende ainda que há uma regra de conhecimento, uma regra secundária fundamental que estabelece como as regras jurídicas devem ser identificadas, surgindo diante disso o nascimento da ideia de direito. E que a autoridade das instituições se encontra nos padrões previamente aceitos pela comunidade.

No entanto, Ronald Dworkin (2002, p. 114) não concorda com essas posições. Defende que as regras e obrigações jurídicas não são suficientes em todos os casos. É necessário recorrer a padrões, como princípios e política. Princípios como padrões que devem ser observados a fim de garantir a justiça ou a equidade e a política como padrão que assegura

um objetivo a ser alcançado, de forma que o direito reserve um espaço tanto para os princípios como para as regras.

Nesse viés, as regras e obrigações jurídicas constantes no anteprojeto para serem impostas, precisam estar em consonância com os princípios a fim de que a justiça e a equidade possam ser garantidas.

Defende Ronald Dworkin que na existência de um aparente conflito de princípios se faz necessário observar a dimensão que cada um possui para aplicá-los no caso concreto, diferentemente das regras que são aplicadas conforme a validade:

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios de intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.
> [...]
> Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como "válido".(2002, p. 42; 114)

O direito não se esgota em um catálogo de regras ou princípios ou em uma lista de autoridades que possuem poderes sobre as vidas das pessoas. O império do direito perfaz uma atitude interpretativa e autorreflexiva, que faz com que o cidadão seja responsável por pensar sobre quais são os compromissos da sociedade para com os princípios e o que esses compromissos exigem em cada circunstância. Uma atitude construtiva cuja finalidade é colocar o princípio acima da prática para que se alcance um futuro melhor, mas tudo isso mediante a boa-fé com o passado. Uma atitude de fraternidade que possa expressar a união enquanto comunidade apesar de cada ser ter seus próprios projetos, interesses e convicções. (DWORKIN, 2014, p. 492)

Por isso, qualquer lei, inclusive o anteprojeto em análise, para ser considerada como direito precisa estar em consonância com o passado, mas também precisa proporcionar um futuro melhor mediante a observância dos compromissos da sociedade externados em seus princípios.

Diante disso, a tarefa de interpretar não consiste apenas na reprodução literal de um texto normativo, pois o direito possui um caráter indeterminado, trata-se de um fenômeno complexo, motivo pelo qual se o anteprojeto vier a se tornar lei, não poderá ser aceitado e

aplicado de forma literal e irrestrita sem que seja aferida a sua consonância com princípios norteadores da concepção de justiça adotada pela comunidade.

De acordo com Ronald Dworkin (2014, p. 203), a integridade é a vida do direito. Integridade que se divide nos princípios da integridade na legislação e da integridade no julgamento, segundo os quais aqueles que criam o direito tem o dever de manter a coerência com os princípios e aqueles que são os responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e a façam cumprir o direito de modo coerente.

Cabe, portanto, ao legislativo respeitar e manter a coerência exigida pelos princípios deontológicos. No entanto, se o anteprojeto anticrime for aprovado, ou seja, se o legislativo não respeitar os princípios já debatidos, caberá ao responsável por julgar, o Judiciário, cumprir o direito de modo coerente, garantindo o regime democrático e afastando a injustiça imposta pela lei em questão.

Trata-se de uma coerência de princípio que exige que os diversos padrões que orientam o uso da coerção do Estado contra os cidadãos seja coerente e garanta uma visão de justiça. (DWORKIN, 2014, p. 163)

Nestes termos, Ronald Dworkin leciona que há três ideais ou três virtudes que precisam ser atendidas, a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo:

> A política comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. (...) Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político de maneira adequada. (...) procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. (...) O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação. (2014, p. 199-201)

Os princípios constituem um argumento normativo de moralidade política. Padrões que originam da reconstrução da história institucional do direito, que não são relativos e não se encontram à disposição dos intérpretes. Deve-se buscar, pois, a razão hermenêutica que é alicerçada a partir dos princípios que compreendem a moralidade política e os padrões que são constituídos na intersubjetividade. (STRECK, 2017, p. 80; 83)

Quando o Estado impõe alguma obrigação, prescreve direitos e deveres, proíbe ou incentiva comportamentos, precisa ser coerente com os princípios adotados pela comunidade que a tornam uma comum-unidade (STRECK, 2017, p. 211-212)

No afã de elucidar sobre como o direito deve ser visto principalmente na árdua missão de interpretar, Ronald Dworkin (2014, p. 287-288) expôs a complexa estrutura da interpretação jurídica por meio de um juiz imaginário, criterioso e metódico, denominado de Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade.

Hércules, em seus julgamentos, deve observar que o direito compreende uma estrutura coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, de modo que os casos a ele submetidos sejam resolvidos de modo justo e equitativo segundo as mesmas normas, mediante a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade e que seja sensível à justiça. (DWORKIN, 2014, p. 291; 305; 312)

Hércules deve observar as declarações feitas pelos legisladores quando da criação da lei como ato político ao qual a interpretação deve ajustar-se. Entretanto, precisa refletir as convicções sobre justiça, sobre uma política de preservação inteligente e sobre as convicções sobre os ideais de integridade e equidade política e de um devido processo legal. (DWORKIN, 2014, p. 405).

Assim, uma lei injusta vai de encontro ao conceito de direito, pois o Direito corresponde um sistema coerente de princípios sobre justiça.

Ronald Dworkin (2014, p. 81-82) defende que a tarefa de interpretar pressupõe três etapas. A primeira, pré-interpretativa, consiste na identificação das regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática. A segunda compreende o momento no qual o intérprete encontra a justificativa para os principais elementos da prática identificada. E a terceira, pós-interpretativa ou reformuladora, alcança a etapa na qual o intérprete ajusta a ideia do que a prática requer para melhor servir à justificativa encontrada.

Com isso, há três concepções distintas do direito, três modalidades de interpretações abstratas da prática jurídica, denominadas de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito integridade”. (DWORKIN, 2014, p. 120)

O convencionalismo, concepção que reflete o entendimento que o cidadão comum tem acerca do direito. A defesa de que o sentido da vinculação do direito seja usado somente se for coerente com as decisões políticas anteriores. Uma forma restrita de coerência de que um direito ou responsabilidade apenas decorre de decisões anteriores e se houver previsão explícita nessas decisões. Uma concepção frágil, pois uma interpretação verdadeiramente adequada exige uma visão prospectiva do intérprete.

O pragmatismo jurídico como uma concepção segundo a qual a interpretação é realizada de modo a prever o melhor para o futuro independentemente das decisões políticas tomadas no passado. Uma concepção que deixa de atender aos anseios quando a esfera de debates alcança a filosofia política.

E o "direito como integridade", defendido por DWORKIN. Uma concepção mais adequada, pois de acordo com o "direito como integridade", os direitos e responsabilidades decorrem das decisões anteriores não apenas quando explícitos, mas também quando deriva dos princípios de moral pessoal e política que as decisões pressupõem como justificativa. Uma concepção segundo a qual a vinculação ao direito favorece a sociedade por permitir uma previsibilidade, uma equidade processual, por garantir, entre os cidadãos, uma igualdade que permite a sociedade ser mais lídima e que aperfeiçoa a justificativa moral para o exercício do poder político. (DWORKIN, 2014, p. 120)

Dessa forma, ressoa necessário que leis injustas, tais como as medidas constantes no anteprojeto, debatidas no presente trabalho, sejam afastadas, pois o direito não alcança apenas a reprodução e aplicação literal de uma lei. Pressupõe, pois, uma interpretação e aplicação principiológica que possa garantir uma sociedade mais justa.

Portanto, no contexto atual, nos moldes da Constituição Democrática vigente, os indivíduos não podem ser privados de terem resguardada a presunção da inocência que lhes é garantida, tampouco podem ter o direito de cumprirem a pena apenas quando ocorrer o trânsito em julgado violado.

Não podem ser submetidos a realizarem um acordo antes da instrução probatória como uma medida de suavizar a pena imposta, pois com isso há a violação ao princípio do devido processo legal, transformando o caráter da pena em verdadeira "barganha". (STRECK, 2019)

Com isso, o anteprojeto não pode ser considerado como direito, pois o direito pressupõe uma interpretação coerente com os princípios constitucionais. O anteprojeto constitui, na verdade, uma tentativa de dar uma resposta à sociedade sobre a crise que a segurança pública enfrenta nos país, mas uma resposta pela via inadequada, pois o desrespeito aos princípios constitucionais mediante a violação daquilo que se entende por justiça poderá gerar um caos ainda maior e viabilizar a instauração do estado de exceção como logo mais se verá no decorrer do presente trabalho.

Tudo isso se verifica pelo medo e a insegurança decorrentes da criminalidade que têm gerado "padrões elaborados de comportamento de evitação". (YOUNG, 2002, p. 37)

3 A relevância da autonomia do direito para um Estado Democrático

Lenio Luiz Streck leciona que o direito não se encontra literalmente no diploma normativo. Tampouco pode ser confundido com a moral, pois uma de suas características é a autonomia. Situa-se nos princípios e precedentes que tenham um DNA constitucional:

> Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF).
> [...] o direito não é moral. O fenômeno jurídico alcançou um grau de autonomia em relação à moralidade. (2017, p. 91; 135)

O direito possui um elevado grau de autonomia, característica de suma importância para o Estado Democrático de Direito. Lei não é significado de direito e tampouco se pode limitar o direito ao que o Poder Judiciário diz ser, pois reafirme-se: o direito é dotado de autonomia. (STRECK, 2017, p. 56; 78)

Sobre a autonomia do direito, LUHMANN (2016, p. 404; 430) leciona: *"[...] o sistema do direito pode renunciar à sustentação externa e realizar a sua autonomia"* Defende ainda que o direito não atua como extensão das operações externas.

O direito perfaz um fenômeno social e sua complexidade, funções e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura, a de que a sua prática é argumentativa. (DWORKIN, 2014, p. 17)

Lenio Luiz Streck (2017, p. 18; 21; 27) expõe que cabe à doutrina esclarecer sobre como deve ser a interpretação e a aplicação do direito, mas acrescenta que a judicialização da política e o crescimento do papel do Poder Judiciário acomodaram a doutrina que se limita a aceitar e transcrever posicionamentos judiciais.

A teoria geral do direito deve ser normativa e conceitual. Enquanto normativa deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, de modo que a teoria da legislação precisa envolver uma teoria da legitimidade que forneça as circunstâncias nas quais se está autorizado a fazer leis e uma teoria da justiça legislativa que relaciona o tipo de lei que se está autorizado ou obrigado a fazer. Eis que os direitos individuais são prerrogativas dos indivíduos que não podem ser retirados ao livre arbítrio do legislador. (DWORKIN, 2002, p. IX)

A autonomia do direito frente à política evidencia-se inclusive na necessidade de que o intérprete, ao se deparar com uma lei, leve em consideração o fato de que os legisladores que foram eleitos e que em sua maioria objetivam a reeleição, a fim de se manterem no poder,

estão inclinados em tomar o partido da maioria em uma discussão sobre os direitos de uma minoria contrária. Por isso a necessidade de ser afastada a figura de um juiz meramente passivo que apenas se limita a demonstrar deferência para com as decisões dos Poderes do Estado, pois estão inclinados a não tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias. (DWORKIN, 2014, p. 448-449)

Inclinação essa que está demonstrada no anteprojeto ao evidenciar uma violação aos direitos constitucionais da minoria vulnerável: os responsáveis pela prática de crimes.

Sobre a não aplicação dos direitos aos responsáveis por práticas delituosas, ficando excluídos da proteção mínima garantia no âmbito político-jurídico, SERRANO leciona:

> O terrorista, o traficante, o corrupto, o pedófilo ou qualquer acusado de crime infamante, quando imputada a conduta de forma pública, pela mídia ou por outras formas construídas de consensos sociais, se vê objetivamente excluído de sua proteção mínima como ser humano no âmbito político-jurídico. (2016, p. 9-10)

Surge assim, a Crítica Hermenêutica do Direito defendida por STRECK (2017, p. 101; 122; 185) como uma teoria jurídica desenvolvida com fundamento na tradição hermenêutica continental de Heidegger-Gadamer e na teoria interpretativa de Dworkin. Uma teoria que possui dentre seus fundamentos a defesa de que não cabe ao direito admitir correções morais ou políticas e que todos os atores políticos possuem responsabilidade política.

Segundo a Crítica Hermenêutica do Direito, a aplicação do direito deve ser principiológica, ou seja, uma aplicação a ser realizada a partir dos princípios deontológicos, pois só assim há adequação e observância do que o Estado Democrático de direito exige. (STRECK, 2017, p. 100; 187)

Contudo, também não se trata de adotar uma reprodução desordenada de princípios como medida meramente retórica. É necessário que os princípios tenham a característica de um DNA institucional-constitucional, pois caso contrário se incorrerá no pamprincipiologismo:

> Cunhei o termo pamprincipiologismo para tentar representar o contexto pátrio de proliferação desenfreada de princípios que serviam/servem como meros artifícios retóricos. Tenho a convicção de que os princípios são deontológicos, que precisam possuir um notório DNA institucional-constitucional, bem como apoio nas práticas jurídicas. Princípios são padrões. Quando pensamos no princípio da igualdade, já há uma antecipação de sentido que direciona o olhar, mas quando falamos no princípio da felicidade, por exemplo, fico a procurar sua imperatividade. Dizer que o princípio da afetividade nos obriga a ter cuidado com o outro me parece tão somente uma opinião sobre o direito. Uma opinião moral. E só. (STRECK, 2017, p. 140)

Uma decisão será correta se for proferida a partir dos princípios, se preservar a autonomia do direito, bem como a coerência e a integridade e se também não ceder à política ou às questões subjetivas, pois apenas assim a sociedade terá decisões adequadas à Constituição.(STRECK, 2017, p. 82; 181)

O direito como integridade estabelece que as pessoas têm direitos que vão além da extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções.A concepção do direito deve compreender uma interpretação da prática jurídica como um todo. (DWORKIN, 2014, p. 164)

Todavia, não deve ser adotado o extremo do ativismo enquanto forma violenta do pragmatismo jurídico, pois um ativista, a fim de impor seu próprio ponto de vista sobre o que acredita que sua convicção de justiça impõe, ignora o texto da Constituição, a história da promulgação e as decisões tomadas no passado. (DWORKIN, 2014, p. 451-456)

SERRANO (2016) ao discorrer sobre como o ativismo judicial contribui para a criação de um estado de exceção por meio da judicialização política, sustenta que o Estado Democrático de Direito só existe (em países como o Brasil) para uma parcela da população economicamente incluída.

E isso não pode ocorrer, apesar do anteprojeto em análise objetivar a supressão de direitos de uma parcela da população.

Não se pode ignorar a Constituição, pois ela é o fundamento para a criação das demais leis segundo Ronald Dworkin:

> A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. (2014, p. 454)

O Estado Democrático define-se pela permanente finalidade da homogeneização, garantindo a igualdade substancial concreta da sociedade, como condição para a continuidade da unidade política do povo, e, portanto, para a legitimidade democrática. A igualdade democrática pressupõe a igualdade substancial.

Assim, os direitos constitucionais que garantem a democracia são direitos que devem ser garantidos e resguardados a todos. Não podendo uma lei, restringi-los sobremaneira de uma parcela da sociedade.

Com isso, no âmbito da aplicação do direito é possível desconsiderar as decisões adotadas pelo Legislativo se essas decisões forem tomadas contra as garantias constituídas pela Constituição, eis que a concepção de legalidade pressupõe a constitucionalidade. Ressoa inadmissível admitir uma legalidade inconstitucional de acordo com os ensinamentos de STRECK:

> Ou os juristas avançados seriam aqueles que, baseados na Constituição, lançam mão de "literalidade da lei", invocando a força normativa, para preservar direito fundamentais? Parece-me que – guardadas as condições da relação texto-norma – o último caso mais se aproxima do jurista inserto na legalidade constitucional ínsita ao Constitucionalismo Contemporâneo. Não poderia haver uma legalidade inconstitucional, pois não? (2017, p. 76)

Não se pode desmoralizar o direito substituindo-o por juízos morais e políticos. A democracia só será resguardada se a Constituição for cumprida. Caso contrário haverá um regime de exceção. (STRECK, 2017, p. 160; 242)

Assim, a aceitação e manutenção do anteprojeto com as medidas que violam a Constituição constitui um flagrante risco para a democracia.

Sobre o estado de exceção Giorgio Agamben leciona que se dá quando há uma crise política na qual há a vigência legal daquilo que jamais poderia ter a forma legal:

> Segundo a opinião generalizada, realmente o estado de exceção constitui um "ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político" (Saint – Bonnet, 2001, p. 28) que – como a guerra civil, a insurreição e resistência – situa-se numa "franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político" (Fontana, 1999, p. 16). A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico constitucional (De Martino, 1973, p. 320), as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. (2004, p. 11-12)

O estado de exceção situa-se entre a democracia e o absolutismo, uma suspensão da própria ordem jurídica, um vazio de direito que tem se tornado uma técnica de governo e que pode converter-se em uma anomia, permitindo a instauração de um regime totalitário. (AGAMBEN, 2004, p. 13-18; 29)

Logo, não se pode aceitar a existência de leis que violem garantias fundamentais constitucionais e que afastem a autonomia do direito, pois caso isso aconteça haverá a abertura para a instalação de medidas que poderá ocasionar a suspensão da própria ordem

jurídica, o que permitirá a instauração de um regime totalitário e um agravamento da crise política, motivo pelo qual resta inadmissível aceitar certas proposições do anteprojeto.

Inocêncio Mártires Coelho afirma sobre a necessidade de uma hermenêutica relacionada ao constitucionalismo contemporâneo, uma hermenêutica capaz de preservar a força normativa da Constituição e de garantir a autonomia do direito frente às tentativas usurpadoras decorrentes do processo político *lato sensu*:

> Assim, na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais exsurgidas de um profundo câmbio paradigmático, o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido lato sensu). Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito. (2018, p. 76)

Existe, pois, confiança na Constituição, enquanto direito elaborado de modo democrático, como instância da autonomia do direito, apta a balizar a transformação das relações jurídicas das instituições, protegendo-as do perigo da exceção. (COELHO, 2018, p. 80)

Por isso a necessidade de cumprir veementemente a Constituição. Verdadeiro direito fundamental que as pessoas possuem de obter uma resposta adequada à Constituição que impõe o dever de sempre analisar se a norma jurídica é compatível com Magna Carta.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a partir da Crítica Hermenêutica de STRECK e do "direito como integridade" de DWORKIN, mediante a observância da justiça, da equidade e do devido processo adjetivo, não resta dúvidas de que a solução para os casos difíceis, notadamente no caso do anteprojeto se vier a se tornar lei, será o Poder Judiciário o responsável por garantir a força normativa da Constituição e da própria autonomia do direito.

Contudo, não se trata de um poder discricionário ou ativista, mas um poder que seja realizado nos termos das diretrizes estabelecidas por DWORKIN ao expor a forma como o juiz Hércules precisa analisar e decidir os casos difíceis.

Tudo isso ressoa necessário pelo fato de que, se o anteprojeto for aprovado pelo legislativo, haverá por parte dos legisladores a inobservância do cumprimento do dever natural de garantir a justiça. Eis que como constatou RAWLS, a justiça pressupõe a observância dos princípios aceitos pela sociedade, de modo que se houver uma injustiça sem

limite, no caso em análise, violação aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal, é necessário socorrer à desobediência civil como súplica à garantia da própria justiça. A aceitação de uma lei injusta tornaria a sociedade menos equitativa e justa, ocasionando uma diminuição da própria liberdade dos indivíduos.

Portanto, não há que se falar que o Poder Judiciário irá promover o descumprimento deliberado da legislação. Na verdade, irá viabilizar o afastamento da injustiça praticada, injustiça essa decorrente muitas das vezes da vontade dos legisladores de se manterem no poder, vontade essa que os motivam a nem sempre tomar decisões assertivas sobres os direitos das minorias. No caso do anteprojeto: dos direitos dos indivíduos responsáveis por uma conduta delitiva.

Observa-se, assim, a necessidade de que seja realizado o controle dos atos dos agentes políticos, de forma que o magistrado tem o dever de decidir por princípio. Todavia também não se trata de uma decisão pautada em uma discricionariedade sem limites, pois apesar de não fazer política, o magistrado tem uma responsabilidade política, uma responsabilidade de garantir a autoridade e a autonomia do direito. Mesmo em tempos de crise, não se pode ignorar os limites constitucionais, sob pena de viabilizar a instauração de um estado de exceção caracterizado pela suspensão da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AUSTIN, John. The Province of Jurisprudence Determined – and The Uses of the Study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 mar 2019

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**: tradução e notas Nelson Boeira. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 471-478

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2012.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino de. Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal. In:CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 458-463.

MORO, Sérgio Fernando. **Anteprojeto de Lei Anticrime**. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjsp_projeto_de_lei_anticrime.pdf> Acesso em 03 abril 2019.

NINO, Carlos Santiago. Fundamentos do derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002.

RAWLS, John**. Uma teoria da justiça**: *tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves*. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIO DE JANEIRO. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 26 mar 2019

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª ed. São Paulo: Alameda, 2016, Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com LenioStreck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 73-89.

_____. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual> Acesso em: 03 abril 2019.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1995. V. 2.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.