

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

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

CDU: 34



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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAIIS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

**A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAIS NÃO
INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA
EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE
OMISSÃO LEGISLATIVA**

**THE JUDICIAL ACTIVISM FROM CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS A
PROTECTION FOR BACKGROUND RIGHTS AND TO PROVIDE A
DEMOCRATIC SPACE TO CREATE NO INCRIMINATING RULES IN CASE OF
NON-LIQUET**

Carlos Luiz de Lima e Naves

Resumo

Ao invés de tratar como elementos distintos, decidiu-se reunir a ideia do povo como verdadeiro intérprete da Constituição, a moral e a ética para Dworkin e uma nova noção sobre a democracia-participativa como condições essenciais para a revelação de normas excludentes de criminalidade sob o atual modelo de Estado Democrático de Direito. Assim, reconhece-se a importância da decisão proferida por ocasião da ADPF/54, oportunidade em que o STF reafirmou a importância da jurisdição constitucional como espaço dialético e democrático, que contribui para atualizar/refutar a extensão do sentido dos direitos fundamentais, desde que respeitadas as garantias do Devido Processo Constitucional.

Palavras-chave: Normas penais não incriminadoras, Democracia e falsificacionismo, Separação de poderes, Devido processo constitucional, Hermenêutica constitucional, Supremacia da dignidade da pessoa humana, Aborto de fetos anencefálicos, Princípio da legalidade, Ativismo jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

We contend that the constitutional jurisdiction provides a dialectic and a democratic space to effective the background rights to provide an egalitarian conception of moral for treating equally all the citizens by epistemology method in favors of empirical falsification. Aware that the people are the source of the state's power, we conclude the lacuna, which is able to violate: the self-respect, the individual personality and it also influences the criminal law, must be deleted by the Supreme Court (or Constitutional Court) underpinned with the principals of Due Process of Law. As a leading case we took few lessons from ADPF/54.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decriminalization of anencephaly's abortion, Constitutional jurisdiction, Judicial activism, Separation of powers, Due process of law, Constitutional interpretation, Falsifiability and democracy, The supremacy of human dignity

INTRODUÇÃO

Um dos temas que tem sido mais debatidos pela doutrina brasileira, ultimamente, refere-se à tutela dos direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), desde a promulgação da Constituição da República, em 1988 (CR/88). Além de interpretar os atos emanados pelo poder público, adequando-os conforme o sistema constitucional vigente, nota-se que o STF tem sido provocado também para se manifestar sobre determinadas lacunas na legislação ordinária, especialmente no âmbito penal, proferindo decisões que têm provocado inovações normativas ao ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de ofender, em tese, o princípio da legalidade, muitos operadores do direito justificam essa intervenção, alegando que se trata de uma prerrogativa concedida à Suprema Corte para corrigir eventuais violações por déficit de proteção no âmbito infraconstitucional. Ou seja, apesar do abrigo constitucional promovido em favor de inúmeros princípios imprescindíveis à sociedade contemporânea, a ausência de regulamentação, nomeadamente na forma de leis ordinárias, tem impedido a efetividade mais ampla dos direitos fundamentais no âmbito de proteção concreta em favor do indivíduo.

A título exemplificativo, pode-se destacar o julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 54. Naquela oportunidade, o STF foi provocado para se manifestar sobre a inconstitucionalidade da ausência de uma hipótese específica de excludente de criminalidade quanto ao crime de aborto, previsto no art. 124 e seguintes do Código Penal brasileiro. Notou-se, naquele episódio, que se fazia mister aos ministros, primeiramente, redefinir a extensão atualizada do princípio fundamental “do direito à vida” previsto no art. 5º, *caput*, CR/88 para avaliar a possibilidade de se introduzir ao ordenamento jurídico, e pela jurisdição constitucional, uma causa excludente atípica no caso de a gestante proceder a interrupção voluntária da gravidez em razão do diagnóstico de anencefalia do feto.

Mas não é só, paralelamente, cabia aos julgadores avançar também a discussão, especialmente, sobre os limites imanentes de outros princípios tão valiosos para o ordenamento jurídico pátrio como o direito à vida que, nesse quadro, ganhavam especial importância, destacando-se: a disponibilidade sobre o próprio corpo da mulher, a autodeterminação do indivíduo, a saúde física e psíquica, a liberdade religiosa, entre outros direitos igualmente protegidos pela Carta Constitucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o debate promovido pela ADPF/54 tinha o objetivo de ponderar não apenas os preceitos constitucionais mais preponderantes no caso narrado na Arguição, mas principalmente com qual das soluções traçadas pelos interessados seria possível concretizar a ideia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CR/88), sendo este princípio entendido como o fim maior da Constituição brasileira ao qual todas as demais normas devem convergir. Em apertada síntese pode-se afirmar que, além de uma solução para o conflito de interesses instaurado, esperava-se também uma posição do STF sobre a competência ou os limites próprios da jurisdição para revelar o sentido mais adequado de uma determinada norma de direito fundamental que, embora esteja garantida genericamente na CR/88, por outro lado, apresenta-se insuficientemente protegida na legislação ordinária em vigor (déficit concreto de proteção da norma).

Independentemente de qualquer posição favorável ou contrária dos juristas brasileiros sobre o tema, observa-se que a lacuna legislativa, até bem pouco tempo, restringia-se exclusivamente a discussões no campo representativo-político dentro do âmbito parlamentar. Por isso, qualquer que fosse, no mérito, a manifestação do STF, denotar-se-ia por conseguinte uma opção moral do órgão jurisdicional não exatamente compartilhada pelos representantes políticos ou pela sociedade em geral.

Essa, aliás, é a razão para os defensores do positivismo tradicional reforçarem suas convicções no sentido de se oporem ao exame da matéria acima por meio de um órgão aristocrático (e, conseqüentemente, não representativo) como são efetivamente as Cortes e os tribunais constitucionais. Segundo os positivistas, o julgamento desses casos evoca inevitavelmente uma opção ideológica ou moral desvinculada do princípio da maioria e da legalidade. Além disso, para eles, insere-se uma carga normativa sobre um padrão axiológico impossível de ser cobrado aos órgãos e aos jurisdicionados, eis que carente de leis que criem a respectiva obrigação jurídica. Em resumo, somente aquilo que esteja previsto em lei é passível de ser julgado como justo ou injusto (PRIETO, 2003, p. 24).

Concluem, desse modo, que o debate moral no seio jurisdicional é complexo e somente deveria ser realizado previamente dentro dos órgãos legislativos e representativos, tendo em vista que os verdadeiros representantes do povo foram eleitos para cumprir esse papel, momento em que se discutem as várias crenças existentes no meio social, tentando adequá-las conforme o interesse público predominante.

Nesse sentido, pergunta-se: A atividade jurisdicional, que privilegia a aplicação do direito fundamental, indevidamente disciplinado na legislação ordinária, como a ausência de uma excludente de criminalidade para o crime de aborto, pode violar o princípio da separação

dos poderes? Diante da lacuna legislativa, o STF teria autorização ou legitimidade democrática para interpretar o art. 124 do CPB com consonância com a Constituição, ponderando sobre os direitos fundamentais em conflito e, em seguida, incluir uma norma penal não incriminadora para sanar o déficit de proteção da lei no caso concreto?

Assim, apresenta-se desde já a Teoria Constitucionalista do Processo, desenvolvida sob a condição de marco teórico deste texto e que também fundamentará a explicação mais atual sobre o papel do ativismo jurisdicional na esfera penal. Será discorrido que o atual paradigma constitucional vincula a prolação de qualquer provimento público com poder de império aos valores da dignidade da pessoa humana; da autenticidade e da igualdade de consideração e respeito. Ou seja, ao aplicar as normas no caso concreto, o jurista deve priorizar os princípios a partir do confronto entre a realidade do ordenamento jurídico disposta ao cidadão com a ideia de efetividade imediata e concreta dos direitos fundamentais. Nesse sentido, eventuais antinomias e omissões legislativas poderão, ou melhor, deverão ser corrigidas dentro da esfera jurisdicional se a discussão hermenêutica desenvolvida no processo assim indicar. Essa é a hipótese que se apresenta mais adequada e que será devidamente fundamentada ao longo do texto.

1. A DUPLA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pode-se afirmar que a sociedade moderna teve início com a criação do Estado de Direito¹, quando houve uma ruptura da tradição absolutista que predominava na Europa até o final do século XVIII. Por meio desse novo modelo, o Estado passou a ser orientado por uma ordem jurídica, diante da qual todos os indivíduos estariam submetidos ao império da lei, incluindo os próprios governantes. De forma mais minuciosa, FERRAJOLI (2002, pp. 32/33) explica que o Estado de Direito foi projetado baseado em três princípios, quais sejam: o princípio da separação de poderes; da legalidade e dos direitos de liberdade. (CARVALHO, 1992). Diante desse paradigma recém-estabelecido, pretendia-se impedir a aparição de políticas públicas opressoras, diluindo-se o poder estatal em três funções públicas diversas (executivo-legislativo-judiciário).

¹ É importante ressaltar, contudo, que o termo Estado de Direito surgiu da expressão alemã *Rechtsstaat*, primeiramente utilizada por Bähr em 1864. Contudo, antes disso, os ingleses já haviam submetido à monarquia o conceito segundo o qual todos os habitantes do território da Inglaterra deveriam obedecer às disposições legais, nos termos da Magna Carta de 1215. (NETO, 2004, p. 16).

Mas, a primeira divisão proposta não obedecia a igualdade fática entre as três funções. Conforme a compreensão jacobina que vigorou durante séculos, destacava-se uma certa onipotência por parte do legislador no sentido regularizar a relação entre o cidadão e o Estado, eis que o Parlamento seria consagrado como o órgão mais democrático por excelência, ambiente no qual a soberania nacional interna seria exercida de forma plena. O princípio da maioria², nessa mesma lógica, regeria as opções legislativas que, transformadas em lei, sujeitariam todos os indivíduos nos termos do princípio da legalidade. (CANIVET, 2007, pp. 41/42). Não se pode olvidar que, em favor desse último princípio, depositava-se também a confiança de que, durante aplicação da lei pelo judiciário, ignorar-se-iam qualidades pessoais do indivíduo-parte (como religião, origem ou classe social), eis que a sociedade estaria resguarda pelo método subsuntivo da interpretação legal - que é, por sua vez: distante, objetivo e previsível - (FERRAJOLI, 2002, pp. 32/33). A discricionariedade judicial seria substituída pela maioria democrática, cujo resultado jurídico poderia ser antecipado por qualquer cidadão.

Contudo, tão logo se deparou com o seu primeiro desafio, o modelo iluminista amargou sucessivos fracassos. Como se sabe, os dois movimentos mais autoritários já registrados na história recente do mundo ocidental experimentaram ambos, e simultaneamente, a ascensão instantânea ao poder, dominando os governos da Europa, sem sequer romperem com a ordem jurídica, essencialmente iluminista, anteriormente em vigor. E o pior, ao implementarem medidas extremas (como o holocausto), os movimentos totalitários europeus foram ainda apoiados pela população que, naquela conjuntura, era o fator mais do que suficiente para legitimar suas ações. (ARENDT, 1989).

Nesse sentido, de acordo com Giorgio AGAMBEN (2004, pp. 73/78), é incorreto insistir com a versão segundo a qual tal estrutura de governo autoritário seria proveniente de países que falharam ao longo do desenvolvimento das regras democráticas em seus respectivos ordenamentos. Em verdade, tem-se que os dois exemplos mais emblemáticos do totalitarismo no ocidente derivaram justamente de governos eleitos para cumprirem “democraticamente” a vontade da maioria opressora expressa em leis.

Para explicar esse fenômeno, Hannah Arendt afirma que é inerente à natureza de governos autoritários criarem uma ilusão generalizada quanto à regularidade *prima facie* de todas as medidas adotadas pelo governo, já que os direitos e garantias previstos seriam

² Conforme Bertrand Mathieu nos recorda, o princípio da maioria identifica-se claramente com o Estado Liberal burguês, tendo previsão inclusive na própria declaração dos direitos do homem de 1789, cujo artigo 6º dispunha que a vontade de todos seria expressa pelos representantes do interesse público. Ou seja, é o legislador quem deveria determinar o interesse público. (CANIVET, 2007, pp. 41/42).

protegidos formalmente pela lei, embora, após serem instituídos, tais preceitos estivessem sob o exame do “interesse público” que é, por sua vez, pautado pelo utilitarismo das decisões combinado com a livre conveniência e oportunidade política.

Desse modo, com o fim da Segunda Grande Guerra e a derrocada dos governos autoritários, a comunidade internacional conscientizou-se da necessidade de fortalecer as constituições nacionais, introduzindo-lhes uma nova dimensão referente à vinculação axiológica dos preceitos normativos com a legislação ordinária. Segundo Luigi Ferrajoli, a sociedade passou a exigir, assim, o critério de validade da legislação (além da existência e da vigência normativa), entendendo-a como a correlação entre a lei e a racionalidade axiológica derivada dos princípios constitucionais de mesma espécie. (FERRAJOLI, 2002, pp. 32/33).

Conforme se extrai da obra de Karl Heinz GÖSSEL (2007, p.21), é exatamente a introdução de um parâmetro substancial de justiça material no que concerne à publicação das leis produzidas pelo parlamento que distinguiu o Estado atual do Estado das Leis, como era conhecido o projeto autoritário dos governos nazifascistas. Com base nisso, surgiu o Estado Democrático de Direito, que, sob a inspiração das mais avançadas concepções jusfilosóficas, instituiu um extensivo rol de valores capaz de contribuir concretamente para a realização da equidade nas relações sociais.

Por isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são hoje reconhecidos segundo duas dimensões distintas: formal e material. Conforme anunciou Luigi Ferrajoli, a natureza formal dos direitos fundamentais expressa-se por meio de dois preceitos: a universalidade dos seus titulares e a indisponibilidade quanto ao seu exercício. Já a segunda característica é definida por KANT (2004, p. 58) como a exigência substancial de justiça em cada provimento, respeitando-se a ideia de dignidade da pessoa humana, consagrada pela expressão: qualquer ação deve pressupor o homem como um fim em si mesmo.

Nessa mesma esteira, de acordo com Dworkin, a dignidade da pessoa humana emerge juntamente da união de dois fatores: a liberdade de todos para poderem priorizar princípios, crenças ou filosofias (autenticidade) e a igualdade de tratamento proporcionada pela sociedade (incluindo: Estado e povo)³ para protegerem a escolha de vida de todos e de cada um individualmente (respeito próprio). (DWORKIN, 2012, p. 346). Interpretando

³ A ideia da igualdade política para Dworkin serve para proteger os homens mais fracos contra o setor social mais poderoso, sob qualquer aspecto. Nesse sentido, se um homem tem liberdade para decidir sobre assunto que se reputa ser o bem geral da nação, logo qualquer outro homem tem a mesma liberdade para fazê-lo. Diante da sua concepção antiutilitária, liberal e individualista dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, Dworkin defende que eventual extensão do sentido da norma para favorecer o indivíduo é o preço que se paga pela democracia, ao contrário da invasão aos direitos que denota uma distorção dos institutos democráticos. (VIGO, 2005, p. 71).

Dworkin, a dignidade da pessoa humana, para Luísa Neto, seria considerada: “[...] como fundamento e fim último do direito.” (NETO, 2004, p.16).

Acima de qualquer norma institucional, existe um direito que Dworkin denomina princípio da igualdade de consideração e respeito. Todo indivíduo merece ser respeitado em igual consideração ao outro, ainda que suas convicções não sejam compartilhadas pelos demais membros da sociedade. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade serão, assim, os dois alicerces que nortearão materialmente os juízes para a definição de um provimento que gere reflexos aos direitos fundamentais.

Para compreender a questão, DWORKIN (2011, p.42) propõe a diferenciação entre argumentos políticos e argumentos principiológicos (sendo estes mais adequados no plano da democracia). A primeira diretriz, *policies*, diz respeito à atividade tipicamente legislativa, que propõe objetivos globais. O segundo argumento são os princípios que devem ser assegurados como uma “ [...] exigência de justiça, equidade e uma dimensão de moralidade. ” (DWORKIN, 2011, p.42).

Dworkin reconhece, portanto, que os valores morais foram elevados ao *status* de princípios constitucionais na ordem jurídica dos países ocidentais e que, por essa razão, apresentar-se-iam como trunfos contra as opções políticas do legislador. Esses argumentos-trunfos poderiam ser alegados em qualquer situação de perigo: seja quando o legislador exceder-se ao disciplinar uma matéria constitucional, seja quando esse mesmo órgão deixasse de agir no sentido de regularizar, em lei, um bem jurídico tutelado pela Carta Magna. Sob essa perspectiva, o Estado jamais poderia utilizar-se de instrumentos (*policies*) que pudessem reduzir o ser humano à condição de mero objeto do interesse público (maioria), econômico (utilidade) ou político (ideológico). Todos os provimentos precisariam ser justificados principiológicamente levando em consideração o homem como ser individual e digno de tratamento semelhante ou proporcional aos demais membros da comunidade.

Foram inúmeros e imediatos os benefícios advindos com essa nova mentalidade. Os Estados Nacionais, sobretudo os europeus, experimentaram talvez o período de maior prosperidade econômica e estabilidade social por séculos. As últimas ditaduras europeias foram afastadas nos finais da década de 1970 e não houve a incidência de qualquer outro conflito armado entre os países ocidentais do mesmo continente.

Contudo, ainda assim, não é possível afirmar que a sociedade atual esteja completamente imune às tentações autoritárias. É preciso diluir ainda mais o poder concentrado entre alguns setores sociais para que a população possa agir de forma irrestrita e eficaz ao perceber que seus direitos fundamentais encontram-se em perigo devido a eventuais

atos promovidos pela própria administração pública ou pela maioria parlamentar mal-intencionada.

2. A DIALÉTICA-CRÍTICA DO PROCESSO JURISDICIONAL COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS PÚBLICOS COM PODER DE IMPÉRIO

Segundo se extrai das lições de Karl Popper, a fragilidade do modelo jurídico anterior resultava justamente da presunção generalizada de que os agentes públicos atuariam concomitantemente com boa-fé e com plena capacidade técnica ao longo do exercício de suas atividades. Tal hipótese, além de ingênua, é impossível! (POPPER, 2010, pp. 311/312).

Para enfrentar a questão do controle institucional dos governantes só precisamos presumir a ideia de que os governos nem sempre são bons ou sábios. Mas, como eu disse algo sobre fatos históricos, devo confessar-me inclinado a ir um pouco além dessa suposição. Inclino-me a pensar que os governantes raramente ficam acima da média, seja em termos morais ou intelectuais, a amiúde ficam abaixo dela. (POPPER, pp. 311/312).

Por isso, reproduz-se aqui a questão formulada pelo filósofo vienense quando ele mesmo se indagou: “Como podemos organizar as instituições políticas de modo que os governantes maus ou incompetentes possam ser impedidos de fazer demasiados estragos? ” (POPPER, 2010, pp. 311/312). Ou seja, é possível fiscalizar as medidas adotadas pelo poder público que, inobstante amparadas pela maioria parlamentar e pelos governantes democraticamente eleitos, reduzam indevidamente os direitos fundamentais previstos de forma imprecisa nas constituições nacionais?

A preocupação do filósofo vienense tem sua justificativa. Popper recomendava uma perspectiva diferente para o novo paradigma de Estado. Muito além da mera previsão constitucional de direitos fundamentais em benefício dos cidadãos, segundo ele, era preciso institucionalizar métodos de fiscalização contra qualquer ameaça aos direitos subjetivos do próprio povo.

Esse instrumento seria guiado pelo princípio da política democrática que, segundo o autor, serviria para proteger as instituições e os indivíduos contra qualquer tipo de tirania, não se excluindo até aquela já materializada ou omitida em lei⁴.

⁴ De acordo com Marcelo Cattoni de Oliveira, o princípio democrático tem a função de tentar solucionar as questões complexas da sociedade contemporânea e no direito propiciar a integração social com o envolvimento de todos os indivíduos interessados através de um agir comunicativo. (OLIVEIRA, 2002).

O método da falibilidade teórica de Popper torna-se, assim, fundamental para o entendimento sobre a correta atuação dos órgãos do Estado, tendo em vista que, por esse procedimento, permite-se a testificação regular de teses que ora podem servir, ora devem ser descartadas para as atividades jurídicas, diante da mudança do contexto socioeconômico.

Assim, através da epistemologia crítica de Popper, abre-se ao homem-cidadão a possibilidade para confrontar as teses e antíteses em diferentes ambientes e, desse modo, escolher novos sentidos (e juridicamente mais adequados) para o exercício dos princípios, buscando argumentos cada vez mais verossímeis para comprovar suas hipóteses iniciais.

Para Popper, permitir que com base na história, no costume, nos hábitos e na tradição, apenas uma autoridade defina, por si só, a leitura do direito substantivo material, isso é excluir injustificadamente do cidadão a possibilidade desse de discutir o sentido mais juridicamente fundamentado de suas próprias ações. Sob o mesmo raciocínio, não se pode impedir que outras gerações também superem um discurso consagrado no passado, conquanto haja novos elementos aptos a refutarem a lógica anterior. Por isso, Popper afirmava que a definição sobre o sentido das normas não podia ficar vinculada, como um dogma, a uma percepção eterna e imutável da “lei tratada como perfeita”. Na ciência é imprescindível que tudo esteja sob eterna refutação como reflexo de qualquer método científico para a construção do conhecimento.

Nesse sentido, torna-se fundamental fazer uma conexão entre a ideia popperiana para a revelação provisória da verdade com o ramo do direito no qual a realidade jurídica dos princípios torna-se uma garantia concreta de efetividade, o processo. Seguindo essa orientação, o processo por meio da jurisdição apresenta-se como o espaço mais democrático para a atualização e convalidação de novos conceitos de direitos fundamentais, cujos sentidos desenvolvidos pela dinâmica social teriam como exigência a regulamentação sempre constante de um bem jurídico, jamais exaustivamente disciplinado na legislação.

É por isso que o controle de constitucionalidade (que pode ser exercido através do ativismo jurisdicional) deve ser aberto a todos os indivíduos, pois os erros ou entraves à fruição mais plenamente possível dos direitos fundamentais estarão sempre susceptíveis à correção por quem é legitimamente e diretamente interessado. Ao recorrer ao controle de constitucionalidade sobre uma norma (ou a ausência desta), o intérprete terá a oportunidade de refutar um argumento, uma justificação ou uma decisão judicial que mantinha a ordem jurídica contrária aos interesses do seu destinatário.

Afirma-se, desse modo, que a Constituição brasileira atual, inspirada na concepção do Estado Democrático de Direito, é o próprio processo em eterna concretização-atualização,

em que todos os provimentos públicos, sobretudo as decisões judiciais, tendem a priorizar a força do melhor argumento, afastando-o de uma determinação natural ou divina do poder constituinte, originário ou derivado, não sujeito à crítica.

Conforme Rosemiro LEAL (2013, p. 80), a linguagem processual forma a condição ideal de discurso. Nesse espaço, formado pelo paradigma da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, as ideias do indivíduo sobre os bens jurídicos materiais como a vida, a liberdade e a igualdade serão efetivamente aplicadas como uma afirmação própria da cidadania. De acordo com o escritor “Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar.” (LEAL, 2008)

Com todas essas considerações, segundo Habermas, o direito assume uma posição de destaque como o *medium* linguístico de integração social, equilibrando eventuais distorções fáticas e estabilizando as expectativas dos sujeitos em relação à conduta de outrem (segurança jurídica). (LOPES, 2008, p. 94).

Portanto, o devido processo constitucional, provido com todos os princípios instituintes citados (da ampla defesa, do contraditório, da isonomia), ultrapassaria a condição de mera utilidade instrumental do passado, tornando-se um pressuposto imprescindível para a prática do direito fundamental substantivo (já abstratamente previsto e definido *ad infinitum*). Isso com base no pressuposto já exaustivamente desenvolvido de que não é a mera previsão positiva de uma norma que a torna vinculante. Muito além disso, é a garantia dada aos respectivos titulares desse preceito de que poderão pleitear sua execução de forma aberta, discursiva e reflexiva, em um espaço institucionalizado, que comprovará a verdadeira efetividade da norma material que será redefinida no caso concreto.

Essa é a razão pela qual a dignidade da pessoa humana só pode ser entendida e compreendida dentro do paradigma processual, exercido, principalmente, no seio da jurisdição com o respaldo do contraditório, da ampla defesa e da simétrica paridade entre as partes. O espaço argumentativo é, no fundo, o reconhecimento de que da fala procedimental processualizada (LEAL, 2013), podem-se extrair inúmeras possibilidades de criar o direito (sentido) com o direito (jurisdição) e no direito (processo).

Luísa NETO (2004, pp. 41/42), ao citar Karl Engisch, chega a identificar no Poder Judiciário a tarefa de reconstituinte do direito com base nos fatos e nos valores em discussão. É por esse exame que o julgador se tornaria apto a proferir um controle de justeza, cuja aplicação não se reduz apenas ao legalismo puro. A norma seria apenas um dos instrumentos do magistrado para recriar o direito a partir da experiência social. Em suma, a regra é uma orientação jurídica, mas não se encerra em si mesma.

Embora se reconheça a necessidade de um órgão representativo que discipline os preceitos constitucionais que se encontram previstos de forma vaga e imprecisa na Lei Fundamental, é inegável também concluir que os limites desses princípios não podem ser deduzidos apenas por uma única função do Estado, tão derivada quanto todas as outras. Em várias ocasiões, e por juízos completamente destoantes ao direito, as autoridades públicas (por exemplo, os parlamentares) poderão ser movidos por interesses não exatamente jurídicos, optando por políticas criminais que não coincidam com o valor axiológico constitucional.

Por tudo isso, deve-se entender o processo como um ambiente de reafirmação da personalidade, dentro do qual as decisões estarão condicionadas a critérios de legitimidade avaliada por meio da linguagem comunicativa. Habermas entende que legitimidade de um provimento é resultado do cumprimento das normas pressupostas de comunicação para cada etapa da atividade jurídica, que como qualquer outra esfera de integração social (relações comerciais por exemplo), o direito também sofre com a tensão inevitável entre a facticidade (comunidade real de discussão) e a validade (pressupostos contrafactuais do discurso ideal).

Essa última, por sua vez, é um aspecto mais natural que se reporta à identificação daquela norma com as expectativas sociais. A validade fica dependente do cumprimento dos pressupostos normativos que serão conferidos através da contestação dos interlocutores. É um exercício de autolegislação social que reforça a união entre a positividade e a legitimidade. (LOPES, 2008, p. 97). Faz-se mister, por conseguinte, reiterar as condições ideais da comunicação segundo a mesma autora:

“[...] prevenção contra uma ruptura racionalmente não motivada da argumentação, acesso universal e paritário à argumentação (igualdade e liberdade no discurso), liberdade na escolha do tema, das melhores informações e dos melhores argumentos, a exclusão de toda forma de coerção além da força do melhor argumento.” (LOPES, 2008, p. 123).

Nesse contexto, o processo incumbe-se da função primordial de promoção do consenso entre Estado e sociedade, diminuindo as tensões inevitavelmente provocadas pelo convívio humano ao estabelecer os pressupostos universais de comunicação. Sob essa perspectiva democratiza-se aquela relação entre Estado e sociedade civil ao garantir a participação de todos os indivíduos de forma isonômica, irrestrita e argumentativa na construção de provimentos públicos (DÁ MESQUITA, 2010, p. 14).

A jurisdição, por seu turno, não se presta apenas para confrontar o caso com a legislação, mas principalmente para declarar a legitimidade do ordenamento e da decisão judicial em face ao critério axiológico previsto na Lei Maior. (FERRAJOLI, 2005, pp. 53/55).

À luz da doutrina de Hannah Arendt, a jurisdição constitucional viabiliza aos segmentos sociais a comunicação entre todos os membros para que cada um desenvolva a própria noção moral sobre como devemos tratar uns aos outros com coerência e igualdade de direito à coexistência (LOPES, 2008, p. 140).

A escritora Maria Fernanda Palma, por exemplo, recorda o pensamento de Radbruch que dizia que o valor do direito não está na sua própria existência positivada, nem mesmo depende de valores pré-constituídos que antecederiam à legislação. (PALMA, 2011, p. 13/19). O valor do direito encontra-se na busca pela justiça. O fim do direito é, portanto, de se criarem condições para a realização da justiça.

Esta, todavia, não se relaciona com um conteúdo pré-determinado, como aclamava o jusnaturalismo, mas é construída com base na legislação já em vigor e em conformidade com o contexto social. (KAUFMANN, 2010, p. 62).

Com efeito, Palma argumenta que a ideia da Constituição de valores também não pode ser tida como algo imutável. Mas, ao contrário disso, ela adverte: deve sim ser aplicado de acordo com a norma, mas em constante adaptação à realidade dos fatos. Deve também respeitar o conteúdo essencial de cada categoria normativa que forma o direito e as expressões de juridicidade (isto é, as necessidades humanas que podem surgir sem a previsão legislativa). (PALMA, 2011, p. 49). Essa é também a tarefa do direito penal constitucional. A essência do direito transcende o legislador, apoia-se no texto constitucional, mas não se vincula aos elementos pré-constituídos ou ao legislador constituinte (PALMA, 2011, p.42). Cabe, por fim, ao intérprete avaliar a forma de realização da justiça, pelo direito vigente.

3. O MÉTODO PONDERATIVO DE VALORES PARA A REVELAÇÃO DO DÉFICIT DE TUTELA PÚBLICA SOB O ÂMBITO NORMATIVO

Mas existe algum critério que permite ao intérprete persuadir a autoridade pública sobre a violação por déficit de proteção aos princípios fundamentais no ordenamento positivo? Primeiramente, é necessário ressaltar que o método para aplicação de princípios no meio jurídico não segue a mesma lógica dispensada às regras.

Como se sabe, as regras jurídicas seriam uma forma para o estabelecimento de um padrão específico de conduta, de cujo texto normativo se extrai um resultado também previamente determinado. Cada caso adequa-se ao texto expresso (regra) e vice-versa. Eventualmente, porém, havendo a concorrência de mais de uma regra, DWORKIN (2011, p. 41) esclarece que apenas uma delas será considerada válida e analisada com base na norma de

promulgação ou sobre a norma de subsunção. Trata-se da máxima do escritor representada sob a expressão tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*).

Em contraposição a isso, os princípios não estão sujeitos a serem validados ou não diante de um eventual conflito. De acordo com MENDES (2013, p. 190), os princípios são providos com um grau significativo de generalidade cuja aplicação dependerá das circunstâncias factuais e jurídicas devidamente expostas.

Nesse caso, subsistindo uma colisão entre princípios, Dworkin observa que se deve priorizar aquele bem cujo valor se apresenta com maior peso sob a situação em concreto, sem que, com isso, seja considerado o preceito preterido como inválido. O princípio continua em vigor, mas para aquela situação hipotética deixa de ser adequado⁵.

Trata-se, assim, de um comando de otimização em que as condições circunstanciais em discussão indicarão necessariamente a adequabilidade de um preceito em detrimento de outro. Em outra conjuntura, por conseguinte, pode ocorrer justamente a preferência do princípio preterido no primeiro caso, eis que a precedência não é de forma alguma absoluta. (MENDES, 2013, p. 190). Para Dworkin, havendo conflito aparente entre bens, o julgador, na condição de juiz-Hércules, deverá fazer uma composição positiva, extraindo os valores mais básicos de cada princípio adequando-os à moralidade que a Constituição, como um todo, visa proteger.

Mas tal compreensão não está imune a críticas. Apesar de estar limitada pelos princípios e regras jurídicas, tem-se que a concepção proposta por Dworkin não reuniria um conjunto mínimo de métodos suficientes que pudessem propiciar um procedimento mais criterioso e objetivo de aplicação dos direitos fundamentais.

Robert Alexy discorda da conclusão desenvolvida por Dworkin, argumentando que as normas do ordenamento jurídico interagem entre si, provocando conflitos entre princípios e regras. Desse modo, o princípio pode, em determinadas circunstâncias, representar uma exceção à aplicabilidade da regra, sem jamais torná-la inválida para o ordenamento jurídico. Isso ocorre porque, assim como é impossível enumerar todas as consequências de um princípio constitucional (eis que é formado por expressões com múltiplos sentidos), as regras dependem desses mesmos princípios para serem executadas corretamente. Alexy propõe, desse modo, que a diferença substancial extraída entre princípios e regras deve-se situar no

⁵ Deve-se ressaltar que essa teoria não é pacífica entre os constitucionalistas. Robert Alexy discorda da conclusão desenvolvida por Dworkin, argumentando que as normas do ordenamento jurídico interagem entre si, provocando conflitos entre princípios e regras. Desse modo, o princípio pode, em determinadas circunstâncias, representar uma exceção à aplicabilidade da regra, sem jamais torná-la inválida para o ordenamento jurídico. (ALEXY, 2011, pp. 105/116).

final da cadeia da lógica subsuntiva. Enquanto que a regra vincula-se a uma decisão (ser ou não ser), o princípio orienta a proibição ou a permissão da conduta em maior ou menor medida possível (ALEXY, 2011, p. 105-116).

Para solucionar a insuficiência do pensamento dworkiniano, propõe-se, desse modo, a inclusão de um método racional e comparativo para fiscalizar a obediência axiológica entre a Constituição e a lei ordinária durante o exercício do discurso principiológico no caso concreto, qual seja: o método da ponderação de valores através do princípio do não déficit (também identificado como princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade *lato sensu*). Por meio dele, será possível submeter as preferências legislativas ao reexame, dentro do órgão jurisdicional, confrontando as opções do ordenamento infraconstitucional com os valores assegurados pela Constituição aos indivíduos.

O princípio da proibição por defeito, como denomina CANOTILHO (2012, p. 273), apresenta-se como um limite superior da discricionariedade legislativa, vinculando o Estado ao cumprimento do dever constitucional inserido na norma de direito fundamental. É esse princípio (noção diretiva) que justificará a dedução do pedido no processo, cuja pretensão jurídica surgirá após a constatação de um perigo concreto ou mesmo de um dano comprovado aos direitos fundamentais e indevidamente negligenciado pelo poder público.

A ponderação de valores, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, é a etapa na qual se busca reduzir o poder discricionário do magistrado ou do legislador ordinário com a introdução de critérios objetivos e subjetivos quanto ao conteúdo previamente vinculativo da dignidade da pessoa humana. Antonio RUGGERI (2005, p. 20) vai além do que foi discorrido, ao afirmar que a proibição de excesso ou o déficit é a própria função que a Constituição exerce no meio jurídico, porque busca desenvolver uma relação de equilíbrio entre as relações sociais.

Segundo Reis NOVAIS (2012, p. 67), o método ponderativo de valores baseia-se, sobretudo, em um conjunto de subprincípios pragmáticos que analisam, resumidamente, a proporcionalidade (*lato sensu*) do provimento judicial ou legislativo a partir do conflito abstrato ou concreto entre valores constitucionais diante de circunstâncias fáticas bem fundamentadas. Isso será possível com a demonstração de seis elementos constituintes do princípio da proporcionalidade: são os subprincípios da idoneidade; da indispensabilidade; da proporcionalidade estrito senso; da razoabilidade, da determinabilidade e da garantia do conteúdo essencial.

De acordo com Luís Roberto BARROSO (2010, p. 359), essa técnica permite que o intérprete avalie um número indefinido de variáveis, extraindo a regra mais adequada de

acordo com o caso concreto, a partir de sua importância e pertinência para o resultado final. Com tal medida, elimina-se o perigo de anulação completa do direito fundamental em decorrência da vontade dos mais fortes.

A importância de cada princípio em conflito será determinada pelo sopesamento/balanceamento da situação apresentada (bens, valores, normas). A validade da norma será assumida pelos participantes se todos os potencialmente atingidos assentirem quanto à sua adequabilidade: seja pela força persuasiva dos argumentos invocados e também seja pelo grau de coerência entre as premissas da melhor descrição, justificação, constatação.

Reitera-se, o melhor argumento não é aquele que atinge uma verdade absoluta sobre a definição sobre a realidade, mas que explique uma situação social, jurídica ou fática circunstancialmente melhor do que outras afirmativas.

Os participantes são convocados, em suma, para invocar argumentativamente (e de modo igualitário e irrestrito) as pretensões de validade pleiteadas a partir de princípios gerais em face dos quais se podem extrair novos sentidos orientados para estabelecimento do acordo com outros falantes. O conteúdo construído será fundamentado, considerando que todos os indivíduos atingidos assumiriam racionalmente o seu teor, ou seja, “[...] à luz de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas [...]”. (LOPES, 2008, p. 95).

4. DA PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI E DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE E CONSCIÊNCIA

Por fim, como ponderar, na esfera jurisdicional (como no caso da ADPF/54), o princípio da reserva de lei e demais princípios materiais conflitantes, dentre os quais: a liberdade religiosa e a autonomia para dispor sobre o próprio corpo? Como decidir pela inconstitucionalidade de uma omissão sobre uma excludente de criminalidade no caso do aborto de fetos anencefálicos avaliado pelo STF?

Ao explicar o tema, Metello Scaparone adverte que o princípio *della riserva di legge* pode ser dividido em duas ordens constitucionais distintas: um comando de observância absoluta (regra) e outro de forma mais relativa (princípio).

No primeiro caso, sob a dimensão absoluta, a Constituição impõe expressamente ao Estado um procedimento para a publicação de uma norma, que apenas teria validade após ser aprovada pela maioria representativa sustentada pelo princípio democrático. No âmbito penal, por exemplo, o princípio da reserva de lei é inegavelmente aplicado sob a dimensão objetiva quando impõe um procedimento legislativo formal, específico e absoluto para a

criminalização de uma conduta. Isto é, as normas penais incriminadoras só podem ser consideradas como crimes se forem precedidas pelo devido processo legislativo e sancionado pelo chefe do Executivo. Trata-se, assim, de uma deferência irrenunciável em relação à soberania popular que previu expressamente a natureza dessa norma como um modelo formal de imposição e de disciplina do poder punitivo estatal.

Já o princípio da reserva de lei, no âmbito relativo, permite ao legislador regularizar determinadas matérias através de um conteúdo programático, não se excluindo, contudo, as demais funções de poder para que elas também desenvolvam um sentido normativo mais específico para os princípios constitucionais. (SCAPARONE, 1999, pp. 06/07). Esse é exatamente o caso das normas não incriminadoras (como causas supraleais de atipicidade ou excludentes de ilicitude e de culpabilidade).

Por meio do julgamento de ações concretas ou incidentais, o magistrado pode e deve avaliar a adequação entre a conduta e os critérios axiológicos constitucionais para aplicar os preceitos primários que se encontram taxativamente dispostos em leis esparsas, eis que não existe uma regra constitucional que imponha uma formalidade para a exclusão da culpa penal. Isso ocorre porque o Estado não pode impor uma obrigação formal para o exercício da ampla defesa e do contraditório, pois nessa hipótese o princípio da reserva de lei sob a dimensão absoluta apenas desequilibraria a relação entre vários setores sociais, privilegiando-se indevidamente a moldura moral daqueles que são naturalmente mais fortes e que já impuseram a regra primária. Assim, a CR/88 somente condiciona a garantia da legalidade para o exercício da pretensão acusatória e punitiva.

Stefano Cicconetti também informa que sob dimensão relativa, a doutrina considera suficiente que haja a previsão de um princípio em torno do qual outras fontes poderão intervir para regulamentar a matéria. (CICCONETTI, 2007, p. 52). Nesse sentido, o legislador não goza de qualquer discricionariedade para tipificar com exclusividade uma causa excludente de criminalidade. Seu exercício encontra-se condicionado à legitimidade do uso do poder punitivo penal amparado pela ideia da dignidade da pessoa humana e pela liberdade do indivíduo para desenvolver sua própria personalidade. (PALMA, 2011, p. 49)

Palma explica que apesar de o crime restar condicionado ao princípio da reserva de lei, toda lei, inclusive os preceitos publicados ou propositadamente omitidos pelo Parlamento, também está condicionada à observância de outros princípios que exprimem a essência do direito. Por isso, o tribunal constitucional tem competência e legitimidade para fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais pela atividade ou inatividade legiferante. (PALMA, 2011, p. 49).

Tal compreensão confirma ainda a hipótese do escritor Jorge Figueiredo Dias para quem as normas penais não incriminadoras (excludentes de tipicidade-ilicitude e culpabilidade) não podem estar submetidas ao princípio *nullum crimen sine lege*, porque essa garantia penal só poderia ser empregada para impedir intervenções arbitrárias do Estado, jamais para justificá-las quando o caso concreto assim sugerir. Conforme sintetiza o escritor português: “[...] isso conduz à conclusão verdadeiramente primacial de que a causa justificativa, ao contrário do que constitucional e legalmente sucede com o tipo incriminador, não está sujeita em princípio à máxima *nullum crimen sine lege*, nem às suas consequências.” (FIGUEIREDO DIAS, 2012, pp. 385/386). Em suma, a garantia serve para proteger o indivíduo e não para reforçar a sua condenação.

Figueiredo Dias ainda adverte que a legitimidade da intervenção penal não pode ser relacionada unicamente com a previsão de valores garantidos na esfera constitucional⁶. Além desse elemento, que é o primeiro pressuposto para a tipificação de condutas, conforme asseverou Radbruch, faz-se necessária igualmente a correspondência de dois outros princípios que, no direito atual, são fundamentais para nortear a política criminal nacional. São eles: a necessidade da intervenção e a ofensividade da ação que se pretende punir.

Constatando que um dos elementos da tipicidade restou-se ausente na apuração dos fatos, por exemplo o dano (concreto ou abstrato) contra um bem-jurídico, o órgão jurisdicional (limitado pelos princípios do devido processo constitucional) deve definir pela inadequabilidade do crime e eliminar o caráter criminoso da conduta. Segundo as lições do professor coimbrese, o direito não serve a si próprio, nem tampouco serve a uma moral como ente isolado⁷. Por isso, é completamente viável, de acordo com o catedrático de Coimbra, declarar a inconstitucionalidade de uma política criminal incoerente com o sistema principiológico, em respeito, sobretudo, ao princípio da supremacia constitucional.

Esse, aliás, também é entendimento de José de Faria Costa. O penalista português afirma que é absolutamente imprescindível contextualizar o conteúdo normativo do delito em conformidade com o ambiente social onde o fato juridicamente relevante se insere, eis que é o âmbito das relações intrassistêmicas junto com as referências constitucionais que atribuirão ao tipo o devido significado na prática jurídica. (COSTA, 2012, pp. 126/127).

⁶ A desconsideração do princípio da ofensividade, todavia, possibilitaria aos governantes implementarem políticas que favorecessem apenas o próprio governo, de acordo com os críticos desse novo paradigma de política-criminal. (SILVA DIAS, 2009, pp. 243/244).

⁷ Conforme ensinamentos de Bernd Schünemann, a irregularidade da moral, que se transforma aleatoriamente no meio social, é a causa que impede a punição (ou tipificação) pelo Estado de condutas que apenas atente contra esse elemento. (SCHÜNEMANN, 2013, pp. 51/52;75).

A Constituição, ao mesmo tempo em que exige o cumprimento do princípio da legalidade sob a dimensão objetiva, por outro lado também impõe um parâmetro jurídico que servirá como filtro para eliminar as regras incriminadoras que se revelam incoerentes com os princípios fundamentais, relativizando o princípio da reserva de lei no exercício do controle de constitucionalidade para revelação da norma penal não incriminadora.

5. CONCLUSÃO

Nesse sentido, todos os provimentos públicos, com poder de império, devem ser ponderados com o objetivo de preservar a autenticidade e o respeito próprio dos indivíduos, elementos da dignidade da pessoa humana. Contudo, na hipótese de o indivíduo considerar que o Estado não teria respeitado esse princípio maior (da dignidade da pessoa humana), a jurisdição estará disponível para o povo rediscutir os limites constitucionais de cada preceito constitucional, oportunizando que todas as pessoas possam argumentar e criticar o resultado do ato público restritivo. Por conseguinte, os direitos fundamentais, numa sociedade pós-moderna, devem ser necessariamente correlacionados à teoria do processo com argumentos críticos e limitadores da arbitrariedade do judiciário.

A igualdade de tratamento somente é concretizada quando se oportuniza aos cidadãos debaterem e refutarem em contraditório, com ampla defesa e isonomia, o sentido genérico de termos fundamentais de suas próprias personalidades, como a vida, a liberdade e a igualdade e, assim, construírem um conteúdo intersubjetivamente mais adequado e compartilhado socialmente. Ou seja, o Estado, ao deixar de cumprir o dever para o qual foi designado constitucionalmente, será submetido ao controle jurisdicional que adotará medidas para compensar a deficiência dos direitos fundamentais tutelados de forma precária.

Com efeito, ao revelar uma excludente de criminalidade capaz de cessar o déficit de tutela em relação aos titulares dos direitos fundamentais, no caso da ADPF/54, em favor das mães gestantes, o ativismo judicial limitado pelos princípios do processo constitucional apresenta-se como um instrumento valioso para garantir a efetividade dos direitos fundamentais indevidamente restringidos na legislação ordinária por omissão de causas excludentes de criminalidade.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. trad. Iraci D. Poleti, 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck, 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. trad. Roberto Raposo. 10. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359.

CANIVET, Guy *et al.* **La creation du droit par le juge**. Tome 50. Paris: Dalloz, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. São Paulo: Editora Forense, 1992.

CICCONETTI, Stefano M. **Le fonti del diritto italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 346.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp. 42.

COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta iuris poenalis*)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DÁ MESQUITA, Paulo. **Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário**. Coimbra: Coimbra Editora, set. 2010.

DIAS, Augusto Silva. **«Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita»** - Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Editora, 2010.

_____. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, debate con L. Baccelli, M. Bovero, R. Guastini y otros. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: questões fundamentais; a doutrina geral do crime** Tomo I. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GÖSSEL, Karl Heinz. **El Derecho Procesal Penal em el Estado de Derecho: Obras completas**. Edgardo Alberto Donna (coord.). Tomo I. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni, 2007

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjetural**. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Sousa Cruz. Vol. VII. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. In: **Revista Eletrônica VirtuaJus**, Ano 7, n. 1, jul. 2008, p. 8-0 http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Docente/O%20Paradigma%20Processual%20ante%20as%20Sequelas%20Miticas%20do%20Poder%20Constituente%20Originario.pdf.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida humana e esfera pública**: contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático**. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 2002.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 2011,

POPPER, Karl. Os paradoxos da soberania, In **Karl Popper: Textos escolhidos**, org. David Miller, trad. Vera Ribeiro, rev. de trad. César Benjamin, Rio de Janeiro: Editora Contraponto/Editora PUC-Rio, 2010.

PRIETO, Luís Sanchís. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RUGGERI, Antonio, Idee sulla costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.º09, ano 2005.

SCAPARONE, Metello. **Elementi di procedura penale**: i principi costituzionali. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, processo penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista legalista do século XIX às novas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.