

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

PELO ATIVISMO JURISDICIONAL: ADPF 54



CARLOS LUIZ DE LIMA E NAVES

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

PELO ATIVISMO JURISDICIONAL: ADPF 54

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

PELO ATIVISMO JURISDICIONAL: ADPF 54

CARLOS LUIZ DE LIMA E NAVES



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Carlos Luiz de Lima e Naves.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Imagem de Luca Huter, via Unsplash)

Diagramação
Bárbara Rodrigues

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

NAVES, Carlos Luiz de Lima e.

Descriminalização do aborto pelo ativismo jurisdicional: ADPF 54 -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-950-2

1. Direito. 2. Direito Penal. I Título

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante da sua complexidade. (DWORKIN, 2009, p. 343)

AGRADECIMENTOS

Aproveito esta ocasião para agradecer imensamente à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo acolhimento e pela oportunidade de estudar em uma das maiores e mais prestigiadas instituições acadêmicas internacionais.

Ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes por ter-me aceito como orientando e que com toda sabedoria, conhecimento e erudição soube tecer críticas precisas e indispensáveis para o desenvolvimento desta dissertação.

Aos Professores Doutores Jorge Reis Novais, Maria Fernanda Palma e Luigi Ferrajoli, agradeço ao conhecimento jurídico compartilhado de forma tão intensa nas aulas de mestrado.

Aos meus amigos Leonardo Augusto Marinho e Richard-Paul Garrell por terem disponibilizado parte do precioso e escasso tempo de descanso que dispunham para refutar, discutir e refletir com este aprendiz as ideias expostas neste trabalho.

Aos meus amigos do escritório Luciano Santos Lopes, Renato Martins Machado, Leonardo Barbosa e Thiago Pires da Silva Carneiro pelo exemplo de profissionalismo e pela busca da excelência em todas as atividades que exercem.

À Mestre Fernanda Ribeiro de Azevedo, pelo apoio incondicional e pelos conselhos inestimáveis.

Aos meus avós (*in memoriam*), ao Doutor José Geraldo Campos e, principalmente, aos meus pais, Achiles César Silva Naves e Maria Beatriz de Lima pela criação atenciosa e amorosa.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS, ABREVIATURAS E TERMOS ESTRANGEIROS	13
PREFÁCIO	17
INTRODUÇÃO	21
I. DO DEBATE SOBRE A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO DE NASCITUROS PORTADORES DA ANENCEFALIA	27
1.1. Leading case: breve introdução ao caso paradigmático exposto no julgamento da ADPF 54 - CNTS X República Federativa do Brasil.....	30
1.2. Dos estudos internacionais e da jurisprudência europeia em casos envolvendo abortos de fetos anencefálicos.....	38
1.2.1. A regularização do aborto nos ordenamentos jurídicos italiano, alemão e estadunidense.....	40
1.2.2. O referendo para a descriminalização do aborto, em geral, no ordenamento jurídico português.....	47
1.3. Da delimitação dos argumentos jurídicos utilizados e a responsabilidade penal diante da omissão legislativa.....	53
1.3.1. Existiria uma obrigação constitucional implícita de criminalização/ descriminalização de condutas?.....	55

1.3.2. Do conflito entre normas constitucionais no caso do aborto de fetos anencefálicos: a ponderação dos princípios procedida pelo STF e o seu respectivo respaldo na doutrina.....	62
1.4. Do ativismo jurisdicional no processo participativo para inclusão de normas penais não incriminadoras e como mecanismo de proteção a eventuais violações aos direitos fundamentais.....	73
2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUESTÃO DO ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS.....	83
2.1. O Estado Democrático de Direito e o desenvolvimento do conceito dos direitos fundamentais.....	84
2.2. A noção formal dos direitos fundamentais como fonte de legitimação do direito penal.....	91
2.3. A garantia secundária como a <i>conditio sine qua non</i> para criar uma obrigação de conduta pelo Estado e sua incompatibilidade com a ordem constitucional brasileira.....	98
2.4. O valor sagrado da vida humana e sua proteção relativa sob a concepção filosófica de Ronald Dworkin.....	106
2.5. Da noção dos direitos fundamentais sob a perspectiva material.....	113
2.5.1. Do direito como domínio da moral e a compreensão da dignidade da pessoa humana interpretada à luz do princípio da autenticidade e da igualdade de consideração e respeito.....	120
2.5.2. Dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria.....	131
2.6. Como solucionar o aparente conflito entre os princípios constitucionais na hipótese de anencefalia a fim de se assegurar um padrão moral que o direito visa proteger?.....	140
2.6.1. A tutela judicial segundo as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.....	142

2.6.2. Do método argumentativo de ponderação de valores como forma de objetivação e racionalização do discurso.....	157
2.6.3. Do princípio da proporcionalidade e os subprincípios da idoneidade, indispensabilidade, proporcionalidade (stricto sensu), razoabilidade, determinabilidade e da garantia do conteúdo essencial.....	161

3. DO ATIVISMO JURISDICIONAL COMO GARANTIA DOS VERDADEIROS INTÉRPRETES (O POVO) NA REVELAÇÃO DA ADEQUABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO..... 173

3.1. A Constituição aberta para os verdadeiros atingidos pelas normas restritivas de direito: o povo.....	176
3.2. Do princípio da refutabilidade para a revelação do conhecimento (interpretação mais adequada no seio jurisdicional) e a relatividade das premissas normativas como valor científico-jurídico.....	183
3.3. A evolução do processo e a sua transformação para se tornar um espaço comunicativo, participativo e dialético, por excelência.....	192
3.4. Do devido processo constitucional como garantia da eficácia imediata dos direitos fundamentais indevidamente restringidos.....	198
3.5. Do ativismo jurisdicional e a supressão da lacuna legislativa inconstitucional.....	209
3.5.1. Dos princípios instituintes do processo constitucional e a formação de um ambiente de discussão ideal na esfera jurisdicional.....	223
3.5.2. Do princípio do livre acesso à jurisdição constitucional como garantia indisponível para manifestação da liberdade de consciência sobre os próprios valores.....	234
3.6. Do aborto de fetos anencefálicos: a inclusão participativa de uma norma penal não incriminadora no processo constitucional como resultado do princípio da supremacia da <i>Lex Fundamentalis</i> em detrimento do princípio da reserva de lei.....	242

CONSIDERAÇÕES FINAIS	257
REFERÊNCIAS	267
Índice ideográfico.....	275

PREFÁCIO

Ao receber o convite para prefaciar a obra que se segue, confesso, senti um orgulho diferenciado. Trato de explicar, dividindo essa alegria com os (as) leitores (as).

Já a caminho de completar quase 20 anos de docência universitária, sempre nas ciências criminais, posso afirmar que incontáveis bons alunos (as) passaram pelas disciplinas que ao longo desse tempo ofertei. Todos (as), sem exceção, tiveram alguma parcela de contribuição para a minha formação como docente. Sempre pensei assim: os professores somente existem por causa dos (as) alunos (as).

Essa é a beleza da sala de aula: há a renovação constante das aspirações e desejos de tornar a educação um algo maior do que meramente um momento tecnicizante. A busca pelo conhecimento reflexivo e problematizante é uma meta, corajosa e desejosa, da educação jurídica da atualidade. Mais que meta, aliás, é mesmo uma obrigação.

E como se encaixa o autor nesse contexto?

Carlos Naves destaca-se exatamente por trilhar essa trajetória árdua, buscando sempre estruturar o argumento jurídico em bases hermeneuticamente comprometidas com a proposta jurídica que antes destaquei.

Nem sempre concordamos com o conteúdo argumentado, é bem verdade (e bom que assim o seja. Imaginem um mundo de concordância global irrestrita...). Mas ler os trabalhos por ele escritos é sempre um convite instigante à reflexão e ao aprendizado intenso e lúcido (poderia dizer lúdico, também).

Conheço sua sólida trajetória profissional desde há muito. Acompanhei, e acompanho até hoje, desde o seu estágio até a sua atuação como advogado criminalista. Vi, lado outro, sua formação acadêmica (sempre rumo à docência) ser iniciada nos bancos da graduação (na Faculdade de Direito Milton

Campos), passar pelo mestrado, e agora dar mais um grandioso passo, com o doutoramento em andamento (já na fase de redação de tese) perante a tradicional e renomada Universidade de Coimbra. É, hoje, um professor/pesquisador/advogado absolutamente preparado para os próximos desafios.

Vai longe, em resumo e com toda a torcida de quem vê seu crescimento contínuo.

E é exatamente o resultado de suas pesquisas realizadas no mestrado (na igualmente conceituada e renomada Universidade de Lisboa), que se tornou livro (este livro), que trato de prefaciar.

Fruto de uma pesquisa absolutamente comprometida e de extrema qualidade, Carlos analisou o fenômeno do ativismo judicial (que ele, inteligentemente, provoca a reflexão do leitor, nominando o fenômeno de ativismo jurisdicional), na especial questão do aborto de anencéfalos. Optou por trazer um *leading case* um tanto recente (para os parâmetros jurisprudenciais) do Supremo Tribunal Federal: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54, julgada em abril de 2012.

Tema complicado e sem respostas rápidas, fáceis ou prontas.

Mas, mais ainda, é complexa a construção hermenêutica destinada a buscar tais respostas. Contudo, o caminho escolhido pelo autor foi adequado: a efetivação dos direitos fundamentais. Igualmente, foram sólidas as bases teóricas escolhidas para os seus argumentos.

E aqui reside uma clara mostra daquilo que antes se disse nessas notas introdutórias: o autor não se comprometeu com soluções predeterminadas, para as quais bastaria uma mera sistematização dos argumentos usados na ADPF e pronto...eis a solução dada...

Quis mais, e em consonância com a já conhecida escola mineira de processo. Desejou problematizar a questão a partir da ideia de processo como garantia constitucional de participação (paritária e em contraditório) dos sujeitos processuais, visando a construção dialogada do provimento jurisdicional.

O ponto central do trabalho é sustentar um modelo hermenêutico que avance para além do garantismo penal (de cunho notadamente positivista), ao propor critérios legitimadores mais amplos, para a participação cidadã no ambiente jurisdicional.

A ideia do texto é conduzir o leitor a um entendimento de que há normas constitucionais que podem (e devem) ser validadas no discurso de aplicação do poder judicial, trazendo critérios mais amplos para a “legitimidade processual” de sua invocação. Parece ser o caso de ampliação da titularidade dos direitos fundamentais, no ambiente jurisdicional.

Com base em sólida argumentação teórica (Dworkin, Harbele, Poppe, Habermas, entre outros), o autor passa a responder a algumas inquietações que surgem ao longo do seu texto:

“considerando o paradigma do Estado de Direito Democrático, com a definição bem delimitada sobre as funções de cada poder e, ainda, com a previsão e a garantia dos direitos fundamentais, a decisão jurisdicional poderá suprir lacunas da legislação penal em vigor? Inexistindo previsão legal sobre determinada hipótese de atipicidade, os interessados poderiam pleitear o reconhecimento de norma implícita extraída da própria interpretação sobre os direitos fundamentais? Estaria a conduta de praticar aborto em fetos amparada pela norma proibitiva prevista nos artigos 124 e seguintes do Código Penal brasileiro ou por outro princípio na esfera constitucional? A supressão de lacunas pelo judiciário fere o princípio da separação de poderes? É possível a jurisdição manter a postura de legislador positivo sem violar o princípio da representatividade democrática?” (parte da introdução)

Certo é que toda a argumentação do trabalho é focada na ideia de “universalidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais”, bem como “na relação cada vez mais constitucional entre os valores morais e os direitos fundamentais em vigor”.

Como antes anotei, trata-se de construir uma fundamentação processual a partir da redefinição da participação cidadã na “construção de novos sentidos aos direitos fundamentais”. O autor, em resumo, pleiteia um mais “livre acesso à jurisdição constitucional”, entendendo estar aí a “pedra fundamental do Estado Democrático de Direito”.

Ele conclui, afirmando que

“a Suprema Corte brasileira compreendeu a função da jurisdição constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo a participação ampla da sociedade, não sem antes enfrentar as diversas teorias anteriores e opositoristas que eram notoriamente incapazes de suprir as demandas da sociedade cada vez mais plural.” (parte da conclusão).

Concluo eu, também. O caminho hermenêutico ainda é longo, no sentido de se firmar uma jurisdição constitucional antenada com as necessidades ampliativas de reconhecimento dos direitos fundamentais. O passo primeiro, penso, é realmente entender o alcance axiológico (e, também, teleológico) das argumentações travadas no Poder Judiciário.

A discussão sobre os limites de atuação jurisdicional é complexa, bem como a noção do ativismo judicial vem causando mais dúvidas que certezas. O caminho é longo, e árduo, repito.

Há, ainda, um casuismo recorrente nas posturas interpretativas dos operadores jurídicos, em geral. E tal característica também levará tempo até

se dissipar (se é que consegue se dissipar). A segurança jurídica, outra aliada importante nessa empreitada, igualmente precisa ser resgatada nessa caminhada.

Não me atreverei, nesse espaço de celebração, a invocar mais e maiores argumentos para delinear como penso uma teoria da justiça (e de como penso, também, o ativismo judicial). Seria tema para uma obra inteira.

E essa aqui tem dono...Carlos Naves...são dele os argumentos que merecem o necessário diálogo, dada a extrema qualidade do texto...as luzes, aqui, são todas dele!!

Então, penso que já é tempo de encerrar este prefácio, não sem antes convidar o (a) leitor (a) para as páginas que se seguem. E, aguardemos para o futuro, com a certeza de outros bons trabalhos, os próximos projetos acadêmicos do autor.

No mais, é desejar ao Carlos (mais) sucesso em sua sólida trajetória profissional!

Belo Horizonte, inverno de 2018
(no exato dia em que, no STF, ocorre audiência pública para a discussão sobre o aborto).

Luciano Santos Lopes

Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos da FDMC
– MG. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG.

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 Federativa do Brasil, em 1988. 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 ao ordenamento jurídico pátrio sobre matérias ainda não consolidadas nas devidas casas legislativas.

Ocorre que esse mecanismo, denominado pela doutrina jurídica “ativismo judicial”, está muito longe de alcançar qualquer consenso entre os operadores do direito. Segundo os críticos dessa tendência, o fato de a Suprema Corte proferir provimentos imperativos, com força vinculante e de implícita opção ideológica, provocaria grave violação ao princípio da legalidade. Eis que matérias eminentemente de política legislativa só poderiam ser discutidas em um ambiente respaldado pela representatividade democrática. Esse é caso das assembleias ou do congresso na maioria dos estados ocidentais que são formados por representantes políticos eleitos pelo povo.

A justificativa normalmente apresentada pelos opositores ao ativismo judicial se apoiaria na premissa positivista, de acordo com a qual o princípio da reserva de lei impede que os magistrados ultrapassem os limites formais determinados para cada poder estatal. O fato de os julgadores não terem ingressado à carreira por meio de voto popular, mas, ao contrário disso, por concurso, indicações ou outros meios burocráticos, faltar-lhes-ia, portanto, legitimidade democrática necessária para impor regras de condutas (ainda que indevidamente omitidas) no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme se observa, trata-se evidentemente de uma discussão atual com reflexos significativos sobre o cenário jurídico, anteriormente consolidado entre os países ocidentais. Por um lado, desde a Revolução Francesa, nota-se que, tanto os estados continentais europeus, quanto os demais países da América Latina, sempre procuraram resguardar-se com a divisão bem delimitada entre os poderes estatais e a supremacia do princípio da legalidade. Por outro, contudo, é mister ressaltar que, com a constitucionalização de valores morais, a sociedade passou a exigir dos tribunais constitucionais uma postura mais ativa no sentido de proteger, de forma mais incisiva, as restrições aos direitos fundamentais, não expressamente autorizadas pela Constituição, mas promovidas discricionariamente pelos órgãos político-representativos.

Essa discussão, no entanto, ganha ainda mais importância para a teoria do direito quando analisada sob a perspectiva do direito e do processo penal. A justificativa é simples. Por se tratar de dois ramos jurídicos que visam tutelar justamente os bens jurídicos mais valiosos para a sociedade, nota-se que a moral dominante do Estado demonstra ainda mais resistência e intolerância aos valores plurais quando esses são compartilhados apenas por uma minoria no meio social, embora assegurados universalmente pela Constituição.

Trata-se, assim, de uma questão delicada. Se, por um lado, a Lei Fundamental reconhece a igualdade de tratamento sob o contexto de pluralidade cultural; por outro, a pretexto de tentar preservar os seus valores, a maioria circunstancial e representativa torna-se extremamente vulnerável aos impulsos totalitários no sentido de tentar impor a sua própria concepção, ameaçando a minoria com pena privativa da liberdade com condutas que não estejam harmonizadas com a escolha religiosa, política e econômica da classe dominante.

Ora, a polêmica sobre o ativismo judicial no direito e no processo penal tem raiz justamente nesse fenômeno. Caso o Poder Legislativo derivado seja o único órgão capaz de regularizar o âmbito de aplicação dos princípios constitucionais por meio de criação de leis ordinárias, abstratas e gerais, é imperioso concluir que os direitos fundamentais se tornariam meras garantias formais à disposição da maioria circunstancial do Parlamento. Consequentemente, a eficácia dos direitos fundamentais sobre as normas penais dependeria mais da anuência de um legislador infraconstitucional do que verdadeiramente dos próprios limites imanentes dispostos na Constituição. Ou seja, é o próprio órgão constituído que assumiria o papel de construtor da norma fundamental, contrariando, com efeito, o paradigma da superioridade hierárquica das normas constitucionais.

Ocorre que a concepção defendida pelos doutrinadores positivistas não pode ser mantida diante do cenário jurídico inaugurado em meados do século passado, no período imediatamente após a Segunda Grande Guerra. Com a elevação dos valores morais ao *status* de princípios e garantias constitucionais,

somente a própria Constituição poderá atribuir limites para a aplicação dos direitos fundamentais. Isso é levar os direitos fundamentais realmente a sério. Jamais um órgão derivado pela Lei Fundamental poderia exercer livremente (e de maneira exclusiva) essa função, subjugando o exercício das obrigações constitucionais aos interesses daqueles que foram pela mesma lei constituídos. Certo é que o Estado não pode permitir que essa situação perpetue-se e nem pode impedir que a solução mais constitucionalmente adequada seja desenvolvida por meios menos tradicionais.

Reitera-se, o exercício do direito fundamental não pode ser impossibilitado pela deficiência de regulamentação legal. Por isso, torna-se imprescindível disponibilizar, em favor de seus titulares, outros meios capazes de suprir a matéria. Nesse sentido, considerando que a violação ou o abuso da prerrogativa legiferante possam ocorrer tanto com promulgação de leis restritivas, como também com a omissão legislativa, a jurisdição constitucional pode apresentar-se como um espaço dialético discursivo ideal para o restabelecimento da ordem constitucional violada em razão do déficit de prestação de serviço do Estado, tudo isso em favor do indivíduo.

É exatamente sob essa perspectiva que o presente trabalho será desenvolvido. Para tanto, será utilizado como *leading case* uma decisão proferida pela mais Alta Corte do poder judiciário brasileiro, cuja matéria já se encontrava, há anos, recorrente entre os tribunais de primeira instância no Brasil. Trata-se exatamente da autorização para a prática do aborto de fetos anencefálicos. Esse tema será devidamente introduzido já no primeiro capítulo desta dissertação.

Com base em um *Habeas Corpus* impetrado perante o STF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ajuizou uma ação judicial, nomeadamente a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de controle de constitucionalidade abstrato, arguindo precisamente a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana sob a luz do direito à integridade física e psicológica da gestante devido à ausência de normas específicas que regularizassem a prática da interrupção terapêutica do parto. Segundo a parte autora da ação, essa omissão vinha submetendo as gestantes a julgamentos criminais injustos para a apuração do delito constante no art. 124 e ss. (aborto) do Código Penal brasileiro (CPb), tendo em vista que a morte do nascituro não decorreria da interrupção antecipada, mas da própria condição inviável da vida humana fora do útero materno.

Sob tais considerações, a CNTS requeria junto à Suprema Corte a manifestação expressa do Estado brasileiro para declarar a inconstitucionalidade da interpretação que considerava criminosa a conduta praticada por familiares e profissionais da saúde que pretendiam a interrupção voluntária da gravidez diante do diagnóstico de malformação fetal em decorrência da anencefalia.

O pedido interposto no STF justificava, tendo em vista que os tribunais de primeira e segunda instâncias no Brasil vinham enfrentando dificuldades para autorizarem a interrupção sob aquela circunstância, com o argumento de que tal causa excludente de criminalidade só poderia ser regularizada por meio de uma lei amplamente discutida no Congresso Nacional brasileiro. Nesse sentido, tal postura visaria preservar o princípio da reserva de lei, bem como o princípio democrático. Eis que somente as assembleias (composta de representantes de todas as classes e esferas sociais) estariam aptas a ponderar todos os conflitos ideológico e, assim, definir uma solução que protegesse o interesse de todos os envolvidos.

No segundo capítulo, por sua vez, serão analisados os conceitos e as perspectivas atuais dos direitos fundamentais de carácter substantivo perante o Estado Democrático de Direito. A pesquisa, portanto, terá como objetivo reforçar os argumentos brevemente introduzidos no tópico anterior e, depois, suprir um hiato existente na Teoria Garantista desenvolvida pelo escritor Luigi Ferrajoli, segundo o qual, o indivíduo só poderia exigir um comportamento diverso do Estado quando o próprio ordenamento disponibilizar uma garantia específica e compatível com a pretensão judicial. A não previsão desse instrumento seria considerada uma opção política do legislador, insuscetível de gerar interesse jurídico para a parte lesada.

Contudo, ao contrário da teoria de L. Ferrajoli, não se pode ignorar que as omissões indevidamente presentes na legislação infraconstitucional também possam representar uma opção política e propositadamente contrária ao critério axiológico estabelecido na Constituição. O déficit de prestação da tutela pelo Estado pode, assim, significar uma restrição não autorizada ao direito fundamental, sendo imprescindível a utilização de outros instrumentos capazes de garantir maior eficácia aos preceitos previstos na Carta Magna. Para tanto e em complementação à concepção do professor da Università Roma III, aproveitaremos os ensinamentos do filósofo Ronald Dworkin.

O escritor estadunidense, como se sabe, contribuiu de forma significativa para a ciência jurídica ao reafirmar a importância do conteúdo moral comum, constitucionalmente adequado, como critério orientador para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações humanas que provoquem um conflito juridicamente relevante entre a lei e a noção social de equidade.

Um aspecto que se demonstra falho, por sua vez, na teoria do direito de Dworkin pode ser identificado como sendo a ausência de um método específico para a ponderação de valores no caso concreto. Por conseguinte, já sob a doutrina de Reis Novais, revisar-se-á o método de interpretação das normas da Constituição com a finalidade de permitir um exame objetivo e racional sobre o peso de cada trunfo no caso de eventual colisão concreta entre bens jurídicos da mesma natureza.

Já no capítulo seguinte, será desenvolvida a ideia de acordo com a qual existiriam normas implícitas na Constituição que poderiam ser reveladas por qualquer intérprete, independentemente da regularização da norma pelo poder político-representativo. Não apenas a titularidade dos direitos universais seria universal, como também, e principalmente, a legitimidade processual para interpretá-los. Tudo isso conforme a doutrina difundida por Peter Häberle.

A validade da interpretação, por sua vez, seria submetida ao método epistemológico consistente na teoria da falseabilidade de Karl Popper. Isto é, trata-se do processo de conhecimento referente à crítica como meio para a aproximação da verdade. Dentro desse procedimento, serão analisados os bens em conflito, pelo qual se determina a aplicação da norma mais irrefutável sob o ponto de vista discursivo. A ideia que será desenvolvida diz respeito ao fato de que o indivíduo somente poderia contra-argumentar a opção do legislador dentro do espaço jurisdicional.

Por outro lado, também é necessário admitir que a liberdade hermenêutica exige limites ou critérios legitimadores da decisão. Em primeiro lugar, conforme será demonstrado, os magistrados não poderão impor de ofício regras de conduta aos demais membros da sociedade, nem mesmo a pretexto de proteção dos direitos fundamentais, porque o poder judiciário não possui legitimidade democrática para determinar livremente uma norma que os respectivos membros julgam que seja mais adequada em relação à ordem constitucional.

A decisão judicial somente se certificará de legitimidade ao respeitar todos os princípios estruturantes do devido processo constitucional. Apenas dessa forma, garantir-se-á um provimento livre de interesses pessoais ou da ameaça de arbitrariedade por parte dos próprios tribunais. Portanto, os princípios constitucionais do processo penal formariam um espaço adequado para a discussão, dentro da jurisdição, possibilitando que as partes interessadas e verdadeiras intérpretes da Constituição refutem determinadas opções do legislador quanto à criminalização de condutas não censuradas socialmente.

Esses princípios são verdadeiras garantias contra o arbítrio e a discricionariedade não só do âmbito judicial, como também de qualquer outro órgão do poder estatal. Apoiados nesse trunfo, os cidadãos poderão participar ativamente de provimentos imperativos sobre matéria legislada ou não legislada, mas cuja decisão poderá ser aceita racionalmente por todos em razão da capacidade de refutação aos argumentos desenvolvidos por cada parte e também por cada representante social. Os julgadores ficarão vinculados, justamente, às hipóteses previamente lançadas pelos interessados.

Ainda nesse penúltimo capítulo, todos os argumentos acima serão reunidos e confrontados no sentido de reforçar a proposição anteriormente introduzida. Isto é, tratando-se de hipóteses em que o legislador teria a obrigação constitucional de prever a regularização do bem jurídico, a jurisdição

pode e deve ser provocada para suprir essa deficiência, introduzindo uma nova norma penal não incriminadora com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, de acordo com os próprios preceitos disponibilizados na lei da ADPF. Essa nova norma teria a grande vantagem de reduzir a insegurança jurídica em situações não disciplinadas e poderia, paralelamente, promover o princípio da igualdade, vinculando a decisão produzida no ambiente ideal de discussão para todos os demais órgãos do Estado.

Com isso, as normas de direitos fundamentais previstas de forma abstrata e vaga não mais estariam sujeitas à discricionariedade da maioria circunstancial do Congresso. O exercício ponderativo, realizado no seio jurisdicional, poderá revelar o alcance de cada bem jurídico, a fim de se extrair a norma implicitamente contida no conjunto de preceitos constitucionais.

De tudo que foi dito, restam ainda os problemas doutrinários que se pretende resolver com base nas seguintes perguntas: considerando o paradigma do Estado de Direito Democrático, com a definição bem delimitada sobre as funções de cada poder e, ainda, com a previsão e a garantia dos direitos fundamentais, a decisão jurisdicional poderá suprir lacunas da legislação penal em vigor? Inexistindo previsão legal sobre determinada hipótese de atipicidade, os interessados poderiam pleitear o reconhecimento de norma implícita extraída da própria interpretação sobre os direitos fundamentais? Estaria a conduta de praticar aborto em fetos amparada pela norma proibitiva prevista nos artigos 124 e seguintes do Código Penal brasileiro ou por outro princípio na esfera constitucional? A supressão de lacunas pelo judiciário fere o princípio da separação de poderes? É possível a jurisdição manter a postura de legislador positivo sem violar o princípio da representatividade democrática? As respostas a todas essas indagações serão desenvolvidas ao longo desta pesquisa. É o que se demonstrará.

“

Fruto de uma pesquisa absolutamente comprometida e de extrema qualidade, Carlos analisou o

fenômeno do ativismo judicial (que ele, inteligentemente, provoca a reflexão do leitor, nominando o fenômeno de ativismo jurisdicional), na especial questão do aborto de anencéfalos. Optou por trazer um leading case um tanto recente (para os parâmetros jurisprudenciais) do Supremo Tribunal Federal: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54, julgada em abril de 2012.

Tema complicado e sem respostas rápidas, fáceis ou prontas.”

LUCIANO SANTOS LOPES



ISBN 978-85-8425-950-2



9 788584 259502