



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
"JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
Campus de Marília



**CULTURA
ACADÊMICA**
Editora

A construção da jurisprudência do STF à luz da teoria da derrotabilidade normativa

Ana Cristina Lemos Roque
Luciano Macri

Como citar: ROQUE, A. C. L.; MACRI, L. A construção da jurisprudência do STF à luz da teoria da derrotabilidade normativa. *In*: DIAS, L. F.; ALONSO, R. P.; RAZABONI JUNIOR, R. B. **Novos direitos na contemporaneidade - Vol. 1.** Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2021. p. 95-118.
DOI: <https://doi.org/10.36311/2021.978-65-5954-099-0.p95-118>



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

6

A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DA TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

*Ana Cristina Lemos Roque*¹

*Luciano Macri*²

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, consagrados como valor supremo, introduzem um freio a todo voluntarismo jurídico do Estado, quebrando as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica e representando, assim, uma resistência a qualquer arbitrariedade, sendo uma reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica e sim o fim desta.

A atividade interpretativa, desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário, assumiu uma importância ainda maior após o advento das

¹ Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista Capes/Prosup. Especialista na área de Concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp – Advogada e Professora na Comarca de São José do Rio Preto-SP. Endereço eletrônico:anacristina-lemos@bol.com.br

² Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Especialista na área de Concentração Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Especialização em Direito Constitucional pela UNISEPE. Especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito – EDP. Advogado e Professor na Comarca de São José do Rio Preto-SP. Endereço eletrônico:lumacri@gmail.com

profundas mudanças operadas no constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial. Pode-se dizer que a importância que adquiriu a discricionariedade na aplicação do direito vem sendo ampliada gradativamente, tanto pela necessidade de identificação e delimitação do conteúdo normativo dos princípios, quanto pela ponderação na aplicação desses princípios, atividade que cabe ao intérprete construtor do direito.

Dessa atuação como intérprete que busca determinar o significado preciso das leis e dos princípios, há espaço para a discricionariedade, tendo em vista os conceitos abertos de linguagem, a vagueza e a ambiguidade presentes em nossa linguagem. Segundo a presente abordagem, a derrotabilidade normativa, através das exceções, é o instrumento adequado na aplicação do direito penal, uma vez que propicia a concretização dos direitos fundamentais na busca por um direito penal mais humano e mais justo.

É inegável a importância do tema abordado e da presente pesquisa na ceara do direito penal, tendo em vista que se trata de tema ainda pouco desenvolvido em nossos meios acadêmicos, mas cuja compreensão é cada vez mais essencial para a concretização de um direito penal mais humano que garanta o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana.

A TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

A idéia de derrotabilidade das normas jurídicas é apontada originariamente como proveniente do artigo de Herbert Hart publicado em 1948, sob o título *The Ascription of Responsibility and Rights* (VASCONCELOS, 2010, p. 54).

Para Hart, (1994, p. 153), derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito e diante dessa impossibilidade o aplicador do direito tem que aprender o que pode seguir as palavras “a menos que”, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições de aplicabilidade. Dessa forma, a derrotabilidade comporta exceções, acomoda a superabilidade de regras e princípios.

“De acordo com a teoria da derrotabilidade, pode ocorrer o afastamento, ou seja, a não aplicação de uma norma jurídica” (SANTOS, 2017, p. 38). As regras de textura aberta os conceitos indeterminados e a impossibilidade de se prever todas as situações no mundo fático é que tornam a aplicação da derrotabilidade possível. A derrotabilidade, apresentada por Hart, é caracterizada por meio de exceções, ou seja, é a capacidade da norma de acomodar exceções.

A idéia de derrotabilidade diz respeito às normas, tendo em vista que segundo Bustamante (2005, p. 171), todo sistema jurídico é composto de normas superáveis. Tanto regras quanto princípios formam um sistema único, integrante do ordenamento jurídico, sendo parte de um processo de simbiose constante. A argumentação jurídica empregada ao caso concreto irá analisar a aplicação a exceção ou o afastamento das regras e dos princípios a serem utilizado a depender do caso analisado, quando se trata de uma situação em que seja passível a utilização de mais de uma norma ao caso concreto.

Segundo Santos (2017, p. 44), “[...] podemos entender que a razão prática constituiria o fundamento da derrotabilidade, vinculando as normas, a fim de que estas tenham uma aplicação racional conforme seu conteúdo busca”.

E ainda (SANTOS, 2017, p. 52)

O direito encontra-se em constante transformação e adaptação às evoluções tecnológicas, sociais e culturais, de forma que uma determina regra ou lei pode não mais se adequar a novas realidades, exigindo uma aplicação mais coerente e voltada para a realidade de determinada sociedade, de forma a exigir que se aceitem exceções a ela, as quais não são passíveis de identificação quando da elaboração da lei, ou até podem decorrer de uma falha do legislador em sua feitura, quando acabou por atingir outros Direitos que deveriam ser preservados.

O caso do aborto do feto anencefálico é um exemplo de aplicação da derrotabilidade da norma por tratar-se de uma exceção implícita, posto que a previsão normativa inicial e geral foi derrotada tendo em vista a

falta de previsibilidade da situação específica em questão no ordenamento jurídico. A norma geral foi derrotada por princípios morais e éticos, senso de justiça ou considerações ligadas a políticas públicas. Este caso evidencia que a questão da possibilidade de superação das normas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF n. 54-8/DF, discutiu a possibilidade de permissão de aborto dos fetos anencefálicos. Tal discussão foi uma das mais emblemáticas já debatidas no pleito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua abrangência multidisciplinar, bem como a toda a questão ética envolvendo o caso. Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio Mello, a questão relevante acerca do tema é a dimensão humana e a impossibilidade “de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto” (BRASIL, 2012, p. 21).

A respectiva controvérsia girou em torno da falta de potencialidade de vida extrauterina dos fetos anencefálicos, ou seja, não se discutia se os fetos anencefálicos teriam vida ou não. Desta feita, a autora, tendo em vista a má-formação congênita, pleiteava a antecipação terapêutica do parto e não o procedimento do aborto em si, posto que não seria este o caso, uma vez que o aborto pressupõe a potencialidade de vida extrauterina do feto, e assim não se subsumindo o caso em julgamento ao tipo penal previsto no Art. 124 do Código Penal, e não sendo, dessa forma, o caso de criminalização da conduta da gestante.

A questão fundamental postulada e alicerce de toda a tese argumentativa defendida pela autora consistiam na garantia dos direitos fundamentais da gestante, direitos estes que não seriam suplantados por quaisquer outros, tendo em vista que não haveria viabilidade de vida do nascituro, não havendo, portanto, nesse caso, subsunção fática aos dispositivos do Código Penal.

Toda a argumentação jurídica da autora da referida ação girou em torno da ponderação dos bens: a suposta potencialidade de vida do

nascituro, de um lado; e do outro, a liberdade e a autonomia da gestante. No caso, a autora arguiu a seu favor exatamente a falta de potencialidade de vida extrauterina do feto anencefálico e, ainda, equiparava a gravidez como equivalente à experiência da tortura.

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, entendeu que no caso em questão não havia colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente, e em sede de pedido cautelar, concedeu a medida liminar, reconhecendo o direito constitucional da gestante de se submeter à cirurgia terapêutica de antecipação do parto de feto anencéfalo, após a devida apresentação do laudo médico constatando a presença da referida anomalia. O voto do Ministro Marco Aurélio seguiu sua decisão já prolatada em sede de liminar, declarando a permissão do aborto por interpretação conforme a Constituição.

Segundo Marco Aurélio Melo, “a incolumidade física do feto anencefálico, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher” (BRASIL, 2012, p. 69). A ponderação é o instrumento utilizado na valorização dos bens jurídicos tutelados.

Diversas exceções foram utilizadas para reforçar a tese apresentada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, comprovando que o direito não consegue prever todas as hipóteses da vida cotidiana, devendo, dessa forma, comportar exceções que irão derrotar as normas e princípios então vigentes. O Ministro salienta a importância do argumento utilizado pela arguente, onde não se pretende a inconstitucionalidade dos tipos penais, “busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição” (BRASIL, 2012, p. 33). Os direitos de liberdade, vida, proteção da autonomia, privacidade, saúde e principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, foram os princípios em conflito na presente questão.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello ressalta o caráter não absoluto do direito à vida e a inexistência de hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, enfatizando que a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações conforme entendimento do próprio

Supremo. O Ministro ressalta em seu voto que o “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencefálico, repito, não existe vida possível” (BRASIL, 2012, p. 54).

Importante aqui a opinião do Ministro Marco Aurélio a respeito das teses favoráveis à manutenção da gestação, “em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez” (BRASIL, 2012, p. 66).

Para o Ministro, a obrigação da manutenção da gravidez se assemelha a um quadro de tortura, “o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade” (BRASIL, 2012, p. 68). E termina enfatizando a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, na decisão do caso concreto.

Destaca-se que dentre as diversas opiniões colacionadas durante a instrução do presente acórdão, encontra-se a Resolução n. 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina, que consignou serem os anencefálicos natimortos cerebrais. Segundo os estudos realizados, o anencefálico jamais se tornará uma pessoa, não há qualquer expectativa de vida em potencial, mas sim a certeza da morte.

O voto prolatado pelos Ministros que seguiram o voto do relator, pela procedência da ADPF, foram no sentido de que o feto anencefálico não é ser dotado de vida e que, segundo esse entendimento, não seria o caso de subsunção ao tipo descrito no Art. 124 do Código Penal, tendo em vista que não havendo vida, a antecipação terapêutica do parto seria conduta permitida. O “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencefálico, repito, não existe vida possível” (BRASIL, 2012, p. 54).

Segundo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, seria o caso de terceira hipótese de excludente de ilicitude, tendo em vista o reconhecimento da existência de vida. Seu voto, no entanto, foi pela procedência da ação. Para o referido Ministro, não se tratava de subsunção

às excludentes do Art. 128 do Código Penal. Para ele, o juiz pode adaptar a lei à realidade social, pois a lei não deve ser inflexível e ela pode ser moldada, haja vista a relevância do caso concreto.

Em seu voto, Gilmar Mendes se refere à imposição da gestação como condição análoga à tortura psíquica e violação à livre escolha da mulher gestante, tendo em vista a falta de previsão legislativa adequada ao fato. Assim, em seu voto, julgou procedente a ADPF, dando uma interpretação conforme a Constituição com efeitos aditivos, alterando o sistema normativo originário para permitir uma terceira excludente de ilicitude.

O Ministro Luiz Fux votou, seguindo o voto do Relator, pela procedência da ADPF, conferindo interpretação conforme a Constituição aos dispositivos penais. Em suas razões, o Ministro abordou a questão do Direito Penal Mínimo, salientando o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal como sendo esse *àultima ratio*.

Os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski votaram pela improcedência da demanda, tendo em vista o reconhecimento da vida do feto anencefálico. Os votos foram no sentido de que haveria o crime de aborto.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em suas argumentações, alegou que caberia apenas ao legislador excluir a punibilidade e que seria impossível a aplicação analógica de interpretação extensiva de normas excludentes de punibilidade. Para o Ministro, trata-se de ativismo judicial, caso em que o Judiciário estaria entrando na esfera de atribuições do legislativo e alterando o ordenamento jurídico.

Segundo o Ministro Cezar Peluso, o feto anencefálico teria vida e, nesse caso, a antecipação terapêutica seria conduta típica que se subsumi ao tipo penal incriminador dos Arts. 124 e 126 do Código Penal. Não estando configuradas as hipóteses de excludentes, resta a vedada hipótese de aborto. Em seu voto, o Ministro reconhece o conflito de princípios, todavia, entende que a vida do feto é o interesse a ser tutelado.

O Ministro Cezar Peluso, em suas considerações, trouxe a questão do erro médico, citando o caso Marcela, cujo diagnóstico inicial foi de

anencefalia. Pautou seu voto nos dados divergentes das audiências públicas e ressaltou, ainda, o risco de se abrirem precedentes caso a ADPF n. 54-8/DF viesse a ser julgada procedente, citando outras anomalias de igual gravidade. Segundo o entendimento do Ministro Cezar Peluso, “daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica” (BRASIL, 2012, p. 375).

Para o Ministro, a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico é conduta tipificada pelo crime de aborto, subsumindo-se a conduta à norma penal, não sendo o caso de interpretação. Segundo o Ministro, não pode o STF atuar como legislador positivo, criando “hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de lhe desnaturar a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto” (BRASIL, 2012, p. 412), por isso, julgou pela improcedência do pedido.

A Ministra Rosa Maria Weber, seguindo o voto do relator, julgou procedente a ADPF n. 54-8/DF, partindo da questão semântica sobre o conceito de vida sob a perspectiva do Direito. Segundo a Ministra, no Código Penal, existem gradações na importância da vida em diferentes tipos penais. Em seu voto, salientou que só ocorrerá crime de aborto se houver vida, concluindo, ainda, que a Lei n. 9.434/2007, ao regulamentar a doação de órgãos, definiu em seu Art. 3 mortes como morte encefálica, entendendo ser vida a atividade cerebral não restrita apenas à vida orgânica, mas à consciência e à capacidade de se socializar.

O voto prolatado pela Ministra se afina de forma precípua com tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores deste trabalho. Segundo Rosa Weber, o pedido deve ser interpretado conforme a Constituição. A vontade da gestante deve prevalecer, a escolha pessoal da gestante pela manutenção ou a interrupção da gravidez do feto anencefálico deve ser respeitada, seja ela qual for.

Em seu voto, a Ministra trata acerca da ponderação de valores entre a vida do feto anencefálico e a dignidade, a integridade, a liberdade a saúde da gestante e os direitos reprodutivos da mulher. Segundo a Ministra, não existem valores absolutos, sendo os valores relativos. Para uma convivência

pacífica e harmônica em sociedade, “todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais” (BRASIL, 2012, p. 124).

A Ministra reitera a função do direito penal como *últimaracio*, enfatizando que a intervenção do direito penal nas relações sociais deve ser mínima, haja vista “não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos” (BRASIL, 2012, p. 134).

Os princípios norteadores de um direito penal mínimo são o suporte para a decisão da Ministra, que utiliza a teoria da proporcionalidade, na aferição de valores dos bens jurídicos em julgamento. Por fim, a Ministra conclui em seu voto que qualquer interpretação em sentido contrário seria violação à liberdade de escolha da mulher e à sua dignidade.

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2012, p. 327) ressaltou a importância da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, “a essencialidade que assume, *em nosso sistema jurídico*, como fator estruturante do ordenamento estatal”, tendo amparado seu voto no direito comparado e na jurisprudência internacional, colacionando normas de Direito Internacional como fundamento jurídico.

Segundo o Ministro Celso de Mello (2012), a técnica da ponderação e a proporcionalidade são instrumentos eficazes no balizamento de direitos antagônicos, em que se encontram presentes valores constitucionais de igual eficácia e autoridade. Em sua linha de argumentação, o Ministro afirma que o direito penal deve acompanhar as inovações fundadas nas transformações pelas quais passa a sociedade, existindo uma necessidade de adequação do ordenamento jurídico a essa nova realidade social.

Ressalta-se, ainda, o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos e liberdade pública. O voto do Ministro Celso de Mello é procedente com interpretação conforme a Constituição, aos art. 124, 126, “caput”, e 128, incisos I e II, todos Código Penal, “para que seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obstea realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico” (BRASIL, 2012, p. 366).

No tocante ao voto do Ministro Carlos Ayres Britto, ele votou pela procedência da ADPF n. 54-8/DF, delineando seu voto com o do Ministro Relator, abordando a carência de vida do feto anencefálico e inserindo a antecipação terapêutica do parto como conduta atípica. Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Brito trata da polissemia dos dispositivos penais, enfatizando existirem três significados “passíveis de extração dos signos linguísticos” (BRASIL, 2012, p. 256).

Aduz em suas razões a tipicidade do caso, sendo a antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico caracterizada como crime de aborto, no entanto, segundo o entendimento do Ministro, não configura prática penalmente cabível. O cerne da questão que entrelaça o voto é o início da vida, “ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova” (BRASIL, 2012, p. 259).

E prossegue em seu voto, equiparando as exceções contidas na figura típica do crime de aborto, com as razões explicitadas na antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico; a manutenção da gravidez, o que nesses casos, corresponderia à mesma tortura psicológica da manutenção da gravidez resultante de estupro, “donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que, onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito” (BRASIL, 2012, p. 263).

Em suas alegações finais o Ministro Carlos Ayres Britto, segue o voto do Relator, interpretando conforme a Constituição e declarando a atipicidade.

A Ministra Carmen Lúcia sustentou seu voto no direito à vida, à liberdade e à responsabilidade da mulher. O princípio da dignidade será a pauta de todas as alegações apresentadas no transcorrer do voto.

Segundo a Ministra “a resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requerem o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Em uma interpretação eminentemente construtivista prossegue, “ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da

sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade” (BRASIL, 2012, p. 181).

Assim, na construção do voto, a Ministra ressalta o caráter evolutivo do conceito de justiça, que deve acompanhar as revoluções pelas quais passa a sociedade, sendo “o Código Penal, como qualquer lei, há de se ajustar às mudanças e exigências de uma sociedade em constante evolução e mutação” (BRASIL, 2012, p. 217).

E finaliza o voto julgando procedente a ADPF n. 54-8/DF e declarando que “quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado (BRASIL, 2012, p. 236).

Ao longo do julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, diversas teses foram apresentadas, emergindo pontos controversos e posições éticas e religiosas antagônicas, tudo com respaldo em dados e registros científicos, constatando-se profundas divergências, inclusive, por parte da comunidade médica, posto que alguns sustentavam que haveria riscos potencializados à gestante e outros eram favoráveis ao prolongamento da gravidez, sustentando que os riscos não seriam agravados pela condição do feto.

Todo o cerne do julgamento foi pautado pela dúvida da existência ou não de vida do feto, e se uma gravidez, onde existe a certeza da morte do nascituro, devendo ser levada até o final, implicando dessa forma grave violação à dignidade da mulher e ao seu direito de liberdade de escolha. Ao optar pela dignidade da mãe, o Ministro Marco Aurélio justifica sua decisão, tendo por pauta a lei e a busca da paz.

O julgamento da ADPF- 54 se encontra pautado por princípios. A instrumentalização da pessoa inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana foi o escopo de todo o julgamento, tendo sido utilizado tanto por aqueles que votaram a favor do aborto, quanto por aqueles que votaram contra. “A colisão entre liberdade de uma pessoa e direitos de outras pessoas se resolve, via de regra, por uma ponderação de interesses

que deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade” (SARMENTO, 2016, p. 166).

Desse modo, ao votarem pela procedência da ADPF, os Ministros buscaram uma harmonização entre os direitos fundamentais, em que o direito penal “pode ser visto como uma dessas soluções, ao atuar no controle social em busca de uma possível paz para a sociedade” (SANTOS, 2014, p. 98).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é o valor a ser buscado ocorre, no entanto, que o constitucionalismo alterou de forma profunda o *civil law* aproximando-o do *common law*, tendo em vista que o juiz, antes adstrito à estrita aplicação da lei, passou a interpretá-la e a exercer uma função criativa, dando efetividade aos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Para o jurista do *common law*, a idéia de derrotabilidade é aceita de maneira racional e natural tendo em vista a tradição dos precedentes e a forma como são utilizados ou até mesmo afastados. A argumentação jurídica passa pelas circunstâncias fáticas do caso concreto para o qual uma norma jurídica será utilizada ou até derrotada, se e quando toda a carga argumentativa utilizada for no sentido de indicar o afastamento do precedente para determinada situação específica em julgamento, motivando nova decisão.

O julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.54-8/DF é um dos inúmeros exemplos da aplicação da derrotabilidade no direito penal, como instrumento e ferramenta essencial ao operador do direito no suprimento de uma omissão legislativa, diante da qual ao juiz o controle dessa insuficiência da norma.

Diante da situação em que a lei é omissa ou inadequada para situação concreta, o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana é o limite para o direito penal. A dignidade humana é o alicerce de onde emana os demais princípios penais e sob essa perspectiva, o direito penal

deve buscar, através da derrotabilidade normativa, um equilíbrio e uma proporcionalidade na aplicação da lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*** n.54-8/DF. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Julgada em 12.04.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=370733>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2016.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A Derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito Penal, Derrotabilidade e Princípio da Insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 429-441.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado em direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. Revisão de tradução de Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito Penal, Derrotabilidade e Princípio da Insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 429-441.
- SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferenças e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.