

O CASO DA MENINA ANNY FISCHER E A DERROTABILIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS ANTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Marcelo de Oliveira Burgati*

1. Introdução – 2. O caso da criança Anny de Bortoli Fischer – 3. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana – 4. O direito à vida e à saúde – 5. O princípio da legalidade - 6. A teoria da derrotabilidade – 7. Derrotabilidade e o Direito Penal - 8. O conflito aparente entre normas constitucionais – 9. Conclusão – 10. Bibliografia

Resumo: As normas que regem a nossa sociedade nem sempre são capazes de dar resposta a situações práticas ocorridas em decorrência de nossas relações interpessoais na convivência em sociedade. Ao legislador não é possível enumerar e reger todas essas situações quando da confecção da norma o que vai, muitas vezes, ocasionar conflitos. O presente artigo invoca à discussão um desses conflitos em que estão em jogo, de um lado a dignidade da pessoa humana e seus respectivos direitos à vida e à saúde e de outro o princípio da legalidade, em especial, a lei penal, mais especificamente a Lei nº 11343/06 que promove o combate ao tráfico de drogas. Procuramos demonstrar por meio do método hipotético-dedutivo, utilizando-se como exemplo o caso da menina Anny Bortoli Fischer e o uso do “canabidiol”, por meio de conceitos teóricos e doutrinários como, no caso em comento, a lei penal, por meio da teoria originalmente desen-

* Professor de Direito Penal e Medicina Forense da Faculdade de Educação, Ciências e Artes Dom Bosco de Monte Aprazível-SP, Mestrando em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Especialista em Direito Penal e Processual Penal (Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP).

volvida por Herbert Hart, pode ser derrotada, utilizando-se da ponderação e do sopesamento propostos por Robert Alexy que tem sido usado em nosso sistema judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal, para dar solução a casos difíceis que envolvam colisão entre regras e princípios, conforme definição formulada pelo próprio Alexy. O caso da criança Anny é emblemático para demonstrar como uma exceção não prevista na legislação não pode limitar um direito fundamental maior como o da dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Legalidade. Tráfico de drogas. Derrotabilidade. Ponderação.

Abstract: The rules governing our society are not always able to respond to practical situations that occur as a result of our interpersonal relationships in life in society. The legislator cannot enumerate and regulation all these situations when making the norm which will often cause conflicts. This article invokes the discussion of these conflicts are at stake, on the one hand the human dignity and their rights to life and health and the other the principle of legality, in particular the criminal law, specifically the Law No. 11343/06 which promotes the fight against drug trafficking. We seek to demonstrate through the hypothetical-deductive method, using the example of Anny Bortoli Fischer girl and the use of "cannabidiol", through doctrinal theoretical concepts as in the case under discussion, the criminal law through the theory originally developed by Herbert Hart, it can be defeated using the proposed weighting and balancing proposed by Robert Alexy which has been used in our judicial system, including the Supreme Court, to give solution to difficult cases involving collision between rules and principles, as defined formulated by Alexy himself. The case is emblematic of Anny child to demonstrate how an unanticipated exception in the law cannot limit further fundamental right as

human dignity.

Keywords: Human Dignity. Legality. Drug trafficking. Defeasibility. Weighting.

1. INTRODUÇÃO



Brasil todo teve a chance de acompanhar no começo de 2014 o caso da menina Anny Fischer que sofria de uma doença rara e grave denominada encefalopatia epilética infantil precoce tipo 2 (EIEE2)¹ que decorre de mutações no gene *CDLK5* (Cyclin-dependent kinase-like 5).

A criança, então com cinco anos de idade, em função da doença que chegava a causar 80 convulsões por semana e diante da ineficácia dos tratamentos tentados até então levou os pais da criança a resolverem importar clandestinamente um medicamento à base de *canabidiol*, substância proibida derivada da maconha que segundo eles foi o único remédio que surtiu efeito, tendo ocorrido a diminuição gradativa das convulsões com melhora significativa da qualidade de vida da criança.²

A atitude desesperada dos pais de Anny, no entanto, violava a legislação penal brasileira que dispunha ser a “importação clandestina” de uma substância classificada como proscrita pela ANVISA³ (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) crime de tráfico de drogas⁴, sujeitando os autores a uma pena

¹ Disponível em :<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-02.pdf>> Acesso em 10 mar. 2015.

² Disponível em:<<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/04/justica-autoriza-familia-importar-remedio-derivado-da-maconha.html>> Acesso em: 07Abr15.

³ Portaria nº 344 de 12 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf> Acesso em: 06 jul. 2015.

⁴ Artigo 33 da Lei nº11343/06 “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer

de até 15 (quinze) anos de reclusão.

A atitude aparentemente ilegal tomada pelos pais da menina Anny, irá causar um conflito lógico entre o fato criminoso e os direitos à vida⁵ e a saúde⁶ e consequentemente com o princípio da dignidade da pessoa humana⁷ positivados em nossa Carta Magna, uma vez que lutavam pelo direito de sua filha de 05 (cinco) anos, acometida de uma doença grave, cujos tratamentos utilizados até então não surtiam o efeito desejado, de ter uma vida mais digna com a melhoria de suas condições de

drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;(...)" Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art32> Acesso em: 10 abr. 2014.

⁵ Constituição Federal Artigo 5º, *caput* "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 abr. 2015.

⁶ Constituição Federal Artigo 196 "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 abr. 2015.

⁷ Constituição Federal Artigo 1º, III "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - ...;

II - ...;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)" Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 abr. 2015.

saúde, sem contar com o conseqüente risco de vida que corria.

Essa situação leva a um problema de conflito ético e aparente de normas constitucionais. De um lado o princípio da legalidade⁸, violado na exata medida da violação da lei incriminadora do tráfico de drogas positivada e, de outro, o princípio da dignidade humana e os direitos constitucionais à vida e a saúde. Surge, assim, a necessidade de se ponderar e equilibrar os ditos princípios analisando qual deve preponderar, no caso concreto, sobre o outro, a fim de se obter uma resposta condizente para o caso.

Porém, nos dizeres do Prof. Azor Lopes da Silva Júnior:

Uma das mais árduas tarefas hermenêuticas é quando se conflitam interesses invocando fundamento constitucional no plano das cláusulas pétreas. É que esse núcleo duro de uma Carta Constitucional reveste-se de imutabilidade inatingível até mesmo pelo Poder Reformador, isto porque têm-se que ele é o mais nobre dos frutos do Poder Constituinte Originário. A partir da Teoria da Constituição, essas cláusulas imutáveis assim o são porque efluem de conquistas históricas não só de uma nação, senão de toda a humanidade, não se admitindo um retrocesso involutivo. (SILVA JR, 2015, p.1)

Mesmo sendo assim, há a necessidade do uso da hermenêutica, e no presente artigo utilizaremos a teoria de Herbert Hart⁹ de que nessas condições há a possibilidade da derrotabilidade¹⁰ da norma penal, e em consequência do princípio da legalidade, frente a outros princípios e normas constitucionais, mesmo que a exceção à norma incriminadora não esteja positivada.

⁸ Artigo 5º, inciso II da C.F. “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

⁹ Hart in Vasconcellos, p. 47

¹⁰ Ver VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Disponível

em:<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade%20normativa%20-%20Fernando%20Andreoni%20Vasconcellos.pdf?sequence=1>> Acesso em: 07 abr. 2015.

Ou seja, mesmo que haja perfeita subsunção do fato à norma incriminadora e que ele preencha os requisitos necessários e suficientes da mesma, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou serem afastados diante da possibilidade do “a menos que”¹¹, em consonância com o princípio da dignidade humana e os direitos a vida e a saúde constitucionalmente protegidos.

Utilizamos o método hipotético-dedutivo através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial a fim de demonstrar a possibilidade da derrotabilidade da norma penal através da sobreposição das garantias constitucionais do direito à vida e à saúde, utilizando-se a teoria da ponderação e sopesamento de Robert Alexy.

2. O CASO DA CRIANÇA ANNY DE BORTOLI FISCHER

O caso da pequena Anny será tomado apenas como exemplo para o desenvolvimento da tese da derrotabilidade da norma penal em face do princípio da dignidade humana, ele é apenas um ponto de partida e não o objetivo de nosso artigo, que evidentemente também a ele se aplica.

A pequena Anny nasceu portadora de uma grave e rara doença que se manifestou logo aos 45 dias de nascida, chamada de encefalopatia epilética infantil precoce tipo 2. Tal doença decorre da mutação no gene CDLK5 e segundo o Dr. Wilson Marques Júnior, Professor Titular de Neurologia do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo

(...) a doença se caracteriza pela instalação de crises convulsivas nos primeiros meses de vida, associada a um atraso intenso e global do desenvolvimento, evoluindo com retardo mental e pobre controle motor. Acarreta, ainda, falha no desenvolvimento da fala, dismorfias faciais sutis, distúrbio do sono, anormalidades gastrointestinais e movimentos estereotipados

¹¹ VASCONCELLOS, 2009, p. 47-48.

das mãos. (Processo n. 24632-22.2014.4.01.3400, p. 1)

Desde então a doença da criança evoluiu significativamente, sem que o tratamento convencional com o uso de anti-convulsivantes produzisse qualquer efeito, tendo sido ela submetida até a uma cirurgia para o implante de um marca-passo no nervo vago, objetivando a estabilização das crises convulsivas, porém a mesma não surtiu efeito e as crises continuaram, chegando a impressionantes 80 episódios por semana, ou seja, uma crise epilética a cada 2 horas em média.

Diante de tão grave e angustiante quadro os pais da menina ficaram sabendo de uma substância utilizada com sucesso nos Estados Unidos pela americana Charlotte Figi, uma menina de cinco anos que sofria da síndrome de Dravet, doença que também causava convulsões incontroláveis e que chegavam a 300 por semana. Tratava-se de um composto extraído da planta *cannabis sativa* popularmente conhecida como maconha, um óleo rico em canabidiol, mais pobre em THC (Tetra-hidrocanabidiol) - substância que traz os efeitos deletérios do uso da maconha, mas que usado no tratamento da criança surtiu o efeito desejado de controlar as crises convulsivas, chegando a cessá-las. O caso teve grande repercussão, tendo sido tema de um documentário da rede CNN, uma emissora de televisão americana.¹²

Sabedores então dos efeitos benéficos do canabidiol, os pais da pequena Anny passaram a “importar clandestinamente” um medicamento à base de canabidiol e a ministrá-lo à mesma como forma de tratamento dos sintomas de sua doença, sendo que o mesmo surtiu o efeito desejado e a criança apresentou melhora expressiva, ficando praticamente livre das crises convulsivas, afirmou o médico da criança Dr. Wagner Teixeira. A mãe de Anny, Katiely Fischer, considerou o tratamen-

¹² Vide em: Petição Inicial para proposta de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/arquivos_noticias/acp-anvisa-canabinoides-pp-1066-2014.pdf> Acesso em: 10 mar. 15.

to um verdadeiro milagre e o pai da menina Norberto Fischer afirmou “A gente chegava perto da Anny, falava o nome dela e ela olhava a gente nos olhos. Isso não tem palavras. *Vale qualquer sacrifício*, qualquer esforço, você saber que ela voltou a te olhar nos olhos”. (Alvarenga, p. 1, grifo nosso)

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra dignidade provém do latim *dignus* que significa “aquele que merece estima e honra”.

De acordo com o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso “Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. (...)” e “(...)merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.” (Barroso, p. 34-35)

Na mesma linha de pensamento se expressa o Prof. Kildare:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita,

conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento kantiano. (CARVALHO, 2011, p. 582)

Pessoas não podem ser comparadas com coisas, nos diz o Prof. Kildare, e assim não podem lhes ser atribuído um preço, elas são um fim em si mesmas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62), considerando a dupla perspectiva ontológica e instrumental da dignidade da pessoa humana, procurando destacar tanto a sua faceta intersubjetiva, e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional), assim conceitua dignidade da pessoa humana:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62)

A respeito da dignidade da pessoa humana cinco diretrizes são dadas por Jorge Miranda:

a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; *b)* Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; *c)* O primado da pessoa é o de ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; *d)* A protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; *e)* A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. (MIRANDA, 1997, p. 169-170)

Apesar de o autor estar se referindo ao sistema constitucional português, suas diretrizes se aplicam perfeitamente ao nosso sistema constitucional e informam a dignidade como

valor a toda ordem jurídica desde que assegurados os direitos inerentes à pessoa humana.

Segundo Prof. Oscar Vilhena Vieira:

A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais - estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988. (VIEIRA, 2006, p. 63)

O autor nos traz a dimensão intersubjetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e afirma que apesar de ter aparecido em nossa Carta Magna apenas no seu início isso não deve significar que ela não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade. Até porque em muitas situações encontraremos a ideia de dignidade em confronto com outros direitos fundamentais. (VIEIRA, 2006)

Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais se inspiram no princípio da dignidade da pessoa humana e será ele a formular limitações do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do po-

der, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (MENDES, 2014, p. 147)

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada como primado e inspiração para todos os outros princípios e direitos fundamentais que devem ser protegidos pela constituição, assim estes não podem confrontá-la e se isso ocorrer a necessária ponderação entre os mesmos deverá privilegiá-la.

A quinta diretriz de Jorge Miranda somada a ideia de limitação do poder e prevenção do arbítrio e da injustiça de Gilmar Mendes irão promover o mínimo existencial para uma vida saudável de Ingo W. Sarlet.

4. O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Paulo G. Gonet Branco nos explicita seu pensamento em relação ao direito à vida:

O direito à vida cola-se ao ser humano, desde que este surge e até o momento da sua morte. Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível [7], a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito a existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa. Não se concilia com a proposição de que todos os seres humanos ostentam igual dignidade classificá-los, segundo qualquer ordem imaginável, para privar alguns desse direito elementar. Nem a origem étnica, nem a origem geográfica, nem as opções de comportamento sexual, nem a idade – nada justifica que se aliene de um ser humano

o direito à vida[8]. Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade, o direito à vida está necessariamente aí pressuposto. (MENDES e BRANCO, 2014, p. 249)

Segundo a visão do iminente autor, “nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida”, como então imaginar que uma lei infraconstitucional pudesse limitar esse direito?

Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 638) nos diz que o “primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral.”, e nos traz alguns conceitos de vida:

No sentido fisiológico, a vida consiste no conjunto de propriedades e qualidades graças às quais os seres organizados, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções, tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução e outras.

Já a definição metabólica “concebe a vida como algo com limites definidos, continuamente trocando o meio ambiente matérias de que depende, sem alterar suas propriedades gerais nesse processo.

Bioquimicamente, a vida é definida como um sistema contendo informação hereditária reproduzível, codificada em molécula de ácido-nucleico, que metabolizam reações químicas mediante enzimas.”

As definições acima enunciadas deixam margem a questionamentos, porquanto: na fisiológica, certas máquinas exercem as funções apontadas; na metabólica, as sementes, seres vivos, não se ajustam à definição; na bioquímica, o vírus *scrapie* é considerado um organismo vivo, mas não contém ácidos nucleicos.

A vida humana se distingue, portanto, das demais, seja pela sua origem, vale dizer, pelo processo de sua reprodução a partir de outra vida, seja pela característica de sua constituição

genética: 46 cromossomos para as células diplóides (respectivamente, 23 para as células haplóides ou gametas).

Daí por que a “melhor definição da vida seja a de caráter genético e consista em considerá-la um sistema capaz de evolução por seleção natural.”

O direito à vida traduz-se no direito de permanecer existente e no direito a um adequado nível de vida. (CARVALHO, 2011, p. 639)

Prof. José Afonso da Silva ao comentar sobre o direito à vida diz não intentar dar uma definição “disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse *ser* que é objeto de direito fundamental.”, e diz:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua aceção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2005, p. 197)

O mesmo autor irá, então, correlacionar o direito à vida com direito à existência, o “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.” (SILVA, 2005, p. 198)

Correlacionado ao direito à vida está o direito à saúde, dela indissociável é bem jurídico constitucionalmente tutelado e assegurado à generalidade das pessoas estando positivado em nossa constituição nos artigos 196¹³ e seguintes. É direito sub-

¹³ CF, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção,

jetivo público e fundamental que deve ser garantido pelos entes federativos da União, Estados e Municípios e não pode transformar-se em promessa constitucional vazia e inconsequente fraudando, o Poder Público, as justas expectativas nele depositadas pela coletividade em seu impostergável dever ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (CARVALHO, 2011, p. 649)

Luigi Ferrajoli traz como conceito de direitos fundamentais todos os direitos subjetivos que são afetos a todos os seres humanos, sendo estes quaisquer expectativas positivas (de prestação) ou negativas (de não lesão) adstritas a um sujeito por uma norma positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas e posiciona o direito à saúde como um desses direitos fundamentais.

son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<*status*>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (...)

La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión <<sustancial>> de la democracia, previa a la dimensión política o <<formal>> de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado

–luego del reconocimiento constitucional como <<derechos>> de expectativas vitales como *la salud*, la educación y la subsistência- también al <<Estado social>>, que se ha desarrollado de hecho em este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis. (FERRAJOLI, 2001, p. 2 e 8, grifo nosso)

Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta com Gilmar Mendes traz a supremacia do direito à vida aos demais direitos fundamentais e esta vinculada a outros direitos, dentre eles o direito à saúde por meio da prestação de serviços médicos:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (...)

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais. (...)

Em outros contextos, o direito à vida aparece vinculado aos direitos a integridade física, a alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a moradia, a *serviços médicos*, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis. (MENDES e BRANCO, 2014, p. 248-249, grifo nosso)

A palavra vida aparece 14 (catorze) vezes em nossa Carta Magna, sendo garantida como direito fundamental já no artigo 5º, *caput* “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (...) (grifo nosso)

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O inciso II do art. 5º da Constituição Federal consagrou o Princípio da Legalidade nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Kildare G. Carvalho (2011, p. 666) coloca que a constituição de 1988 reservou para a disciplina de algumas matérias como tipificação de crimes, restrições a direitos fundamentais, dentre outras a obrigação da observância do princípio da reserva da lei, ou seja, estas só poderão ser elaboradas pelo Poder Legislativo, segundo tramitação própria e deverão ter “caráter genérico, ou seja, alcançar a todos que se encontrem em determinada situação, provir da Administração Pública e possuir caráter ordenador.

Nesse sentido José Afonso da Silva nos ensina que:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não ceda sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (SILVA, 2005, p. 420)

Damáσιο Evangelista de Jesus nos revela seu pensamento a respeito do princípio da legalidade direcionado para o direito penal:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significa-

do político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador. (JESUS, 1999, p. 61-62)

Em relação, especificamente, às leis penais a constituição vinculou a criminalização e punição dos fatos ao princípio da legalidade, da reserva legal ou da também chamada anterioridade da lei no seu art. 5º, XXXIX, nos seguintes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” e sobre isso se manifesta Cezar Roberto Bitencourt:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem

que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2003, p. 10)

O princípio da legalidade traça os limites da intervenção estatal na regulamentação da vida privada dos cidadãos e permite a eles a liberdade de agir e todas as limitações, sejam elas positivas ou negativas, e essas liberdades deverão estar expressas previamente em leis formalmente editadas pelo Poder Legislativo, ou seja, significa para o particular “pode fazer assim”; enquanto para o poder público a ausência de previsões legais significa uma impossibilidade de agir e um imperativo como a dizer “deve fazer assim”.

6. A TEORIA DA DERROTABILIDADE

O conceito de derrotabilidade, conforme podemos ver em Vasconcellos (2012, p. 47-49), surgiu com o artigo de Herbert Hart *The Ascription of Responsibility and Rights*, em que ele reconhece que as previsões de uma norma jurídica podem ser derrotadas mesmo estando presentes seus requisitos *necessários e suficientes*.

Segundo a original idéia de HART, “quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas”, daí porque, “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições”.

A derrotabilidade, na concepção hartiana, assume a impossibilidade de estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do direito, porque somente seria possível elencar as suas exigências normais ou típicas, das quais obrigatoriamente deveria seguir a cláusula “a menos que...”, relativa a exceções que não poderiam ser antecipadas, e caso ocorressem, teriam o condão de derrotar a regra geral. HART modificou o seu pensamento anos mais tarde, especi-

almente quando escreveu o livro *O Conceito de Direito*, onde desenvolveu a lição segundo a qual uma regra que conclui com a expressão “a menos que...” continua sendo uma regra. Por mais que a relação regra/exceção não seja nova na filosofia das ciências, a obra de HART tem um valor histórico para o Direito, sobretudo pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados.

A derrotabilidade não é nova no direito e, Advogados, Promotores e Juízes, em sua prática cotidiana, a utilizam, mesmo que inconscientemente, defendendo uma solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, promovendo, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador. (Vasconcellos, 2009, p. 49)

Cesar Antonio Serbena (2012, p. 14) diz que “a derrotabilidade no âmbito das normas jurídicas é um tema tão antigo quanto Aristóteles ou a Escolástica de Tomás de Aquino”, que na sua *Summa Theológica* menciona que os princípios não são normas categóricas e podem estar sujeitas a exceção:

Por conseguinte, devemos dizer que a lei natural, no tocante aos princípios gerais, é a mesma para todos, tanto no que diz respeito à sua retidão como ao seu conhecimento. Mas no que concerne a certas questões de detalhe, que são, por assim dizer, conclusões desse princípios gerais, ela é a mesma para todos na maioria dos casos, tanto no que concerne à retidão como ao conhecimento; no entanto, em alguns poucos casos pode falhar, tanto no que tange à retidão, em razão de certos obstáculos (assim como a natureza sujeita à geração e corrupção falha em poucos casos por conta de algum obstáculo), e no que tange ao conhecimento, pois em alguns caos é pervertida pela paixão, ou pelo mau hábito, ou por uma má disposição da natureza; (...)

Essa teoria surgiu na ciência da computação, portanto fora da ciência jurídica com R. Reiter e John McCarthy em

1980, continua Serbena (2012) e, buscava desenvolver a inteligência artificial em uma linguagem de programação que se aproximasse ao máximo do raciocínio humano, quebrando o sistema monotônico das lógicas clássica e silogística.

A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas, no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões, porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode “derrotar” a conclusão inicial e proporcionar uma nova conclusão. Esta é a forma de pensar que os seres humanos utilizam na maioria das vezes em que é necessário raciocinar. Geralmente nos baseamos em premissas gerais, porém, estas podem facilmente serem excepcionadas, o que nos força a revisar nossas crenças e extrair novas conclusões. (SERBENA, 2012, p. 15)

Anos mais tarde percebeu-se que a lógica não monotônica, utilizada pelo raciocínio humano, é aplicada no raciocínio jurídico e largamente aplicada nas decisões judiciais quando, por exemplo, o juiz muda radicalmente sua convicção inicial, baseada em fatos e provas, quando nova prova é introduzida e acaba por decidir de forma contrária ao que inicialmente tinha por convicção.

Vasconcellos (2012, p. 49-50), citando Luis Rodriguez e Germán Sucar nos traz onze principais “fatos geradores” de derrotabilidade:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação a que se atribui em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.
2. Pode-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos

que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.

3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.

4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.

5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.

6. Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não descritivo (isto é, que não podem validar-se em função da informação fática trazida em seu apoio), não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz, ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico, como por exemplo o de “contrato”, possui uma margem não eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscribe a algo a qualidade de ser um contrato.

7. Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.

8. A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada, mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.

9. Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa.

Como não há uma descrição que pode considerar-se “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operativa uma exceção.

10. No ponto anterior se supõe informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los.

11. Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que no caso em questão concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.

Essa lista, alude o mesmo autor, “demonstra uma série de hipóteses em que a norma jurídica pode ser derrotada, normativa ou facticamente; não se trata, no entanto, de uma lista taxativa ou cerrada, pois diante das plúrimas perspectivas do fenômeno, podem surgir novas possibilidades de afastamento da solução *prima facie*.”

O que podemos notar é que as soluções *prima facie* trazidas pelas normas jurídicas, mesmo que presentes seus requisitos *necessários e suficientes* nem sempre podem solucionar convenientemente, de forma justa, alguns casos difíceis, não previstos, nem excepcionalmente, pela norma invocada ou qualquer outra, visto que o legislador prevê, em regra, somente os casos comuns. Assim, exceções as normas jurídicas positivas poderiam derrotá-las e impor uma solução diversa daquela trazida pela norma.

7. DERROTABILIDADE E O DIREITO PENAL

O Direito Penal traz o regramento jurídico, assim como os outros ramos do direito, para a convivência harmoniosa das pessoas em sociedade. Também ele traz soluções *prima facie* para os casos a que se apresenta e se preenchidas suas condi-

ções *necessárias e suficientes* deveria ser aplicado. Mas em alguns casos também não previu o legislador exceções que se apresentam na vida cotidiana e ele então, para cumprir com seu papel deve atender a sua função social, como afirma Roxin:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla. (ROXIN, 2013, p. 16-17)

José Eduardo Lourenço dos Santos afirma que para a proteção dos bens jurídicos pelo direito penal “o instrumento de trabalho é a sanção penal, a ameaça de punição e sua efetividade no caso de sua violação. No entanto, essa sanção também atinge bens jurídicos do infrator, caráter retributivo, de forma que deve ser utilizada com o cuidado devido.” (*in* SERBENA, 2012, p. 430-431)

E continua:

Nem sempre o legislador tem a condição de fixar a totalidade da relevância, ou não, de determinado comportamento, pois, do contrário, o juiz, em um caso concreto, estaria despedido de sua discricionariedade, baseando-se em normas do sistema. Poderia falar-se em regra de clausura, a que impede qualquer apreciação do que é ou não irrelevante, sendo apenas relevante o que nela está contido.

No modelo hipotético-condicional, a norma jurídica leva à idéia da que se A ocorrer, então existiria a consequência B (dever ser). Isto significa que, se determinado fato acontecer, já se tem a consequência jurídica para ele.

A doutrina entende que, se a consequência jurídica não se efetivar, a norma está sendo desatendida, perde eficácia, logo, não é aplicada (ao antecedente não correspondeu o consequente).

Diante de tal situação é que aparece a derrotabilidade. *Prima facie*, a norma jurídica é o ponto inicial para a aplicação do direito. A “*interpretação prima facie, no entanto, apegada à literalidade textual e adstrita ao plano de justificação interna, pode não prevalecer após uma análise sistemática/pragmática do ordenamento jurídico* (2009, p. 55). A obrigação *prima facie*, se derrotada, não perde seu caráter prescritivo, devendo continuar a ser observada por todos. Pela derrotabilidade é a norma questionada em certas situações. (2012, p. 432)

Com isso observamos que a teoria da derrotabilidade pode ser aplicada também ao Direito Penal, uma vez em conflito a lei com o fato real não excepcionado por ela e em atendimento a outras garantias, em especial constitucionais, poder-se-á deixar de aplicá-la no caso concreto, sem, porém, que ela perca seu caráter coercitivo geral.

A lei penal deve então, como nos disse Roxin, adequar-se a sociedade a qual se destina e para a qual foi construída a fim de regrá-la e promover uma convivência pacífica e se a ela não se adéqua em determinadas situações deve ser excepcionada.

9. O CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Mas, árdua tarefa de hermenêutica se avizinha quando entram em conflito direto direitos fundamentais igualmente protegidos pela constituição e que gozam de igual hierarquia, como se referiu o Ministro Gilmar F. Mendes:

Como observado, a liberdade de expressão artística e intelectual pode colidir com o direito à inviolabilidade da intimidade e da imagem ou outras manifestações do direito de personalidade de eventual atingido.

A questão embaraçosa refere-se ao valor que há de prevalecer. Formulada de forma explícita: quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (art. 5.º, IX, da CF/1988 (LGL 1988\3)) e o direito à invio-

labilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5.º, X, da CF/1988 (LGL 1988(3)))? (MENDES, 1997, p.2)

Apesar de o Ministro estar tratando de garantias constitucionais diversas, sua reflexão se aplica ao caso em comento.

No estudo da interpretação jurídica das normas constitucionais Canotilho (2000) enumera seis princípios que devem ser considerados: (1) Princípio da Unidade da Constituição, (2) Princípio do efeito integrador ou de eficácia integradora, (3) Princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou interpretação efetiva, (4) Princípio da força normativa da Constituição, (5) Princípio da conformidade funcional ou justeza, (6) Princípio da concordância prática ou da harmonização, e nesse diapasão não se admite que haja hierarquia ou conflitos entre os dispositivos constitucionais, o intérprete deverá fazer um esforço intelectual de forma a buscar a harmonização entre eles, conforme diz o Exmo. Ministro Menezes Direito citando o Ministro Gilmar Mendes, durante a proclamação de seu voto no julgamento da ADPF n. 130/2009-DF:

"no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (ADPF n. 130. 2009, p. 86)

Decorre então das próprias palavras do Ministro Gilmar Mendes que os princípios e garantias fundamentais, mesmo fundamentados de forma explícita na nossa constituição, não são absolutos e ao entrarem em conflito um terá que ceder espaço para o outro, a fim de que se possa harmonizá-los, já que seria ilógico que houvesse precedência entre eles.

Essa lógica fica muito clara quando verificamos que não há liberdades irrestritas ou igualdade absoluta, ambas são relativas quando se apresentam no mundo fático.

O Professor Oscar Vilhena Vieira nos dá uma idéia desse relativismo das liberdades quando escreve:

Poucos valores têm atraído tanto o imaginário das pessoas como a idéia de *liberdade*, seja no plano subjetivo ou político. Dos monges budistas ao movimento *hippie*, passando pela heróica figura de Gandhi ou pela épica imagem de um jovem estudante chinês solitariamente enfrentando uma fileira de tanques na Praça da Paz Celestial, em Beijing, em 1989, todos estão perseguindo algum tipo de liberdade. Banqueiros e "sem-terras" também clamam pela liberdade. Moradores dos morros e dos bairros mais afastados das grandes cidades do Brasil também reivindicam a liberdade de poder caminhar sem medo de serem mortos ou assaltados. É evidente que todas essas pessoas não podem estar falando da mesmíssima coisa. Isto porque muitos são os conceitos de *liberdade*. (VIEIRA, 2006, p. 133-134)

Em seguida nos esclarece que quando o homem resolve viver em sociedade e cria algum sistema de regramento de ações das pessoas, ou seja, estabelece a ordem, seja no sistema tradicional, liberal ou democrático, “surge o problema de quanta liberdade será deixada ao indivíduo para que ele determine o curso de sua existência(...)”. “Por mais liberdade que se busque conferir aos indivíduos, jamais será possível aceitar, dentro da sociedade, uma liberdade absoluta.” (VIERIA, 2006, p. 137-138) E afirma:

Para autores como Locke, Montesquieu, Madison ou Constant o exercício do poder de Estado só poderá ser considerado legítimo quando não se impuser sobre todas as esferas de nossa existência, porém apenas sobre aquelas indispensáveis para permitir o maior grau de liberdade individual possível aos indivíduos. Este maior grau de liberdade possível para um indivíduo deve limitar-se apenas pelo exercício de igual liberdade por parte dos demais membros da comunidade, como dirá Kant. A distribuição de esferas de liberdade deve se dar a partir de uma equação em que sejam dispostas de modo a não permitir que a liberdade de um interfira na liberdade do outro. (VIEIRA, 2006, p. 138)

Ou seja, nossa liberdade vai até onde começa a do outro.

Nesse diapasão nossa constituição protege o que se chama de *direito geral de liberdade*, em seu art. 5º, *caput*, ao

garantir que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, entre outros.

Ora, se todas essas liberdades fossem absolutas elas acabariam por se anular e então não teríamos liberdade alguma, assim quando ocorre o conflito entre essas liberdades será necessário que alguém decida, para se manter a ordem, qual é o limite delas no caso em que se apresenta, pois muito difícil seria o legislador positivar todas as situações que poderiam ocorrer no mundo dos fatos relacionais interpessoais.

No nosso sistema normativo essa atribuição se confere ao judiciário e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal.

Mas como fazê-lo, como chegar a uma conclusão de qual princípio ou garantia constitucional deve prevalecer no caso concreto para se garantir direitos fundamentais; não há de ser pelo simples arbítrio do Estado Juiz.

Robert Alexy (2008, p. 87) propõe como forma de se resolver problemas difíceis entre colisões de princípios a teoria da ponderação, porém, para isso, entende que “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma *doutrina satisfatória sobre colisões*, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 2008, p. 85 grifo nosso)

Ele então irá diferenciar a forma de resolver questões que envolvem regras ou princípios, dizendo que para a solução de conflitos entre regras só poderá ocorrer se for introduzida em uma das regras conflitantes uma cláusula de exceção que

elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92)

Já para a solução de conflitos entre princípios não há a possibilidade de inclusão de cláusula de exceção ou da eliminação de um dos princípios, assim a solução será diferente como propõe:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 93 e 94)

Essa idéia de atribuição de pesos para se verificar qual princípio deverá prevalecer em relação ao outro em um conflito é chamado por Alexy de sopesamento, baseado em modelo fundamentado e não decisionista que levará a um enunciado de preferência que será obtido de forma racional ao se fazer a ponderação entre eles. (Alexy, 2008, p. 163 – 165)

9. CONCLUSÃO

O caso da menina Anny e o conflito moral de seus pais em violar a lei para defender a vida, a saúde e, por consequência, a dignidade de sua filha foi emblemático para nos demonstrar que a lei e o legislador não têm condições de excepcionar todos os casos passíveis de ocorrer na vida cotidiana e durante

nossa convivência em sociedade.

Ao se depararem, colidirem, normas jurídicas entre si, princípios e regras conforme classificação de Alexy¹⁴, para se dar solução ao conflito uma terá que ceder para que outra possa prevalecer, o que se processa, segundo esse mesmo autor por meio do sopesamento e da ponderação.

Conforme podemos demonstrar aqui o princípio da dignidade humana e seus correlatos direitos à vida e à saúde, deverão obter, na solução dos casos em que conflitam com outros princípios ou regras, no estudo aqui apresentado sobre o princípio da legalidade e da Lei de Drogas, um peso maior e se sobrepor a eles.

Nas palavras do eminente Paulo Gustavo Gonet Branco “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição.” e, o próprio princípio da legalidade deve sujeitar-se “ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não ceda sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.”, conforme nos ensina o Prof. José Afonso da Silva.

Herbert Hart com seu pensamento nos traz então a indicação do caminho a seguir para solucionar casos que a lei não resolve, por meio do raciocínio lógico e esperado de seres humanos, não máquinas, em consonância com a solução indicada por Alexy, para resolver casos do necessário excepcionamento não previsto na lei geral, por meio do judiciário, quando ficar evidente a injusta aplicação da mesma em detrimento de princípios maiores como o da dignidade humana.

Como esperar que pais zelosos como os da menina Anny, cegamente obedecessem às leis e deixassem à míngua sua filha a sofrer as agruras de sua doença sem procurar de todas as formas ajudá-la.

Não se trata, evidentemente, de buscar com a teoria a

¹⁴ Ver em Alexy, 2012, p. 85-91.

quebra de nosso sistema normativo e jurídico, mas de, em casos excepcionais como esse, acolher solução adequada por meio do judiciário derrotando a aplicação cega da lei positivada.

Assim como no caso exposto a ponderação e o sopesamento dos princípios constitucionais derrotaram um fato típico específico do crime de tráfico de drogas, visto que depois da decisão judicial favorável a própria Portaria nº 344¹⁵ do Ministério da Saúde foi modificada no sentido de excluir do rol de substâncias proscritas o “canabidiol”, o mesmo raciocínio pode ser usado para derrotar qualquer outro tipo penal ou lei quando esta violar princípios maiores constitucionalmente protegidos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARENGA, Flávia. *JUSTIÇA AUTORIZA FAMÍLIA A IMPORTAR REMÉDIO DERIVADO DA MACONHA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/04/justica-autoriza-familia-importar-remedio-derivado-da-maconha.html>> Acesso em: 07 abr. 15.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *O COMEÇO DA HISTÓRIA. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO*. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/r>

¹⁵ BRASIL. Resolução-RDC Nº 3, de 26 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jan. 2015. Seção 1, p. 53.

- evproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em: 9 abr. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2 São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal 3ª Vara. Processo n. 24632-22.2014.4.01.3400. Juiz: Bruno César Bandeira Apolinário. Autor: Anny de Bortoli Fischer. Réu: Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-02.pdf>> Acesso em 10 mar. 2015.
- _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988. Tribunal Pleno. Decisão em 30 abr. 2009. *Diário do Judiciário Eletrônico*, n. 208, 05 nov. 209, Ementário 2381-1, 06 nov. 2009.
- _____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art32> Acesso em: 10 mar. 2015.
- _____. *Constituição Federal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 abr. 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. v.1 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª. Edição, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal – Parte Geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LOPES, Anselmo H. C.; OLIVEIRA, Luciana L. e ROMAN, Ana C. A. A. Ministério Público Federal. *Ação Civil Pública*. Petição Inicial. Disponível em: <http://www.prdp.mpf.br/imprensa/arquivos_noticias/acp-anvisa-canabinoides-pp-1066-2014.pdf> Acesso em: 10 mar. 15.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. 4 Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MORAIS, Raquel. *CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA LIBERA USO DE COMPOSTO DA MACONHA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/12/conselho-federal-de-medicina-libera-uso-de-composto-da-maconha.html>> Acesso em: 10 mar. 15.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giaccolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- SERBENA, Cesar Antonio. et al. *TEORIA DA DERROTABILIDADE – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E APLICAÇÕES*. Curitiba: Juruá, 2012.

- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA JUNIOR, Azor Lopes. *HÁ LIMITES À LIBERDADE DE IMPRENSA? ENTRE O SEGREDO DE JUSTIÇA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA*. Disponível em: <<http://emenda.com.br/index.php/component/content/article.html?layout=edit&id=390>> Acesso em: 07 abr. 2015.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O CONCEITO DE DERROTABILIDADE NORMATIVA*. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade%20normativa%20-%20Fernando%20Andreoni%20Vasconcellos.pdf?sequence=1>> Acesso em: 07 abr. 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.