

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO**

**LUCIANO SANTOS LOPES**

**MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI**

**NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor  
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.  
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.  
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

---

### **Apresentação**

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

## **ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: O QUE É DECIDIR CONTRA LEGEM EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL?**

### **BETWEEN PRINCIPLES AND RULES: WHAT IS DECIDING AGAINST THE LAW IN CRIMINAL PROCEDURE?**

**Diógenes Vicente Hassan Ribeiro  
Michelle Fernanda Martins**

#### **Resumo**

O Estado Democrático de Direito brasileiro, em seu ordenamento jurídico, se constitui através de uma Constituição da República Federativa do Brasil, a qual possui um sistema aberto de regras e princípios. Esse sistema, embora permita a maior fluidez da aplicação das normas positivadas pelo Estado, algumas vezes acaba por ensejar decisionismos judiciais, com a não observância dos intérpretes ao texto das leis. Uma destas questões seria a não aplicação de garantias constitucionais e processuais penais ao acusado, embora legalmente instituídas como, por exemplo, o não respeito ao direito do acusado de permanecer em silêncio. Assim, torna-se necessário questionar o que representaria uma decisão contra legem em matéria processual penal nos dias de hoje, para evitar que as garantias constitucionais e processuais penais sejam desrespeitadas.

**Palavras-chave:** Princípios, Regras, Constituição, Garantias, Acusado, Silêncio

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The Brazilian democratic rule of law, in its legal system, constituted by a Constitution of the Federative Republic of Brazil, which has an open system of rules and principles. This system, while allowing a greater fluidity of the application of the law, sometimes ends up providing decisionism, with the failure to meet the performers to the text of the laws. One of these issues would be the non-implementation of constitutional and procedural guarantees to the accused criminal, although legally constituted, for example, failure to respect the right of the accused to remain silent. Thus, it becomes necessary to question what would represent a decision against in criminal procedure these days, to prevent criminal constitutional and procedural safeguards from be disregarded.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Principles, Rules, Constitution, Guarantees, Accused, Silence

## 1 - Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição da República Federal do Brasil, é caracterizado por ter adotado um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este sistema seria aberto por apresentar uma estrutura dialógica, ou seja, por permitir que as normas constitucionais tenham a capacidade de captarem as mudanças da sociedade, o que permitiria a sua adaptação à realidade dinâmica dos tempos atuais.

Contudo, esta estrutura aberta, por muitas vezes, apresenta proposições abstratas, destituídas de efetivo teor normativo, já que o constituinte se entrega a preceitos irrealizáveis, problema este que pode ser compreendido pela recente história do constitucionalismo moderno, assim como pela dificuldade da Constituição de erigir-se sobre elementos políticos, os quais são essencialmente instáveis (BARROSO, 2009, p. 75-77).

Esta realidade, em algumas ocasiões, coloca o intérprete em situação extremamente delicada, já que tem a missão de efetivar os direitos, ao mesmo tempo em que não pode extrapolar os limites de sua competência. Na maior parte dos casos, em razão desta dificuldade, ou o intérprete negará o caráter vinculativo da norma pela impossibilidade de seu cumprimento ou então acabará por incorrer em ativismo buscando atingir o objetivo e a efetividade daquela norma, o que enseja diversos debates sobre a legitimidade de sua atuação.

Tal problemática mostra-se ainda mais gravosa na seara processual penal, já que, nesta matéria, está em pauta o direito à liberdade, um dos direitos mais essenciais do indivíduo na história moderna. Além disto, verifica-se, em matéria criminal, posições muito distintas nos julgados dos tribunais, algumas que buscam defender ao máximo as garantias dos acusados e outras que tentam flexibilizar ao máximo estas garantias, chegando ao ponto de reduzi-las, procurando sempre condenação do acusado, gerando assim uma dicotomia. Embora esta adoção de posições distintas se enquadre na margem de interpretação que o julgador possui, nasce a preocupação com a possibilidade de decisões *contra legem* em matéria processual penal, já que, neste caso, estar-se-ia violando direito essencial e inerente ao cidadão, afrontando assim sua qualidade de indivíduo ou, mais especificamente, estar-se-ia violando o seu acesso à justiça e/ou o do resto da sociedade.

Dessa forma, questiona-se em que momento os limites do julgador estariam sendo ultrapassados, até que ponto é possível utilizar o sistema aberto da Constituição para interpretações distintas e o que seria a decisão *contra legem* em matéria criminal.

Assim sendo, esse artigo tem a pretensão de abordar inicialmente estas questões e lançar reflexões a respeito deste tema.

## 2 – O positivismo jurídico e os novos movimentos constitucionais: os limites de interpretação no âmbito constitucional

A decisão judicial é a exteriorização da função jurisdicional, já que a decisão da lide importa a produção judicial do próprio direito, sendo necessário, portanto, analisar os movimentos nos quais elas podem se enquadrar.

O positivismo jurídico entende como Direito tudo o que é positivado pelo Estado, de forma que o direito é resultado da “vontade e ação do estado” e não da imposição externa, divina ou das forças da natureza, um novo paradigma. Resta claro, portanto, que há uma demonstração de que direito e oral estão separados, assim como direito e justiça (CONCEIÇÃO; MELO, 2011, p. 1809).

De tal forma, a validade da ordem jurídica positiva não é dependente de critérios morais e justos, tendo como dever obediência à hierarquia de normas que tem sua validade de forma escalonada, eis que a Constituição extrai sua validade da norma fundamental<sup>1</sup>, as normas federais extraem validade da Constituição e as normas específicas extraem validade das normas gerais e assim em sequência (KELSEN, 2009, p. 215-217).

Elival da Silva Ramos sustenta que, para o positivismo jurídico, o direito deve ser estudado enquanto fato social, de modo que não se devem apreciar as considerações valorativas que se possam realizar a seu respeito. O que se deve analisar são as normas vigentes no Estado, pouco importando se elas atendem ou não o ideal de justiça de quem as examina. Contudo, isso não quer dizer que todo e qualquer juízo de valor será eliminado nesse sistema e sim que ele estará atrelado às normas em vigor. Ao realizar essa abordagem, o autor ressalta como linhas gerais do positivismo jurídico em sentido estrito os seguintes fatores (RAMOS, 2010, p. 36-41):

---

<sup>1</sup> Importante compreender a noção de norma fundamental na visão de Kelsen: “[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento da validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminado. Tem de terminar numa norma que se pressupõe a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. **Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental** [...] Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 217).



a) após a reformulação do positivismo jurídico, considera-se que a coerção é o objeto das normas jurídicas;

b) há a afirmação da hierarquia da legislação sobre as demais fontes do direito, como o costume e a jurisprudência. O autor destaca que com a consolidação do sistema europeu de constitucionalidade, *“a Constituição, e não a lei, assumiu a primazia das fontes de produção do direito estatal, sem que isso venha a representar alteração significativa nos marcos do positivismo teórico”*;

c) o elemento mais importante do positivismo jurídico consiste no fato de o direito objetivo ser composto de um conjunto de normas que não estão apenas justapostas, mas sim integradas em um só sistema de maneira lógica. Desse fato, decorrem duas características: a completude e a coerência. Esta última, inclusive, é assegurada pela fixação dos critérios de solução de antinomias: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Quanto à completude, nas palavras de Norberto Bobbio, por essa *“entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’, [...] ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’* (BOBBIO, 1999, p. 115)”;

d) o positivismo procurou de todas as maneiras formular uma teoria que compreendesse o direito como ele é, desvinculando-o de qualquer avaliação valorativa ou ideológica. Contudo, o objetivo não foi totalmente atendido, uma vez que o positivismo *“parece não só um modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o Direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia”* (BOBBIO, 1995, p. 233-234). Pode-se aferir tal concepção nas bases jurídicas e filosóficas que converteram para o pensamento do positivismo alemão do século XIX, onde notadamente estava presente a ideologia positivista, a qual culminou em culto ao direito estatal e é chamada de “visão extremista” do positivismo ético (RAMOS, 2010, p. 42-43). Entretanto, salienta-se que na história não ocorreu um acordo entre o positivismo ético extremista e o positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 235-236). Na verdade, *“o modelo dogmático positivista é a versão moderada do positivismo jurídico ético extremista”* (BOBBIO, 1995, p. 236), de modo que não se restringe a pensar o direito como modo necessário para realizar a ordem, e sim que a lei seja a mais perfeita forma de direito, em virtude da generalidade e abstração que qualificam a lei em seu sentido material.

Tendo por base o modelo dogmático positivista conforme delineado supra, verifica-se que não haveria a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento jurídico, também não existindo como o Tribunal preencher esta lacuna pela criação de uma norma jurídica

correspondente, por faltar a norma geral (apenas seria possível essa criação no caso de atribuição ao tribunal para criar a norma individual, quando for injusta ou desigual a não condenação por falta de norma geral). Kelsen defende a completude no ordenamento jurídico, o qual sempre apresentará resposta ao caso concreto<sup>2</sup>.

Norberto Bobbio é partidário de outra corrente, afirmando a existência de lacunas no ordenamento, mas salientando que a interpretação destas deve ser feita à luz das normas positivadas pelo Estado. Nesse sentido, o próprio sistema normativo resolverá o impasse da existência de lacunas através da analogia e dos princípios gerais de direito (BOBBIO, 1999, p. 119).

Em contrapartida aos construtores positivistas, surgem outras concepções que defendem que o estudo das normas jurídicas deve levar em consideração outros fenômenos sociais, os quais têm influência direta no modo como os operadores do direito entendem e trabalham com essas normas. Assim sendo, sobrevém o pós-positivismo jurídico, assim ocorrendo a reestruturação do *“caminho entre a ética, a moral e o Direito, permitindo admitir princípios como normas, fazendo-os prevalecer diante das regras quando em colisão, inaugurando a jurisprudência dos valores”* (CONCEIÇÃO, MELO, 2011, p. 1810).

Além do pós-positivismo, surgem outros movimentos, aos quais se dão diversas nomenclaturas, como o neoconstitucionalismo, o constitucionalismo jusnaturalista, o pan-principiologismo, o constitucionalismo juspositivista, entre outros.

O pós-positivismo promove a reaproximação do Direito com a ética, passando os princípios a terem status de norma jurídica, superando a visão de que teriam dimensão meramente axiológica. Assim sendo, os princípios passam condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Neste movimento, inicia-se a enxergar a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, suscetível a valores jurídicos suprapositivos, passando a ideia de justiça e realização de direitos fundamentais a ocupar papel central (BARROSO, 2009, p. 327-330).

Junto ao pós-positivismo, surge também o movimento do neoconstitucionalismo, que identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, nestas modificações, podem ser assinalados:

---

<sup>2</sup> Cumpre frisar que Kelsen nega a existência das lacunas formais, referindo, contudo, existirem lacunas técnicas, que se caracterizam quando o legislador não normatiza algo para que de todo fosse possível aplicar a lei. Exemplo: quando a lei determina que um órgão deva ser criado para eleição, mas não regulamenta o processo de eleição (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 277).

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, p. 15)

Isto é, o neoconstitucionalismo envolveria as transformações acima descritas, trazendo uma nova forma de ver o Direito Constitucional.

O pan-principiologismo foi uma expressão cunhada por Lenio Streck para criticar o momento atual no qual regras comuns de conduta se transformaram em princípios de direito, sendo estes utilizados sem qualquer tipo de cautela, ressaltando o autor a necessidade de respeito às regras positivadas e não a observação a regras morais de conduta (STRECK, p. 5).

O constitucionalismo jusnaturalista, por sua vez, é aquele modelo caracterizado principalmente *pele "papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção"* (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 21).

Para contrapor o constitucionalismo jusnaturalista, Ferrajoli apresenta o constitucionalismo juspositivista, onde defende o constitucionalismo garantista, ou seja, defende que exista uma relação entre o positivismo jurídico e a democracia. O conteúdo do constitucionalismo garantista, como modelo de direito, preconiza a positivação dos princípios, que vão orientar toda a produção normativa, ocorrendo a imposição do controle de constitucionalidade e anulação de leis inválidas (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 22).

Dentre o surgimento destes novos movimentos constitucionais na ordem jurídica brasileira e suas consequências, torna-se necessário analisar a Constituição da República Federativa do Brasil como um sistema aberto de regras e princípios.

### **3 - A Constituição da República Federativa do Brasil: sistema aberto de regras e princípios**

J. J. Gomes Canotilho apresenta o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito como um sistema jurídico aberto de regras e princípios. O sistema seria jurídico por ser um sistema composto de normas; seria aberto por possuir uma estrutura dialógica; seria normativo em razão da estrutura de expectativas referentes a valores, programas, funções e

peças ser feita através de normas e seria de regras e princípios já que suas normas podem se revelar por estas duas espécies normativas (CANOTILHO, 1999, p. 1085).

Este sistema, conforme já acima referido, é dialógico, permitindo uma maior abertura de estruturação na medida em que é possível que exista adaptação do texto constitucional às novas realidades que surgem durante a sua vigência, seja através da força normativa dos princípios seja através de cláusulas gerais seja através de conceitos jurídicos indeterminados.

Vislumbra-se que o Estado Democrático de Direito é normatizado através de regras e princípios, sendo dotado de uma grande carga axiológica e principiológica, o que permite uma maior flexibilidade do sistema. A adoção de princípios como normas torna mais fácil a possibilidade da interpretação adequada ao caso concreto, já que a margem de interpretação se torna maior.

Mostra-se importante, neste ponto do trabalho, distinguir a espécie normativa regra da espécie normativa princípio. Segundo Canotilho, as principais distinções entre regras e princípios são (CANOTILHO, 199, p. 1086-1087):

(a) **grau de abstração:** nos princípios, este grau de abstração é elevado. Nas regras, este grau de abstração é reduzido;

(b) **grau de determinabilidade:** nos princípios, este grau de abstração é vago e indeterminado, enquanto, nas regras, possui uma aplicação direta;

(c) **caráter de fundamentabilidade:** os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico em razão de sua posição hierárquica no sistema de fontes (exemplo: princípios constitucionais);

(d) **proximidade da ideia de direito:** os princípios são “*standards*”, próximos da ideia de justiça e de direito, enquanto as regras têm conteúdo meramente funcional;

(e) **natureza normogénica:** os princípios são os fundamentos de regras (*ratio* das regras jurídicas).

Isto é, as regras seriam “*normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida*” (CANOTILHO, 1999, p. 1087), enquanto os princípios são “*mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas*” (ALEXY, 2008, p. 117). A convivência dos princípios é conflitual, exigindo-se uma ponderação entre os valores destes na sua coexistência, enquanto a convivência das regras é antinômica, uma excluindo a outra (CANOTILHO, 199, p. 1087).

Mostra-se importante que o sistema jurídico, para o seu bom andamento, adote as duas espécies normativas. Um sistema baseado tão somente em regras não permitiria a complementação e o desenvolvimento do sistema em razão de suas proposições fechadas,

enquanto um sistema baseado exclusivamente em princípios geraria indeterminação e inexistência de regras precisas, criando um sistema falho e incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema (CANOTILHO, 1999, p. 1088).

Nesse contexto de adoção de princípios como espécie normativa, assim como pela adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados vagos pelo legislador, verifica-se uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, que permitem a complementação da norma pelo intérprete (BARROSO, 2012, p. 333-334).

Contudo, este espaço considerável de interpretação, de valoração subjetiva, não é ilimitado ou arbitrário, não se podendo confundir o poder de valoração com poder discricionário (BARROSO, 2012, p. 333-334).

Assim sendo, é necessário que, apesar da textura aberta do sistema, o intérprete respeite os limites da interpretação, sempre respeitando o ordenamento jurídico brasileiro, assim como respeitando as proposições legislativas. Neste artigo, busca-se debater os limites da interpretação do julgador na seara constitucional, mas, em especial, na seara processual penal, por se tratar de importante garantia do cidadão.

#### **4 – Os limites da interpretação no direito penal e processual penal: o movimento alternativo, o garantismo penal e o punitivismo**

Dentro deste quadro atual, onde o ordenamento jurídico apresenta-se de maneira aberta, para possibilitar a flexibilidade do julgamento adequado ao caso concreto através da aplicação do intérprete, torna-se imprescindível analisar esta questão na seara processual penal.

Afigura-se necessário analisar esta questão na área processual penal, já que são importantes ferramentas do exercício de cidadania e direitos individuais na sociedade, além do fato de estarem calcados, muitas vezes, em princípios, o que pode facilitar o decisionismo jurídico.

É importante destacar que, nestas áreas, é imprescindível que se decida conforme as regras positivadas; no entanto, em virtude da grande gama de princípios utilizados torna-se difícil identificar o que seria uma decisão *contra legem* nestes casos. Vislumbra-se que, muitas vezes, decisões judiciais penais são rotuladas como “garantistas”, sendo procurado deslegitimá-las através deste rótulo, sem questionamento sobre se, efetivamente, tal decisão estaria afrontando os propósitos dos sistemas jurídicos constitucional, penal e processual penal vigentes na realidade brasileira.

Para responder o que seria uma decisão *contra legem* em matéria penal e processual penal hoje, será, primeiramente, analisado, de maneira breve, o que foi o movimento do “direito alternativo”, movimento defendido na década de 1990.

Durante a década de 1990, no Brasil, muito se debateu acerca do “direito alternativo”, que era um movimento político defendido por juristas que objetivavam modificar a sociedade por meio da aplicação de princípios jurídicos que ultrapassavam a letra da lei. Para estes juristas, a lei poderia ser injusta e, por isso, deveria ser corrigida através da aplicação de princípios de justiça.

Este movimento surgiu após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando os juristas “alternativos” implementar direitos e políticas sociais para a população mais “necessitada”, pois as leis seriam dominadas pelas “elites”.

No entanto, muito se criticou este movimento, na medida em que supostamente se defendia a prolação de decisões *contra legem* para alcançar “justiça”, menosprezando-se a “herança histórica”<sup>3</sup> e a “tradição”<sup>4</sup> já conquistadas. Além disso, decidir conforme “princípios de justiça”, sem uma regulamentação, poderia trazer uma realidade perigosa, podendo levar a anarquia e a desorganização social.

Segundo Amilton Bueno de Carvalho, criticava-se o direito alternativo pelo que ele não era, já que, conforme este autor, o Direito Alternativo não se caracterizaria pela negativa de lei, mas sim pela luta de que as leis sejam efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população (CARVALHO, 1998, p. 53).

Atualmente, não se debate mais sobre este movimento em específico com tanto vigor; todavia, verificam-se diversas críticas a supostos ativismos judiciais e decisionismos, o que mostra a necessidade de discutir o que seria uma decisão *contra legem* em matéria criminal atualmente, ainda mais quando a interpretação extensiva das normas processuais penais aplica-se tão somente à analogia *in bonam partem*.

Há quem defenda que o garantismo penal seja uma reinvenção do ativismo e que as decisões garantistas atuais possuem elementos deste movimento. O garantismo penal,

---

<sup>3</sup> “Herança histórica”: preocupa-se com aquilo que atingiu maturidade histórica e não pode ser descartado de uma investigação histórica sem argumentação relevante (CACHAPUZ, Maria Cláudia, Usos e costumes: o papel da experiência e da tradição no Direito. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/usos-e-costumes-o-papel-da-experiencia-e-da-tradicao-no-direito/4489> Acesso em: 30 maio 2015).

<sup>4</sup> “A tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável [...] necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas” (GADAMER, Hans George. Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad: Flávio Paulo Meurer. 7ª. Edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005).

através da recepção do movimento alternativista, passaria a defender a ideia de “política criminal” com o objetivo de direcionar a visão do direito para o fato criminoso e não para a “pena-sanção” ou para o “autor do ilícito” (MIRANDA, 2014, p. 126).

No entanto, a teoria do garantismo penal, formulada por Ferrajoli, através de seus dez axiomas, parece atender ao que a lei constitucional, a lei penal e a lei processual penal brasileiras vigentes estabelecem (FERRAJOLI, 2014, p. 91), já que prega que:

**(1) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime) e (2) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei):** correspondência no artigo 1<sup>o</sup> do Código Penal.

**(3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade):** correspondência no princípio da intervenção mínima estabelecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 8<sup>o</sup>;

**(4) Nulla necessitas sine iniuria (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico):** embora não esteja expresso no ordenamento jurídico, possui seu fundamento legal no artigo 13<sup>7</sup> do Código Penal, o qual preleciona que o resultado, de que depende a existência de um crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Isto é, não é necessária aqui somente a desvalorização da conduta, mas também o desvalor do resultado. Ou seja, é necessário um resultado/uma ofensa;

**(5) Nulla iniuria sine actione (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta):** correspondência no artigo 13 do Código Penal. O resultado somente é imputável a quem lhe deu causa;

**(6) Nulla actio sine culpa (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa):** correspondência no artigo 59<sup>8</sup> do Código Penal;

---

<sup>5</sup> Art. 1<sup>o</sup> - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>6</sup> Art. 8<sup>o</sup> - A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

<sup>7</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

<sup>8</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

**(7) Nulla culpa sine iudicio (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal):** correspondência no artigo 5º, inciso LIV<sup>9</sup>, da Constituição Federal e artigo 156<sup>10</sup> do Código de Processo Penal;

**(8) Nullum iudicium sine accusatione (não há processo sem acusação; nemo iudex sine actore):** correspondência no artigo 212<sup>11</sup> do Código de Processo Penal;

**(9) Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas):** correspondência no artigo 5º, incisos LVI e LVII<sup>12</sup>, da Constituição Federal;

**(10) Nulla probatio sine defensione (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa):** correspondência no artigo 5º, inciso LV<sup>13</sup>, da Constituição Federal.

Assim sendo, através de uma simples observação, pode-se dizer, a princípio, que as máximas do garantismo penal estão estabelecidas legalmente, de modo que as decisões garantistas não se caracterizam decisões *contra legem*.

---

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>9</sup> 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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>10</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>11</sup> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

<sup>12</sup> 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:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>13</sup> 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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



Por outro lado, ainda que se discuta sobre as decisões garantistas penais, verifica-se também que existem decisões em sentido oposto a estas, que defendem um movimento inverso ao garantismo penal, o qual pode-se denominar de *punitivismo*.

A princípio, é possível verificar uma cultura punitivista em algumas decisões judiciais da esfera penal. Nelas, pode-se verificar a aplicação de penas altíssimas e desproporcionais à conduta do agente ou decisões que não respeitam as garantias constitucionais e as garantias processuais penais, ao contrário das disposições legais, expressamente previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, o que poderia representar um óbice ao acesso à justiça do indivíduo.

As garantias penais foram duramente conquistadas pela população, sendo os pilares básicos de uma sociedade que se pretenda democrática, não podendo simplesmente ser renegadas. O sistema de direito penal é uma das garantias que o cidadão possui em face do Estado, representando o máximo de direitos e o mínimo de restrições, devendo sempre ser respeitado.

Contudo, analisando decisões judiciais na seara processual penal, verificam-se garantias constitucionais e garantias processuais penais que não são respeitadas, e tal situação permite indagar a razão disso. Ademais, cabe questionar se estas decisões estão dentro do espaço da interpretação judicial ou se caracterizariam uma forma de ativismo judicial e/ou decisionismo jurídico. Mas, principalmente, remete à pergunta da efetividade do acesso à justiça, se este é realmente possível nestes termos, se não estaria ocorrendo uma violação ao direito do cidadão.

Objetivando não se alongar muito neste trabalho, limita-se à análise de julgados que envolvam à questão da proibição da referência ao silêncio do acusado pela acusação, por se tratar de importante garantia constitucional (art. 5º, LXIII, Constituição Federal) e por se tratar de uma das reformas processuais penais do ano de 2008 relativas ao processo no Tribunal do Júri (artigo 478, inciso II, Código de Processo Penal), além da matéria processual penal assim já estabelecer anteriormente (artigo 186 do Código de Processo Penal), envolvendo os temas discutidos no presente artigo.

## **5 – A pesquisa empírica: garantia do respeito ao silêncio do acusado**

Para analisar a questão da observância à proibição de referência ao silêncio do acusado, escolhemos analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, por ser o

órgão de cúpula do Poder Judiciário, assim como selecionaram-se decisões do ano de 2014 e do ano de 2015, em razão de se tratarem de decisões recentes e atuais.

Em pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, através do mecanismo de jurisprudência, foram localizadas cinco decisões que envolvem esta questão (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 842489, Ação Penal 611/MG, Ação Penal 530/MS, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122279, Agravo Regimental no Habeas Corpus 111.567).

No acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 842489, verifica-se que o agravante argumenta que a decisão anteriormente proferida pelo STF, ao negar seguimento ao recurso extraordinário, violou a Constituição e o Pacto São José da Costa Rica, por mencionar o silêncio do réu nas razões de condenação. De fato, verifica-se que, no corpo da decisão anteriormente proferida no processo, há referência no sentido de que *"o silêncio não pode ser interpretado como reconhecimento da própria culpa, mas se choca com a disposição de qualquer pessoa em esclarecer alguma imputação contra ela própria dirigida injustamente"*. No entanto, o agravo é negado por outra razão, qual seja, não ter ocorrido o prequestionamento da matéria.

Nos acórdãos da Ação Penal 611/MG e Ação Penal 530/MS, é referido que a simples falta de advertência do direito ao silêncio ao réu não é fato, por si só, suficiente a anular o processo, já que este direito goza de presunção de conhecimento por todos.

No caso da Ação Penal 611, a argumentação para não anular o processo seria que este contava com mais de 10 volumes, tendo a instrução probatória sido farta, e pela presença de advogados do acusado.

Já, na Ação Penal 530, argumentou-se que a advertência sobre a possibilidade de silêncio, visa a prevenir a extração de confissões forçadas, o que não seria o caso daquela ação.

No acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.279, os Ministros reconheceram razão à defesa, fazendo constar que a acusação não tinha avisado o “Soldado Arley”, que prestava depoimento como testemunha, de seu direito ao silêncio, quando este resolveu mudar sua linha de depoimento e nitidamente demonstrou sua intenção de confessar. Como as regras do interrogatório não foram respeitadas, foi reconhecida a inépcia da denúncia, sem prejuízo de reapresentação, desde que baseada em novos elementos de prova. Oportuno ressaltar ainda que, no corpo desse acórdão, é destacado que a falta de advertência do direito ao silêncio torna ilícita a prova.

No acórdão do Agravo Regimental no Habeas Corpus 111.567, é destacado que o direito ao silêncio é direito individual, não podendo ser negado por qualquer dos Poderes da República, sendo que os provocados sempre terão o direito de não responder ao que lhes foi indagado, embora o acórdão tratasse de questão diversa. O acórdão decidiu o caso concreto, garantindo que o acusado tenha o direito de comparecer a todos os atos processuais, inclusive ao interrogatório dos demais corréus, tratando-se, também, de garantia do *due process of law*, assim como o direito ao silêncio.

Analisando estas cinco decisões, verifica-se, portanto, que, em duas delas (AP 611/MG e AP530/MS), não se respeitou o direito ao silêncio ao acusado, já que não houve a devida advertência sobre esta faculdade ao acusado.

Independentemente da presunção de conhecimento do direito ao silêncio, da farta instrução probatória do processo ou desta ausência não possibilitar a extração de confissões forçadas, fato é que importante garantia do *due process of law* não foi respeitada nas ações AP 611/MG e AP530/MS, uma vez que não foi realizada a advertência necessária e, mesmo assim, o processo não foi anulado, representando 40% das ações julgadas pelo STF nos anos de 2014 a 2015 relativos ao direito ao silêncio.

Ainda que se possa argumentar que tal entendimento se encontre dentro da margem do julgador, já que o direito a não autoincriminação é um princípio, verifica-se que tal entendimento representa verdadeira afronta à Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, LXIII<sup>14</sup>) e do Código de Processo Penal (artigos 186<sup>15</sup> e 478, inciso II<sup>16</sup>), já que relativiza pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais, isto é, o direito a permanecer calado, mostrando-se assim uma decisão *contra legem* em matéria constitucional e processual penal. O Pacto de San Jose da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos – também contém esse direito, conforme o art. 8º, 2, “g”<sup>17</sup>.

## 6 – Considerações Finais

---

<sup>14</sup> 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: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

<sup>15</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas

<sup>16</sup> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

<sup>17</sup> g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Hodiernamente, pode-se constatar que nosso ordenamento jurídico, em especial, a Constituição da República Federativa do Brasil, é um sistema aberto de regras e princípios, por isso há uma maior abertura e flexibilidade do sistema, o que facilita a interpretação pelo intérprete/aplicador/julgador.

Dentre estes princípios e regras, há diversas garantias e direitos do cidadão, em especial, em matéria constitucional e processual penal, prerrogativas essenciais a um indivíduo de uma sociedade que se pretenda democrática.

Dentre estes princípios e regras, há o princípio da não autoincriminação, e, mais especificamente, do direito de permanecer calado, estipulado no artigo 5º, LXIII, Constituição Federal. Tal princípio e direito mostra-se fundamental ao indivíduo, já que representa pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais, presente na nossa ordem constitucional.

No entanto, ainda que este princípio e direito esteja presente no ordenamento jurídico, em algumas vezes, ele não é aplicado, como no caso das Ações Penais AP 611/MG e AP530/MS, onde se entendeu que a não advertência do direito ao silêncio, por si só, não anula o processo.

Ainda que seja possível defender que o princípio poderia ser ponderado, já que em colisão com outros princípios, não há argumentação nesse sentido nos acórdãos. Ao revés, os argumentos utilizados são no sentido de que já haveria farta produção probatória no processo, que existia a presença de advogados e que não se procurava extrair confissões forçadas, não havendo qualquer enfrentamento de matéria acerca de colisão de princípios, podendo, talvez, ocorrer a caracterização de uma decisão *contra legem* em matéria processual penal nestas decisões.

É claro que, para ocorrer esta caracterização, seria necessária uma maior análise dos dois processos em questão, atentando-se a todos os seus detalhes. Contudo, tal decisão, sem a discussão acerca da colisão de princípios, enseja grande preocupação, já que é evidente que importante garantia constitucional e processual penal do acusado está sendo violada, razão pela qual é necessário levantar a discussão a respeito deste fato.

Por outro lado, verifica-se que ainda que estas ações tenham afrontando a garantia do cidadão, as outras três decisões a respeitaram, tendo, inclusive, no teor do acórdão Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122279, havido exame exaustivo dessa questão.

Afigura-se, portanto, importante e necessário que se analise a efetiva aplicabilidade das garantias constitucionais e processuais penais do acusado, em especial quando existe um

sistema aberto de regras e princípios que permitem uma melhor interpretação dos casos levados a juízo, mas que, por vezes, podem ensejar a violação de direito e garantias dos acusados, quando os princípios não são observados e não há nenhuma motivação para isso. Logo, convém mostrar atenção e crítica às diversas interpretações judiciais, principalmente quando atingem as garantias fundamentais.

### **Referências Bibliográficas:**

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 26 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 9 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 10ª Ed., 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 maio 2015

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 30 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 842489**. Recorrente: Bruno Ferreira de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 13 de fevereiro de 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4648919> Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 611/MG**. Autor: Ministério Público Federal Réu: Bruno César Gonçalves da Silva. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4082621> Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 530/MS**. Autor: Ministério Público Federal Réu: Marçal Gonçalves Leite Filho, João Alcântara Filho, Daladier Rodrigues de Araújo Filho. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3855433> Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122279**. Autor: Manoel Arley Santos Bueno Recorrido: Ministério Público Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4567573> Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 111.567**. Pacientes: Danilo do Prado Oliveira, Lucas Moreira Nether dos Santos, Wellington Souza Vilela, Willian Anacleto Brugnago Cordeiro. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Supremo Tribunal Militar. Brasília, 29 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4180046> Acesso em: 31 maio 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Usos e costumes: o papel da experiência e da tradição no Direito**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/usos-e-costumes-o-papel-da-experiencia-e-da-tradicao-no-direito/4489> Acesso em: 30 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

CONCEIÇÃO, Fábio Aguilar; MELO, Michele Ribeiro de. **Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. Anais Eletrônicos do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo: teoria e prática**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. Ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GADAMER, Hans George. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad: Flávio Paulo Meurer. 7ª. Edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005

MIRANDA, Roberta Drehmer de. **A “reinvenção” do direito alternativo: neoconstitucionalismo, garantismo penal e “direito das minorias”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Ed., 2014.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) Acesso em: 30 maio 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. **Uma ponte entre Zaffaroni, Ferrajoli e Ost - A construção do modelo de juiz democrático contemporâneo (e constitucional) na sociedade hipercomplexa**. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/199/135>. Acesso em: 26 maio 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Do Pan-Principiologismo à Concepção Hipossuficiente de Princípio**. Disponível em: <http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Definindo-a-fundamentalidade-dos-direitos-uma-teoria-constitucional-ou-uma-quest%C3%A3o-de-efetiva%C3%A7%C3%A3o-de-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 26 maio 2015.