

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A (IN)VIABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA
PRO REO EM DIREITO PENAL: LIMITES E DESAFIOS.**

Porto Alegre

2013

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A (IN)VIABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA
PRO REO EM DIREITO PENAL: LIMITES E DESAFIOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Professor Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2013

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

**A (IN)VIABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA PRO
REO EM DIREITO PENAL: LIMITES E DESAFIOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Criminais.

Porto Alegre, 29 de novembro de 2013

Nota atribuída: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Helena Regina Lobo da Costa
Universidade de São Paulo

Professor Dr. Ney Fayet de Souza Junior
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Orientador
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a interpretação judicial criativa realizada pelos magistrados que atuam na seara penal, na solução dos casos que, devido às mudanças sociais, oriundas da complexidade, não mais se adéquam a norma positiva, ou fazem-no deixando premente uma inafastável sensação de injustiça. Também é tema dessa pesquisa os limites dessa interpretação, sejam eles intrínsecos – impostos pelo próprio direito penal e seu conjunto de princípios basilares – ou extrínsecos – decorrentes da ordem constitucional brasileira, que determina a separação de Poderes. Para tanto, se estudam, na primeira parte, as fontes de direito penal na atualidade, após uma introdução sobre o parâmetro racionalista de construção da ciência jurídica atual, o qual se dá com base na objetividade. Encerra-se tal estudo com o aprofundamento do significado dos princípios que informam e limitam o direito penal brasileiro, os quais são indispensáveis para a compreensão da finalidade e função daquele. Na segunda parte, analisa-se a complexidade na qual se insere a sociedade contemporânea, o que acarreta o aumento das mais diversas formas de violência. Dessa complexidade também se extrai os questionamentos a respeito da existência e da viabilidade da segurança jurídica, que passa a ser um conceito volátil em uma realidade em que a aceleração social empresta uma grande velocidade aos fenômenos da vida, dificultando seu acompanhamento pela norma punitiva. Na terceira e última parte, localiza-se o juiz criativo no sistema constitucional brasileiro, aprofundando o debate sobre o caráter democrático de sua atuação como protagonista e não apenas como “boca da lei”. Ainda, se esmiúça a maneira como o magistrado deve agir diante dessa realidade e tendo em mãos as fontes estudadas, exercendo sua criatividade de forma a não perder de vista a real finalidade do direito penal, expressa em seus princípios, que é a proteção das garantias constitucionais do acusado. Por fim, realiza-se uma breve análise prática de cinco precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais houve o uso de métodos não tradicionais de interpretação e aplicação da norma penal, em benefício do acusado. **Palavras-chave:** Fontes de direito penal. Complexidade. Segurança jurídica. Criatividade Judicial.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the creative judicial interpretation made by criminal court judges when solving cases. Due to complex changes in society, these decisions are no longer aligned with the positive norm and quite often sound rather unfair. This research also analyzes the limits of such interpretation, be them intrinsic - imposed by the core principles of criminal law - or extrinsic - arising from the Brazilian constitutional order, which determines the separation of Powers. Therefore, following an introduction to the rationalist parameter of current legal science, we study, in the first part, the current sources and principles that inform and limit the Brazilian criminal law, which are essential to understand both its purpose and function. The second part analyzes the complex character of contemporary society, which contributes to the increase in various forms of violence. This complexity poses some questions regarding the existence and viability of legal certainty, which becomes a volatile concept in a scenario where social acceleration lends great speed to the phenomena of life. In the third and last part, we focus on the position occupied by creative judges in the Brazilian constitutional system, deepening the debate on the democratic nature of their role as protagonists rather than a "mouth of the law". Still, we scrutinize the way magistrates must act before this reality and, having at hand the sources studied, exercise their creativity in order not to lose sight of the real purpose of criminal law, expressed in its principles, which is to protect the defendant's constitutional guarantees. Finally, we present a brief practical analysis of five precedents of the Supreme Court in which non-traditional methods of interpretation and application of the criminal standard norm were adopted, for the benefit of the accused. **Keywords:** Sources of criminal law. Complexity. Legal certainty. Judicial creativity.

Sumario

INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE: O DIREITO PENAL, SUAS FONTES INFORMADORAS E PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS.	15
1 RACIONALISMO: O PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DO MODELO JURÍDICO ATUAL.....	15
2 O DIREITO PENAL COMO CIÊNCIA E AS LACUNAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO.	19
2.1 AS FONTES DE DIREITO PENAL NA ATUALIDADE	23
2.1.1 A lei	28
2.1.1.1 Os tratados internacionais	31
2.1.2 Os costumes.....	32
2.1.3 A doutrina	34
2.1.4 A jurisprudência	36
2.1.5 Os princípios gerais do Direito	45
2.2 OS LIMITES PRINCIPOLÓGICOS NO DIREITO PENAL	50
2.2.1 O princípio da legalidade	57
2.2.2 O princípio da intervenção mínima.....	62
2.2.3 O princípio da lesividade.....	64
2.2.4 O princípio da humanidade.....	66
2.2.5 O princípio da culpabilidade	69
2.2.6 Demais princípios relevantes para o tema.....	71
SEGUNDA PARTE: A COMPLEXIDADE E AS (IM)POSSIBILIDADES DE SEGURANÇA JURÍDICA.	73
3 A COMPLEXIDADE DO FATO SOCIAL E A PRETENSÃO REGULATÓRIA DA NORMA PENAL	73
4 AS (IM)POSSIBILIDADES DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ATUALIDADE	87
4.1 O IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E CRÍTICA ATUAL	88

4.1.1	<i>A estabilidade como parâmetro: a lei no direito continental e os precedentes na Common Law</i>	92
4.1.1.1	As súmulas vinculantes no Brasil: discussões em matéria penal.	94
4.1.2	<i>A relevância dos princípios</i>	97
TERCEIRA PARTE: O JUIZ INTÉRPRETE E CRIATIVO		99
5	O PAPEL DO MAGISTRADO QUE CRIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE: OS LIMITES DEMOCRÁTICOS E AS FORMAS (IM)POSSÍVEIS DE CONTROLE DO ARBÍTRIO.	99
6	A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA E SEUS REFLEXOS NA SEARA PENAL.	109
6.1	A INFLUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL.....	111
6.2	AS POSSIBILIDADES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA.....	118
6.3	ANÁLISE PRÁTICA: A CRIATIVIDADE JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	128
6.3.1	<i>Habeas Corpus número 107810</i>	130
6.3.2	<i>Habeas Corpus número 112563</i>	133
6.3.3	<i>Habeas Corpus número 103531</i>	134
6.3.4	<i>Habeas Corpus número 859101</i>	136
6.3.5	<i>Habeas Corpus número 115279</i>	139
CONSIDERAÇÕES FINAIS		141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		146
ANEXOS		159

Introdução

A lei é a principal fonte do direito, sobremaneira do direito penal. Porém, pode o direito resumir-se ao que dispõe o texto legal?

O questionamento inicial desse trabalho pode provocar no leitor, de pronto, uma resposta negativa. Diante dos últimos fatos que se tem noticiado na sociedade brasileira, é cada vez mais comum que se espere do magistrado uma atitude ativa, e não passiva, na produção cotidiana do direito. A Corte Constitucional brasileira, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, vem sendo responsável por grande parte das mais discutidas decisões políticas da atualidade, como a legalização da chamada “marcha da maconha”, ou ainda, o reconhecimento da união estável homoafetiva.

É nesse sentido que começa a se tornar relevante o questionamento da função precípua do juiz no momento de aplicar a norma. Qual a abrangência que o ordenamento jurídico brasileiro deixa à disposição do magistrado quando se está diante de um caso concreto que não se adéqua à norma positiva, ou que, mesmo correspondendo objetivamente a seu suporte fático de incidência, deixa à vista uma expressiva sensação de injustiça?¹ Qual o papel da hermenêutica jurídica nessa nova concepção de sociedade?

A noção de completude do ordenamento vigente e a própria segurança jurídica são colocadas em xeque num mundo em que se exige uma resposta rápida para casos

¹ Em que pese não seja o cerne desse trabalho, é imprescindível que se delineie o conceito de justiça, termo bastante abrangente, que se adota para o desenvolvimento desse estudo. A justiça aqui tratada não é a do juiz fiel à lei, a justiça medida pelo direito positivo, e sim aquela com a qual o direito positivo é medido. A justiça nesse sentido corresponde à igualdade, que pode ser absoluta, gerando a justiça igualitária, ou relativa, gerando a justiça distributiva. Naquela vigora a coordenação, própria do direito privado, enquanto nesta, a subordinação, tornando-a apropriada ao direito público, sendo aquela a justiça entre pessoas com igualdade de direitos, e esta a que outorga aos participantes a mesma equiparação e capacidade de relações. Porém, do conceito de justiça se deduz a relação, mas não a forma de tratamento, podendo-se provar que o furto é menos grave que o assassinato, mas não quais as penas que devem ser atribuídas ao ladrão e ao assassino. A justiça carece, em ambos os casos, de complemento, mediante outros princípios fundamentais, para dela derivar o preceito de justo. A justiça, então, não é o princípio completo, mas o específico do direito, sendo o direito a realidade cujo sentido é servir à justiça. (RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 51)

que se multiplicam e se parecem; porém, não se confundem. Frise-se que, nesse trabalho, negando-se a lógica cartesiana, não se busca uma única resposta para esse problema, ou sequer a melhor delas, e sim uma das tantas respostas possíveis, uma vez que a lógica da complexidade não admite mais os raciocínios simplistas, as visões reducionistas e os absolutismos.

O direito penal é, sem dúvida, um campo tortuoso para os magistrados brasileiros. Diante de pressões midiáticas que colocam o juiz como o responsável na função de oferecer ao povo a solução para uma violência crescente em um contexto de uma sociedade complexa, uma sociedade de massa² e de risco,³ o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais tem sido visto, cada vez mais, como, no mínimo, contramajoritário. Porém, diante do ordenamento penal vigente no país e dos múltiplos e diversos casos concretos que exigem uma resposta do magistrado – uma vez que o *non liquet* romano não é uma opção –, quais os espaços que este possui para se mover em sua tarefa de construção da norma, sabendo-se que a interpretação, necessária para aplicar a lei, é também tarefa de construção e criação?

E mais: será a jurisprudência, atualmente, uma fonte primária do direito? Pode o sistema brasileiro tolerar a disputa de espaço entre o judiciário e o legislativo, discussão que já preencheu milhares de páginas, como as atinentes a *judicial review*, tema do saudoso professor Ronald Dworkin? Quem dá a última palavra ou, melhor, quem tem a autorização do ordenamento jurídico penal vigente no Brasil hoje para

² Adota-se, para bem definir as sociedades de massa próprias da pós-modernidade, a conceituação de Michel Maffesoli: "(...) a saturação da forma política caminha lado a lado com a saturação do individualismo. Estar atento a esse fato é, pois, uma outra maneira de se interrogar sobre as massas. Tanto ao que diz respeito ao conformismo das gerações mais jovens, à paixão pela semelhança, nos grupos ou "tribos", aos fenômenos da moda, à cultura padronizada, até e inclusive ao que se pode chamar de unissexualização da aparência, tudo nos leva a dizer que assistimos ao desgaste da idéia de indivíduo dentro de uma massa bem mais indistinta. Essa massa não sabe o que fazer da noção de identidade (individual, nacional, sexual) que foi uma das conquistas mais importantes do burguesismo." (MAFFESOLI, Michel. O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 116)

³ "La reciente discusión en torno al "Derecho penal del riesgo" (...) se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética)." (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 61)

fazê-lo? A resposta muda conforme o sentido dessa decisão, quando se analisa os princípios que guiam a tarefa interpretativa no direito penal.

O presente trabalho, contudo, não poderá abranger todos esses questionamentos, centrando-se, principalmente, na função interpretativa do magistrado criminal brasileiro. O problema central, que se busca solucionar nesse trabalho, consiste em verificar se é viável, conforme o sistema de direito penal vigente no país, que a interpretação judicial seja também criativa na solução de casos criminais complexos, desde que em benefício do réu. A hipótese inicial é de que é possível esse processo de criação, principalmente em virtude do momento histórico, social e cultural vivenciado hodiernamente. A metodologia de pesquisa é, majoritariamente, revisão bibliográfica, finalizando com a análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que se afastaram da norma positiva em benefício de acusados.

O primeiro capítulo da pesquisa se centrará na discussão das fontes de direito na atualidade, principalmente em razão da influência do sistema da Common Law no direito brasileiro, finalizando com uma análise da relevância que os princípios gerais do direito, bem como aqueles específicos do direito penal, exercem na construção da norma que incide sobre um dado caso singular. Já no segundo capítulo, será analisada a mudança no pensamento e na ideia de segurança jurídica ocorrida entre o século XVIII e o século XXI, com a passagem do pensamento linear ao pensamento complexo, bem como a constatação de que a norma positiva não corresponde mais ao fato concreto, sobretudo diante da velocidade das mudanças e da dinâmica social. Na terceira e última parte, será delineada a situação do magistrado frente a essa nova realidade que exige uma resposta mais célere aos problemas humanos, principalmente a questão da violência, estudando-se os métodos interpretativos e criativos que o juiz faz uso para solucionar os conflitos e adaptar o texto legal estático às demandas hodiernas, mantendo a disposição dos Poderes constitucionalmente erigida.

Resultado de um estudo desenvolvido para a produção da dissertação referente ao Mestrado em Ciências Criminais, o presente texto faz parte da linha de pesquisa denominada Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, na área de concentração

Sistema Penal e Violência, do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Diante de tantos instigantes questionamentos, inicia-se o desenvolvimento do tema, sem pretensão de exaustão, e sim apenas visando lançar uma pequena luz teórica sobre o papel do magistrado no direito penal brasileiro, com o objetivo de construir uma doutrina acadêmica que oriente o que, inevitavelmente, a realidade já consolidou como prática recorrente nos tribunais pátrios.

Considerações finais

A presente pesquisa permite concluir que a criatividade judicial é inerente ao processo interpretativo, sendo elemento essencial para a constante renovação na produção do direito. Tendo-se em conta a percepção de que o paradigma moderno da racionalidade científica é incapaz de solucionar as questões atinentes à complexidade, e que a ilusão de segurança jurídica reside na falácia da possibilidade de aplicação subsuntiva do texto legal ao caso concreto, é essencial que se permita ao magistrado o uso de processos assumidamente criativos na construção da decisão que mais justiça traz ao caso em análise.

Para tanto, se confirmam as premissas de que, atualmente, ocorre uma aproximação das famílias jurídicas ocidentais, quais sejam, a Common Law e a Civil Law, o que se vislumbra pelo uso cada vez mais recorrente das súmulas e pela importância crescente da atuação do Poder Judiciário. Daí também se pode auferir que tal atuação autônoma não é motivo para o questionamento da separação de Poderes, e sim reafirma o controle de um Poder sobre o outro, em um modelo que diminui a arbitrariedade.

Tendo em vista o amplo sistema normativo que o magistrado penal possui em suas mãos, este deve aplicar as leis infraconstitucionais sempre visando a garantir a maior efetividade do que dispõe a Carta Maior sobre o sistema punitivo. Na análise das diversas fontes de direito penal existentes na atualidade, juntamente com a lei - fonte principal -, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, emergem, nos dias de hoje, com grande força normativa, os princípios próprios do direito penal, essenciais para o estudo, o conhecimento e a boa aplicação dessa ciência.

É através dos princípios particulares do direito penal, alguns constitucionalizados implícita ou explicitamente, que este deixa claro qual o norte que deve ser usado para o preenchimento das eventuais lacunas do ordenamento. Os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade, dentre outros,

expressam o verdadeiro sentido teleológico do direito penal, qual seja, a limitação do arbítrio. Surgido em um contexto de racionalização da punição, com o questionamento das práticas inquisitivas e das penas cruéis e degradantes, como a tortura, o direito penal busca, sobretudo, que seus aspectos punitivos sejam previsíveis, limitados e concretos, cabendo, sim, seu desenvolvimento no sentido oposto, qual seja, de abrandamento da lei que pune e da maior incidência daquela que garante. São esses princípios que devem, permeando as demais fontes, ser o parâmetro na aplicação do direito penal contemporâneo.

É essencial, ainda, que, na aplicação do direito, se verifique ser o uso da interpretação sistemática, que dá maior importância à conectividade entre as mais diversas fontes, o único capaz de solucionar as questões complexas da sociedade multifacetada, de risco e de massas, que toma forma.

No que tange a essa sociedade, é relevante dizer-se que, com o advento da modernidade, multiplicaram-se as formas de violência e suas manifestações, imprimindo-se grande velocidade aos fenômenos da vida. A aceleração social produz um fato da vida que dificilmente será abrangido pelo texto positivo, ainda mais se a premissa de construção da ciência que deu origem a esse texto, no caso, o direito, for um paradigma hermético, com base no empirismo, e pretensões de aferição de uma verdade exata, racional e universal, que não sopesa o elemento humano indissociável da figura do magistrado.

É nesse contexto que se desenvolve uma outra violência, com aspirações de legitimidade por emanar de órgãos estatais. Tal violência é o próprio direito penal de emergência que, com base em discursos de eficiência, busca solucionar a expansão da criminalidade, à qual os fenômenos da modernidade imprimiram vultosa velocidade, através da mitigação dos direitos e garantias fundamentais. Esse direito penal não apenas fracassa em sua tentativa de solucionar os problemas criminais, como também atropela conquistas históricas da humanidade em sede de direito e processo penal, quais sejam, as garantias.

Diante de um ordenamento que não dá a resposta exata para o caso em julgamento, frustrando-se a expectativa de seus criadores e aplicadores, voltam-se os olhos para a figura do juiz. Tendo em vista que este não pode abster-se de decidir, deve guiar-se, em sua tarefa assumidamente criativa de ativismo interpretativo, uma vez que só assim podem-se solucionar as questões hoje postas em suas mãos, pelos princípios norteadores da ciência do direito penal, os quais delineiam todo o complexo de normas criminais e representam o mínimo irrenunciável de estabilidade na era da constante mutação.

O magistrado, atendo-se também às premissas fáticas imodificáveis do caso em análise, deve embasar-se na tábua axiológica da Constituição, respeitando, além dos limites fáticos e das circunstâncias processuais constantes nos autos, a principiologia própria da ciência penal.

Em um contexto de normas movediças, as garantias, ainda que de certa forma também movediças, devem ser preservadas, sendo o ponto de partida na construção da decisão que, sem desconsiderar a lei, porém sem atrelar-se a ela de forma demasiada, efetiva o disposto na Constituição e nos Tratados de direitos humanos, propiciando interpretações críticas, ligadas à realidade social dos casos penais pátrios. Esta se desenvolve pela aplicação abrangente dos princípios norteadores do direito penal, não apenas em benefício do acusado, mas também em busca de sentença que atenda aos parâmetros da justiça.

Ainda, para que se possibilite o arejamento democrático do sistema, devem ser mantidas as formas de controle do arbítrio, como a participação popular e, principalmente, a motivação da decisão ativista, o que permitirá verificar se esta se deu no sentido único que pode tomar quando se trata de questões penais, qual seja, na contramão da legalidade apenas quando referente ao aumento de garantias e à efetividade dos direitos do acusado.

É importante relembrar que esse mesmo raciocínio é aplicável à recente forma de fixação de parâmetros jurisprudenciais, qual seja, as súmulas vinculantes. Em matéria penal, tal procedimento, considerado por muitos autores como reducionista - pois

novamente se trata de uma tentativa de apreender o fato social em parâmetros pré-concebidos, quando determina de antemão a decisão que deve ser seguida pelo magistrado frente a casos concretos -, deve ater-se, portanto, às questões de direito. Ademais, mesmo nestas, a súmula deve ser construída no sentido de atenuação da norma punitiva, pois a legalidade nada mais é que o teto de punitividade, devendo assim permanecer sob pena de subversão de toda a lógica que permeia o direito penal.

Finalizando, nota-se que a criatividade jurisprudencial se trata de realidade inegável nos tribunais brasileiros, conforme se depreende das diversas decisões referidas ao longo da pesquisa, como as do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça, dentre outros, bem como das decisões do Supremo Tribunal Federal, analisadas, na parte final do presente trabalho, em sede de pesquisa prática.

O referido fenômeno é estudado na seara do direito constitucional, por meio do protagonismo da Corte brasileira, e também no direito civil, com o uso de cláusulas gerais que cada vez mais liberdade concedem ao magistrado, tendo em vista a dificuldade inerente a todas as áreas do direito de adaptar o texto positivo, de difícil modificação, aos fatos da vida, atualmente com grande movibilidade.

Nesse sentido, pressupondo a constatação da necessidade que o magistrado tem de criar, pois o paradigma racional, empírico e hermético do sistema não mais prevalece, é cada vez mais importante que se fixem os princípios próprios do direito penal como elementos de força normativa ímpar, parâmetros que o magistrado deve ter em mente nos espaços deixados ao seu alvedrio pela impossibilidade da norma positiva abarcar o fato social. Com o estudo do fenômeno da criatividade judicial, estabelece-se sua limitação no sentido único que tem autorização do sistema para ocorrer, qual seja, em benefício do acusado, para a correta preservação das garantias conquistadas a duras penas pela humanidade.

Portanto, não cabe questionar-se sobre a ocorrência inegável da criatividade judicial, e sim analisá-la como algo necessário, desde que reafirme aquilo que faz do direito penal o que este é, porque assim nasceu para ser: uma forma de limitação do

arbítrio e do poder punitivo estatal, bem como de assegurar que a lei penal seja prévia, certa, escrita e estrita na estipulação do delito, cabendo a todas as outras fontes informadoras a minoração da punição e o fortalecimento das garantias.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. 3ª ed. Madrid: Ediciones Akal, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2004.

BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. Volume I. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990.

BEATTY, David. **The ultimate rule of Law**. Nova York: Oxford University Press, 2005.

BECCARIA, Cesare. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das letras, 1986.

BERTAGNOLLI, Ilana. **A vinculação aos precedentes dos tribunais superiores: uma análise de direito comparado**. Dissertação de Mestrado –PUCRS. Porto Alegre, 2012.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Da retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Dissertação de Mestrado – PUCRS. Porto Alegre: 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. Firenze: Le Monnier, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 7 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da edição de 1957, publicada pela Edizioni Radio Italiana. Campinas: Conan, 1995.

_____. **Como se faz um processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito, in **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

CUSA, Nicolau de. **A douda ignorância**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4^a. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIVAN, Gabriel. **Decisão Penal, discurso e ética: sobre poderes e responsabilidades**. Disponível em: <http://gabrieldivan.wordpress.com/artigos/>. Acesso em 04.07.2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIA, José Eduardo. Paradigma Jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araujo (org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1986.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 239 - 250.

FEUERBACH, Anselm v. **Tratado de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Traducido por: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal : parte geral**. Porto : Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais e doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Coimbra Editora, 2007.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999.

FOCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. Tradução de Salma Tannus Muchail. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org). **Interpretação constitucional**. Teoria & Direito Público. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

GANDRA MARTINS FILHO, Ives. **Os princípios jurídicos e sua densidade normativa**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2012/09/os-principios-juridicos-e-sua-densidade-normativa/>. Acesso em 05.05.2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A construção do Estado-nação no Brasil. A contribuição dos egressos de Coimbra**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

_____. Violência e medo na fundação do Estado-Nação. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**. Ano I, n. 2, Dezembro de 2001.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. 12 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

HALL, Kermit L., (ed. in chief). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de derecho penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: editorial sudamericana, 1997.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Ativismo judicial e participação democráticos: A audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal brasileiro na audiência pública da saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MAFFESOLI, Michel. **A violência totalitária: ensaio de antropologia política**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

_____. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades pós-modernas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia de pesquisa no direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2013.

MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio Roger; MOTTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana**. 2 ed. São Paulo: Corte; Brasília, DF: UNESCO, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARGENDLER, Mariana. **The Rise and Decline of Legal Families**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. Acesso em 18.12.2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad Jurídica**. 2ª Ed. rev. y atual. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994.

PESSÔA, Leonel Cesarino. Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos. In: PESSÔA, Leonel Cesarino (org). **Súmula Vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: LTr, 2007.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: **Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Ano 34, n. 108 (dez. 2007). – Porto Alegre: AJURIS, 2007.

_____. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. Tese de doutorado – PUCRS. Porto Alegre, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.** In: Revista brasileira de Ciências Criminais. V. 47. Março-Abril de 2004. p. 31-45.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral.** 6 ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 26ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Razão e subjetividade no direito penal. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F17244880%2F2073744924%2Fname%2FRaz%25C3%25A3o%252520e%252520subjetividade%252520no%252520direito%252520penal%252520brasileiro%252520%252520Rev.%252520Ci%25C3%25A3o%252520Penais%252520%252520V.%25252000%252520%2525202004%252520%252520p&ei=KuWxJurhH9PMsQTL04KIBw&usq=AFQjCNFoQzyTvuJKx8LeUA0ph4oXVjPeA&sig2=IruIDIVtGkHwXuOQ5g73SA&bvm=bv.58187178,d.cWc>.

Acesso em 18.12.2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoria del delito.** Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2005.

_____. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** In: Revista de Estudos Criminais, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86 e seguintes.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen júris, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal.** Barueri: Manole, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

SOUZA SANTOS, Boaventura de; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Disponível em: http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em 04.07.2012.

STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103-140.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEBET, Diogo. **Ativismo judicial e processo penal: mais warren's court e menos law and order.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 06-07, dez., 2009.

_____. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TROTTA, Sandro Brescovit. Os limites da cooperação jurídica internacional em matéria penal. In: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – Sistema Penal e Violência**. Volume 5, número 1, janeiro/junho/2013. P. 15-35.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto; SEVERO ROCHA, Leonel. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar (sociedad anónima editora, comercial industrial y financeira), 2002.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedroso, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución.** Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.

_____. **La crucifixion y la democracia.** Barcelona: Ariel, 1996.