

## O PÓS-POSITIVISMO NO SISTEMA PENAL E A PROTAGONISTA VONTADE DO JUIZ NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### THE POST-POSITIVISM PENAL SYSTEM AND A PLAYER WILL JUDGE THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**ALEXANDRE BIZZOTTO<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O texto tem o objetivo de revelar a força normativa dos princípios por meio dos mecanismos do Estado Democrático de Direito e a pertinente afirmação do pós-positivismo para a mitigação do sistema penal com a formação da norma constitucional para o caso concreto com a responsável atuação do juiz criminal em conformidade com a Constituição da República.

**Palavras-chave:** Princípio – Pós-Positivismo – Constituição da República- Limitação – Sistema Penal – Interpretação – Juiz.

**ABSTRACT:** This paper aims to reveal the strength of normative principles through the mechanisms of the democratic rule of law and the relevant assertion of post-positivism for the mitigation of the penal system with the formation of the constitutional provision for the case with the responsible action the criminal court in accordance with the Constitution of the Republic.

**Keywords:** Principle - Post-Positivism - Constitution of the Republic-Limitation - Penal System - Interpretation - Judge.

**Sumário:** Introdução - 1 A normatividade dos princípios - 2 A necessidade de limitação do decisionismo judicial - 3 Interpretação das normas constitucionais - 4 Breve fotografia do sistema penal - 5 O compromisso constitucional - 6 Postulados normativos - Considerações finais - Referências.

---

<sup>1</sup> Doutorando pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI-SC. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. E-mail: abizzotto@uoi.com.br

## INTRODUÇÃO

Cada indivíduo é produto da complexidade humana envolvendo-se a sua história com o registro de todas as alegrias, tristezas, episódios e passagens. Diz Ortega y Gasset que “Eu sou eu e minhas circunstâncias. Se não as salvo, não me salvo”.<sup>2</sup> Os incontáveis momentos vividos merecem adequada valoração para que sejam retiradas conclusões com a sedimentação dos conhecimentos e sentimentos que formam a pessoa.

A dinâmica humana é uma constante. Transformações ocorrem cotidianamente. Explana Carlos Drumond de Andrade que o “problema não é inventar. É ser inventada hora após hora e nunca ficar pronta nossa edição convincente”.<sup>3</sup>

A mesma situação ocorre com os institutos jurídicos, pois estes correspondem aos encontros e desencontros humanos, no qual a dialética social contribui para a contínua superação de idéias, que se resumem em meras fotografias de um instante de programada superação. Neste contexto de transformação dos institutos jurídicos está inserida a atividade de construção das normas constitucionais para adequá-las aos casos concretos.

É preciso dizer que a atividade de interpretação dos textos constitucionais (e a consequente formulação da norma constitucional) passou por diversas etapas até se chegar à percepção pós-positivista<sup>4</sup>, no qual tanto as regras como os princípios têm força de normatização para o caso concreto e que tal construção depende da atuação volitiva do intérprete.

Na atual conjuntura, em que tem sido percebida uma relevante crítica a execução dos fundamentos neoconstitucionais<sup>5</sup> justificadas por alguns exageros de interpretação, para a compreensão do tema se torna vital adentrar, mesmo que de maneira cartesiana, na discussão sobre o alcance dos princípios. Tal se revela necessário não só porque historicamente a noção de princípio esteve carregada de certa fragilidade normativa, mas também para que seja demonstrada a correspondência entre o entendimento conceitual dominante e as forças sociais vigentes, permitindo-se com isto salientar o espaço social que os princípios constitucionais ocupam, principalmente quando o enfoque é o sistema penal.

Na construção deste artigo procura-se seguir na necessária investigação o método indutivo tanto nas fases da coleta e tratamento dos dados como no momento do relato do que foi pesquisado. Revela-se essencial ainda o auxílio das técnicas do referente e do fichamento.

<sup>2</sup> ORTEGA y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Livro Ibero: Portugal, 1967, p. 52.

<sup>3</sup> ANDRADE, Carlos Drumond de. **Poesia completa**: conforme as disposições do autor. São Paulo: Editora Nova Aguilar, 1973, p. 1230.

<sup>4</sup> Este trabalho serve-se tanto das expressões pós-positivismo como do neoconstitucionalismo por entender que tais se referem a um mesmo fenômeno, na medida em que não há distinção de suas premissas filosóficas. Este mesmo sentido pode se inferir da afirmação de Marcos Leite Garcia quando diz que “Estamos em plena era do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como preferem alguns, e os vetores que regem todo o sistema de normas são valores de direitos fundamentais” (GARCIA, Marcos Leite. **Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais**. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá - PR. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 1. p. 6199-6223.).

<sup>5</sup> É o que se depreende dos textos de Lenio Luiz Streck, podendo indicar a título exemplificativo o livro **O que é isto – decido conforme minha consciência?** (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

## 1 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Conforme diz Paulo Bonavides, a “juridicidade dos princípios passa por três etapas distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.<sup>6</sup> Na primeira fase, a “normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativo de idéia que inspira o postulado de justiça”.<sup>7</sup>

Na fase jusnaturalista explica-se o princípio como sendo a encarnação absolutamente abstrata do bem, de tudo aquilo que é certo. Esta concepção, pelo seu absoluto subjetivismo deixa ao mero interesse do aplicador a incidência ou não do princípio ao caso concreto. No âmbito político o momento coincidia com o domínio político da monarquia. O sentido do princípio era dado pela vontade dos interesses monárquicos.

No campo do sistema penal, dava lugar à sedimentação de um autoritarismo ilimitado. Como o exercício do poder soberano tinha a explicação na legitimidade divina, tudo se resumia ao interesse/vontade do detentor do poder divino e de seus representantes terrenos. O realizar o bem e o sentido do que é certo se confundiam nos atos do poder.

Na procura da fixação de um marco histórico, com a Revolução Francesa (símbolo da ascensão da burguesia ao poder político), os burgueses, representantes dos interesses econômicos emergentes (com o objetivo de se tornarem hegemônicos), se aproximaram da grande massa da população - para forjar uma aliança -, utilizando-se de argumentos sedutores e adequados aos momentâneos anseios históricos. Com tal “acordo” foram estabelecidas as condições para a ruptura com o Antigo Regime.

No âmbito conceitual do princípio, veio a fase do positivismo jurídico. Lembra Norberto Bobbio que a entrada em vigor na França do Código de Napoleão tratou-se “de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”.<sup>8</sup> Nesta etapa os princípios passam a incorporar os Códigos na condição de fonte normativa subsidiária. O exercício do poder é justificado na vontade do povo. Este é a nova fonte de legitimidade.

Na impossibilidade de exercício direto da potestade pelo povo, são engendrados mecanismos de mediação do poder soberano. A manifestação volitiva do povo é retratada, neste estágio, como sendo à vontade de seus representantes. Os legisladores são (idealmente) as vozes dos interesses da sociedade. As leis são os desígnios<sup>9</sup> do povo.

O positivismo jurídico imprime aos princípios um aspecto objetivo. No momento em que a burguesia se identifica com os valores do iluminismo, há toda uma construção teórica para justificar a contenção do poder absoluto. A lei positiva é a salvaguarda do poder legítimo. Ser justo significava ser legal. Tudo que a lei estabelece tem o intocável argumento da vontade popular. Vislumbra-se que este modelo é bastante cômodo e

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 63. Título original: *Il positivismo giuridico*.

<sup>9</sup> Aqui se opta por não adentrar na discussão sobre as manipulações ideológicas tão bem demonstradas pela inteligência de Carlos Maria Cárcova em seu livro **Direito, Política e Magistratura** (CÁRCOVA, Carlos Maria. Tradução de Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: Editora LTr, 1996).

interessante para os detentores do poder político.<sup>10</sup>

A necessidade da burguesia de refrear outros movimentos revolucionários que poderiam surgir para impugnar o exercício do poder soberano foi preenchida com o controle dos juízes. Estes (que no primeiro momento da Revolução Francesa foram em sua maioria originários do antigo Regime), por meio do positivismo, passaram a ser foco de total desconfiança e de atenta amarração aos projetos políticos dominantes.

Era preciso controlar qualquer reação aos “interesses do povo” e evitar o governo dos juízes. Neste quadro, sob o manto da cientificidade, se fortaleceu o movimento da escola exegética, disseminando-se a ideia de que o importante é a vontade dos legisladores e não a vontade da lei.

O endeusamento do positivismo jurídico fomentou gerações de aplicadores do direito que se apegaram na cega aplicação da lei como a única via para se manter as conquistas do povo. Tal dogma impediu por muito tempo que florescessem críticas ao positivismo. Engendrou-se um mecanismo muito eficiente para a contenção dos movimentos de insurgência contra os interesses econômicos dominantes.

O acontecer das duas grandes guerras mundiais no século XX e suas tristes consequências permitiram o surgimento de textos constitucionais que traduziram os anseios de democracia. Tais Constituições ganharam novo contorno valorativo. “As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>11</sup>

Segundo Miguel Carbonell, “se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.<sup>12</sup>

Nesta perspectiva, há o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a respectiva exigência de sua concretização. Há um movimento que caminha na direção de separar a legalidade da legitimidade. A crença de efetivação da justiça material começa a ultrapassar a ilusão da legalidade formal. São colocadas em uma mesma sala para debate e conciliação: de um lado as aspirações de justiça; de outro lado à segurança da previsão normativa. Os aplicadores do direito, aos poucos foram conduzidos para se desvencilham das algemas fomentadas pelo positivismo jurídico.

Teoricamente no Estado Democrático de Direito impera o pós-positivismo, na qual duas funções se tornam primordiais: a) compromisso com a efetividade do texto constitucional; b) desenvolvimento de uma dogmática de interpretação.

<sup>10</sup> É uma estrondosa ingenuidade histórica aceitar que tais detentores são os mesmos que participaram da derrubada do poder monárquico. Após o fato consumado e, com a lacuna formal do poder político, são criados mecanismos para que o domínio político fique nas mãos daqueles que promoveram intencionalmente a ruptura. Aqui, a panfletária aliança com as massas é implicitamente destruída sem que tal seja declarada. Para que o poder fique nas mãos dos abastados econômicos (burguesia) sem descontentar a força das massas, engendra-se um sistema racional de organização política no qual há uma promessa de acesso ideal ao poder e uma realidade embutida que impede que o poder seja concretamente subtraído das mãos dos que detém a força econômica.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 237.

<sup>12</sup> CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis miguel carbonell. In: *In: JARAMILLO, Leonardo García; CARBONELL, Miguel (orgs). El Canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2010, p. 154.

A respeito do tema, Riccardo Guastini<sup>13</sup> indica que duas são as condições necessárias para que o ordenamento jurídico esteja impregnado constitucionalmente. Neste sentido, deverá existir uma Constituição rígida com uma garantia jurisdicional da Constituição, pois sem tais condições observadas, o império da Constituição e de seus princípios não passam de retórica.

Se a natureza dos princípios no positivismo jurídico tinha o caráter de fonte subsidiária, hoje tal explicação é insuficiente. Os princípios constitucionais se constituem em normas constitucionais. Eles têm “positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação”.<sup>14</sup>

Sendo previsto na Constituição, seja de forma expressa, seja extraído implicitamente do sistema do Estado Democrático de Direito, o princípio constitucional detém força normativa para atuar no controle social de maneira direta. Deixa de ser apenas forma subsidiária de aplicação ou mero auxiliar na interpretação (é isto também) para se tornar um dos soldados de frente na interferência social, mormente quando nos deparamos com um sistema penal que busca a todo instante suprimir os direitos fundamentais por meio de legislações infraconstitucionais.

Ao se refletir sobre a realidade judicial, pode ser afirmado que embora o pós-positivismo se anuncie, é muito fácil perceber que o positivismo ainda se encontra arraigado na formação de nossos juízes. O legalismo estrito é mais fácil de apreender e de aplicar, pois ele melhor se amolda ao número excessivo de processos ao não se exigir maior esforço criativo. A parcela de responsabilidade do juiz sobre a vida das pessoas envolvidas no processo é diluída frente ao tecnicismo com ocultação da carga de violência que os atos judiciais carregam.<sup>15</sup>

Ademais, é bem perceptível constatar-se que quanto maior o volume de trabalho, menor é a capacidade de se cuidar do caso concreto conferindo-se a resposta que ele necessita. As atuais exigências internas do Judiciário provocam a produtividade mercadológica e não a construção artesanal de atos judiciais.

## 2 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO DECISIONISMO JUDICIAL

Embora seja nítida a evolução na aplicação das normas constitucionais com a aproximação da efetividade do caso concreto com a possibilidade de se distribuir justiça ao caso concreto, é preciso observar que a doutrina tem se insurgido contra a falta de limites e critérios na atuação dos juízes na medida em que algumas decisões paradigmáticas têm sido classificadas como arbitrárias.

<sup>13</sup> Além de indicar as condições necessárias para a impregnação constitucional, Riccardo Guastini aponta mais cinco condições que dão à gradação do nível de impregnação constitucional. São elas: força vinculante da Constituição; interpretação superior da Constituição; aplicação direta dos textos constitucionais; interpretação conforme a Constituição; e influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización Del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.49-73).

<sup>14</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1998, p. 55.

<sup>15</sup> Consoante nos diz Zygmunt Bauman, o “uso da violência é mais eficiente e menos dispendioso quando os meios são submetidos a critérios instrumentais e racionais e, assim, dissociados da avaliação moral dos fins (**Modernidade e Holocausto**). Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed. 1998, p. 122. Título original: *Modernity and the holocaust*).

É o que ocorreu com a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal na data de 06 de maio de 2011 que veio a reconhecer em uma interpretação banhada pela principiologia, o casamento homossexual embora o texto da Constituição da República seja literal ao dizer que casamento é uma entidade entre homem e mulher.

Se na fase jusnaturalista o princípio era a mera noção do bem, ficando ao arbítrio do monarca sem que fosse possível qualquer controle, o uso abusivo da interpretação por parte dos magistrados com a formação da norma para o caso concreto também se torna um arbítrio sem o controle democrático necessário. Lenio Luiz Streck pondera que o “direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”.<sup>16</sup> Defende o jurista gaúcho a existência de uma interpretação correta.<sup>17</sup>

No mesmo sentido da limitação à interpretação, Alexandre Morais da Rosa diz que no “caso do limite semântico, ainda que se possa articular com os contextos, portanto, com a dimensão pragmática, há um limite de sentido compartilhado que não se pode transcender. Esse limite, cujos referenciais atualmente anda se perdendo, somente pode ser amarrado pela costura de um sujeito enunciador e uma tradição democrática”.<sup>18</sup>

Sim, concorda-se com a doutrina citada para reconhecer que algum limite deve existir. A irrenunciável tutela aos direitos fundamentais pode ser um bom limite, embora, também seja carregado de certo grau de incerteza. A defesa dos mais débeis como defende Luigi Ferrajoli<sup>19</sup> também pode funcionar como limite referencial. Não há que se navegar em águas absolutamente agitadas, contudo, não se alimenta manifesta nenhuma ilusão sobre o resultado da procura de tais limites ao decisionismo. Conforme já se advertiu, o “ato judicial foi concebido como um ato humano, como um ato de um ser humano, do ser humano juiz”.<sup>20</sup>

Por mais que a sociedade se esmere na criação de limites, tem razão Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo tem razão ao defender que o “ato da decisão judicial é uma irracionalidade disfarçada”.<sup>21</sup> A projeção da subjetividade ocorre e ocorrerá, seja no positivismo, seja no pós-positivismo. Aos olhos deste trabalho, o que é mais preocupante é a disseminação do discurso de limitação à ampliação da proteção aos direitos fundamentais em face deles emergirem de decisões desapegadas à legislação ordinária e com o respaldo constitucional.

Salienta-se que na seara penal, a apreensão se torna ainda maior, pois o ponto

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. amp., p. 25. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

<sup>17</sup> Neste sentido, “é possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta, ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo de eles fizeram falar/aparecer *na e pela* interpretação” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos*. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org). *Reflexões sobre Política e Direito – Homenagens aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 241).

<sup>18</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93/94.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 51.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial**: uma irracionalidade disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 239.

<sup>21</sup> AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial**: uma irracionalidade disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

de observação é peculiar, na medida em que existe a garantia inafastável da legalidade penal. Toda e qualquer interpretação pautada em princípios por meio da interpretação tão somente vem para ampliar o leque de restrições ao Estado Penal em favor dos direitos fundamentais. O positivismo na esfera penal é fator de acentuação do punitivismo.

É neste sentido que se torna importante, seja com o objetivo de minimizar o arbítrio judicial, seja para deixar mais transparente o transcurso da decisão judicial, a abordagem da interpretação judicial com a construção das normas constitucionais para os casos penais concretos.

### 3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Impende salientar que a norma constitucional é produto da interpretação realizada sobre o texto constitucional. Logo, o sentido da norma depende da integração do discurso adotado pelo intérprete a respeito do texto. “A interpretação é o discurso do intérprete”.<sup>22</sup> O maior ou menor alcance do sentido da norma constitucional muito depende da atenção deste juiz ao Estado Democrático de Direito. Há toda uma concepção subjetiva a ser integrada, acentuando o papel do magistrado.

A interpretação constitucional com a afirmação de seus valores está condicionada a fatores externos à Constituição. Inexiste a possibilidade de neutralidade. Tudo ao redor influi. De alguma forma, nada escapa. Como afirma Lênio Luiz Streck, um texto jurídico “jamais é interpretado desvinculado da antecipação do sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”.<sup>23</sup>

No mesmo sentido, pondera Eros Roberto Grau que “a interpretação não é apenas dos textos normativos, porém deles e da realidade. A interpretação dos direitos é interpretação dos textos e da realidade – a partir deles sendo produzidas as normas”.<sup>24</sup>

A importância da vontade de aplicação do texto normativo é ainda mais acentuada no atual contexto penal, porquanto se percebe o domínio de um sistema legislativo emergencial e de pânico voltado aos clamores emocionais direcionados.

É de pouca utilidade à previsão constitucional estática (expressa ou implícita) se há uma falta de sintonia com o intérprete, ou seja, quando este não se imbuí da necessária vontade constitucional emanada pelo Estado Democrático de Direito.

Este intérprete, é óbvio, não está isolado no mundo. Impossível isolar o contexto social e sua realidade<sup>25</sup> do texto normativo para se fazer crer que o que importa é o conflito meramente jurídico. A visão jurídica tem o seu significado, contudo, ela é parte de um todo amplo, no qual o intérprete como humano participe e inserido na vida em sociedade deve optar “por pensar o direito onde se encontra, isto é, no processo cultural global, na historicidade real e concreta, evidencia-se desde logo, sua significação social”.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

<sup>23</sup> STRECK, Lênio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**, v. 31, p. 65-97, 2008, p.66.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. ver.amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p.345.

<sup>25</sup> Consoante pontua Hermann Heller, a “realidade social consiste nesses atos humanos intencionais ao mesmo tempo corporais e de sentido” (Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre, p. 109).

<sup>26</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p.13.

## 4 BREVE FOTOGRAFIA DO SISTEMA PENAL

Na contextualização da formulação da norma constitucional para os casos penais, é preciso que sejam consideradas e ponderadas as características apresentadas pelo sistema penal.

Nesta perspectiva é relevante dizer que o sistema penal pode ser entendido como “o conjunto de agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção”.<sup>27</sup>

Já se ressaltou que a criminalização tem sido direcionada pelo neoliberalismo penal como medida/instrumento para se alcançar o resultado da exclusão social. A realidade social é (falsamente) vendida, em uma concepção individualista, como sendo o triunfo dos vencedores (poucos) sobre os vencidos.

A simples existência formal de um caso penal, independentemente de seu resultado, provoca consequências que acentuam a exclusão social. Incumbe ao magistrado criminal (falando do local de fala), ainda mais quando se vislumbra o mecanicismo do sistema penal, sair da percepção acrítica sobre o manejo dos instrumentos penais para que a criminalização secundária não se projete além dos limites constitucionais. Neste ensejo, para se evitar grotesca alienação, é preciso que o juiz perceba as críticas mais frequentes sobre o funcionamento do sistema penal:

a) A incapacidade de “prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos crimes”.<sup>28</sup> Lobrigase a existência de uma inflação legislativa penal com resultados desastrosos para as finalidades perseguidas e que são declaradas pelo Estado. Em razão da multiplicação tipificações penais e das suas constantes modificações pautadas pela constante pressão emocional, há enorme dificuldade, seja pelas pessoas do cotidiano social, seja pelos aplicadores do direito em se conhecer quais são os crimes.

b) A seletividade, na medida em que há a captação preponderante entre os vulneráveis do sistema social (criminalizados, vitimizados e os policizados), deixando as elites econômicas quase imunes às consequências desastrosas que provoca. A atuação das agências responsáveis pela criminalização passa a ser “coisa de pobre”. Os diversos mecanismos de seleção para com as pessoas diferentes do modelo social do sucesso provocam uma gritante desigualdade na atuação dos órgãos estatais que operacionalizam o sistema penal.

c) Há ocorrência de fertilidade na produção e reprodução de violações aos direitos humanos, em uma espécie de atuação do sistema penal subterrâneo<sup>29</sup> que acentua a violência estatal. Para se buscar o respaldo da sociedade (em ilusória noção de credibilidade), são utilizados meios que por si só agridem a dignidade humana com a perpetuação da violência oculta efetivada pelos órgãos policiais ou carcerários. Nota-se a existência de uma violência declarada que funciona como espécie de manto protetor

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60.

<sup>28</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.53.

às razões do Estado,<sup>30</sup> Ou, em sua atual versão técnico-burocrática: o vago conceito de ordem pública;

**d)** A atuação penal se mostra simbólico, porquanto formalmente o Estado Penal intervém em raras situações (se comparado aos inúmeros fatos da vida), existindo uma inesgotável cifra oculta da criminalidade. Em decorrência da inflação legislativa, a adoção do tudo penal causa à banalidade do sentido do crime, tornando o Estado impotente para o controle idealizado pelos adeptos do gigantismo penal;

**e)** Impede soluções mais consentâneas com a racionalidade, causando a reificação do crime e a alienação da vítima do contexto social. Conforme as palavras de Paulo Queiroz, o sistema penal coisifica ao mesmo tempo “o drama de que se ocupa, o delito, e os seus protagonistas: ofensor e ofendido. Dá-se ao fenômeno criminal, sob todos os ângulos, uma resposta insatisfatória e irracional”.<sup>31</sup> Ignora ainda a física quântica, pois aquele que é escolhido para fazer o papel de “vilão do sistema” no momento da aplicação da pena não é a mesma pessoa do momento em que houve a conduta;

**f)** O sistema penal inventa o criminoso. Constrói modelos de etiqueta comportamental desviada partindo-se da premissa da criminologia etiológica. Em virtude da natureza discriminatória de nossa sociedade, os tentáculos penais atingem a essência do estereótipo do criminoso, qual seja: pessoa pobre; negra; de origem de regiões mais frágeis economicamente; desviada dos padrões de uma fabricada normalidade social. É a criminalização da pobreza;

**g)** As agências penais atuam sobre pessoas, ignorando as condições sociais que produzem as situações limites. O sistema penal atua dissimulando os problemas sociais com o estardalhaço da atuação punitiva. Ele é utilizado para a opressão das pessoas, que são apontadas como feras individuais, ocultando-se as fragilidades do sistema social. No dizer de Vera Regina Pereira de Andrade, percebe-se um sistema penal máximo em compasso com a cidadania mínima.<sup>32</sup>

## 5 O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL

Cada intérprete, e neste lugar está o juiz criminal por dever, engajado na aplicação das normas constitucionais, necessita estar ciente dos fatores que cercam a atuação do sistema penal e que contrariam os textos constitucionais. Com isto em mente, pode ser mitigado, o quanto isto for possível, a manipulação da realidade social pelos mecanismos fundados na mentalidade que sustentam o crescente sistema de exclusão social. É preciso estar-se atento aos renovados movimentos amparados no positivismo jurídico e propugnados pelo discurso submisso ao pânico social, que nem sempre se acomodam com a orientação constitucional.

<sup>30</sup> Sobre as razões de Estado, belíssimo é o filme de Costa Gravas “Sessão Especial de Justiça”, no qual se demonstra a irracionalidade do poder totalitário e a fragilidade das instituições para resistir a argumentos calcados nas falácias das razões do Estado (COSTA GRAVAS, Constantian. **Sessão Especial de Justiça**. Gerard Crosnier, Claude Heymann, Jacques Perrin, Giorgio Silvagni. França, Itália e Alemanha Ocidental. Estúdio Goriz Films, Janus Films, Lés Production Artistes Associés, Reggane Filmes. 1975. 118 minutos. 1975. Título original: Section Spéciale).

<sup>31</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 100.

<sup>32</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

A formulação da norma constitucional para o caso penal concreto não pode ignorar a influência dos desmedidos anseios punitivos frente ao fracassado sistema penal e a sua penetração letal na vida das pessoas.

O sujeito que interpreta está compreendido pela interpretação. A utilização do escudo da mera aplicação da lei positiva, na hipótese desta ser contrária ao texto constitucional, significa dar a adesão a um modelo penal perverso. O não agir tutelando a Constituição da República corresponde ao ato de agir conforme os interesses punitivos não declarados pela estratégia da conveniência. Não tomar partido implica em implícita tomada de posição.

Acredita-se que a realidade excludente provocada pelos textos penais tem que ser assumida para que o intérprete possa trabalhar sobre ela de modo a imunizar suas facetas negativas, separando-se o idealismo (que somente afasta o intérprete da realidade) do real da vida e, construindo assim, um concreto jurídico a partir desta realidade.

O silogismo que o intérprete realiza ao construir a norma penal ao caso concreto deve partir do contexto penal efetivamente conhecido para se chegar a um resultado mais sintonizado com os anseios constitucionais, permitindo o funcionamento transparente do sistema penal com a sua minimização possível.

Neste passo, se a operacionalidade do sistema penal tem as suas peculiaridades retiradas da realidade, quando esta ultrapassa os limites constitucionais, cabe ao magistrado atuar sobre as características de excesso para esvaziá-las e enfraquecê-las com a atuação constitucional.

Sem ignorar a falibilidade da racionalidade frente ao humano, para que a adoração totêmica não seja uma armadilha para os propósitos de limitação da atuação penal, apresenta-se como imprescindível a busca de instrumentos que possibilitem ao magistrado (protagonista da formulação da norma ao caso concreto) a aplicabilidade do texto constitucional. Tal objetivo pressupõe o engajamento do intérprete com a Constituição da República. Na afirmação de Norberto Bobbio: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”.<sup>33</sup>

Sublinhe-se ser fundamental para a formulação da norma ao caso penal o exercício persistente da vontade de se questionar a justiça das decisões mediante o aparato fornecido pela Constituição. Há que se ter o que Konrad Hesse chama de “vontade de Constituição”.<sup>34</sup>

O comprometimento constitucional é fundamental para que seja negada a aplicabilidade de textos normativos que confrontem a Constituição da República. Cresce a percepção da sedimentação da jurisprudência constitucional por meio do estímulo ao constante exercício do controle da constitucionalidade, tendo como norte a supremacia constitucional.

A Constituição da República é o mandamento maior de todo o ordenamento

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25. Título original: *L'età Dei Diritti*.

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 21. Título original: *Die normative Kraft Der Verfassung*.

jurídico. Toda e qualquer normatividade deve absoluta servidão aos ditames constitucionais. “A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade”.<sup>35</sup>

Não basta, porém, que seja dada mera observância aos mandamentos formais da Constituição. É fundamental a observância da dimensão material da Constituição, com o respeito de todos os valores que a representam.<sup>36</sup> Fazer emergir um olhar impondo a concretização da supremacia constitucional é a tarefa.

Assim, os que formulam as normas para o caso penal têm o dever de utilizar o controle incidental e o difuso da constitucionalidade, provocando a manifestação judicial (papel dos promotores e advogados) ou velando de ofício (juizes) pela constitucionalidade dos casos concretos, promovendo a vinculação de toda e qualquer interpretação ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Para que o exercício do controle de constitucionalidade seja desempenhado de forma que a interpretação não recaia numa espécie de subjetivismo estéril, muito acrescenta ao intérprete estar armado do conhecimento de alguns critérios que auxiliem a interpretação constitucional. São os postulados normativos.

## 6 POSTULADOS NORMATIVOS

Nas palavras de Humberto Ávila, os “postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”.<sup>37</sup>

Pondera-se que os postulados normativos ao se constituírem em instrumentos de auxílio de interpretação sofrem as naturais ingerências da subjetividade. Logo, não se recomenda que seja dada a eles uma função primordial na interpretação constitucional, mas sim a de ocupar o lugar de critério de contribuição racional para a formação normativa.

Dentre os diversos postulados normativos que auxiliam o intérprete na configuração da feita da norma constitucional, podem ser apontados: a) Presunção de constitucionalidade dos textos infraconstitucionais; b) interpretação conforme a Constituição; c) Unidade da Constituição; d) proporcionalidade; e) Máxima efetividade.

**a) Presunção de constitucionalidade dos textos infraconstitucionais:** para que o sistema normativo seja preservado, assegurando-se a possibilidade do exercício das funções estatais, há a presunção de que os comandos emitidos pelo Estado se revestem de amparo constitucional. É premissa de respeito ao sistema democrático.

A declaração de que um ato normativo estatal fere a Constituição da República implica em negação de diversos efeitos provocados pelo ato estatal atacado. Reconhecer a inconstitucionalidade de um texto normativo infraconstitucional exige prudência. A

<sup>35</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 25.

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 26.

<sup>37</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

presunção de validade “é implícita à Constituição”.<sup>38</sup> Tal presunção permite comprovação em contrário mediante o exercício do controle de constitucionalidade.

O funcionamento do sistema de freios e contrapesos entre as funções estatais reclama a adoção da posição em que o ato estatal normativo tenha inicial respaldo sobre o seu entendimento. Neste sentido, Luiz Roberto Barroso diz que “não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade”.<sup>39</sup>

Ademais, existindo interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade do texto normativo com “a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”.<sup>40</sup>

Cumpra observar que a enunciação de tais regras é de extrema relevância, contudo, não pode ser deixado de lado que o primordial na avaliação de tais critérios, mormente quando se fala de sistema penal, é o compromisso do intérprete com os direitos fundamentais e a dignidade humana, afastando-se das construções tecnicistas. Na colusão de interesses, há que se dar destaque a formulação da norma constitucional que melhor dê respaldo a vida concreta do humano.

**b) Interpretação conforme a Constituição:** tal postulado se constitui em consequências da presunção da constitucionalidade dos textos normativos infraconstitucionais. Sendo possível interpretação no sentido prático que acolha a conclusão da constitucionalidade do texto normativo, ela deve ser reconhecida.

Na esfera jurídica a Constituição é a referência maior. A interpretação conforme a Constituição “é um postulado de filtragem constitucional”.<sup>41</sup> É certo que esta filtragem deve ser processada observando-se a realidade que a vida apresenta para o intérprete, devendo este buscar como meta a revelação do conteúdo material da Constituição.

Para Lenio Luiz Streck, a interpretação conforme a Constituição é “um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.<sup>42</sup>

**c) Unidade da Constituição:** imperioso dizer que os textos normativos constitucionais não estão isolados, mas sim integram um sistema aberto que se pretende fazer coerente. O princípio da unidade “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre normas

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 274.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 165.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 165.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 279.

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 443.

constitucionais a concretizar”.<sup>43</sup>

Dentro do contexto constitucional, há a previsão normativa de uma amálgama de interesses que podem aparentar contradição. É função da pessoa que interpreta compatibilizar tais interesses preservando a unidade da Constituição, exercendo a mediação com o objetivo de preservar o Estado Democrático de Direito.

Decorrência da unidade da Constituição é o postulado da concordância prática. No confronto entre situação nas quais há diversos bens constitucionais, aconselha-se ao intérprete eleger a solução que melhor aperfeiçoe “a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.<sup>44</sup>

Na atuação da concordância prática, não pode o intérprete ferir de morte o núcleo essencial do direito tutelado. Há que se reservar “um conteúdo mínimo inexpugnável, livre de qualquer tipo de restrição”.<sup>45</sup> Se o núcleo essencial for ultrajado, o direito em si desaparece.

Em cada caso colocado à apreciação devem ser ponderados e conciliados os valores, princípios e regras envolvidos para se extrair a melhor resposta. É a perseguição do sentido da justiça concreta. Relevante ainda que a solução encontrada não desestruture o sistema constitucional e os postulados básicos de cada instituto.

**d) Proporcionalidade:** este postulado normativo “acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar”.<sup>46</sup> Na atuação da proporcionalidade, há a ponderação dos bens jurídicos tutelados para que surja a razão real relevante de cada situação.

Com a utilização da proporcionalidade, são abertas as portas para que seja possível organizar, de maneira justa e adequada, a melhor aplicação da tutela judicial constitucional com a ponderação das diversas soluções a que a interpretação pode conduzir. Ela dá os parâmetros que são retirados da própria Constituição, levando em consideração a sistemática constitucional.

A proporcionalidade é decomposta por alguns subprincípios que são úteis para melhor entender seu alcance. Ela é formada pelos princípios da adequação, da necessidade e pela proporcionalidade em seu sentido estrito, “os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida”.<sup>47</sup>

Pela necessidade, o intérprete adentra na verificação da situação que peça a identificação do direito. Na adequação, a opção acolhida demonstra ao intérprete judicial o acerto na solução da questão. Por fim, com a proporcionalidade em sentido estrito,

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1149.

<sup>44</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 131.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298.

<sup>46</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. ver. amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 139.

<sup>47</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 75.

assegura-se que a opção premiada não venha a causar prejuízos a terceiros.<sup>48</sup>

No campo do sistema penal, o intérprete não pode deixar de ponderar a necessidade da intervenção penal, a sua adequação para os fatos acontecidos e se há real interesse mensurável para justificar a concreta atuação estatal.

É de se ressaltar que o postulado normativo da proporcionalidade, que tem seu substrato extraído do Estado Democrático de Direito na condição de proteção ao cidadão, somente pode se apresentar-se como critério de limitação a interpretações que provoquem a ampliação do Estado Penal.

Apresenta-se importante fazer a advertência de ser a proporcionalidade uma garantia do cidadão porque na atualidade tem ocorrido a tendência da utilização da proporcionalidade para justificar avanços punitivos, com a inversão de seu objetivo constitucional.

Na medida em que se constata que a proporcionalidade vem sendo moldada para funcionar na legitimação dos discursos punitivos, e, percebendo existir pouca resistência a tal amplitude, caindo à proporcionalidade na vala comum do neoliberalismo penal, acredita-se que um caminho viável seja o de esvaziar a sua percepção priorizando-se isoladamente, em cada caso, a necessidade e a adequação.

e) **Máxima efetividade:** ao se realizar a interpretação constitucional, não pode ser ignorada que a norma constitucional deve ter “o sentido que maior eficácia lhe dê”.<sup>49</sup> A produção de efeitos aos comandos constitucionais é questão irrecusável.

O artigo 5.º § 2.º, I da Constituição da República prevê a aplicação imediata das normas constitucionais sem fazer qualquer ressalva. A Constituição emite um comando normativo que interfere diretamente na realidade social. O exegeta que ignora a ordem constitucional viola o compromisso constitucional característico do Estado Democrático de Direito.

No âmbito da efetividade, surge à exigência de se discutir com que intensidade as normas constitucionais atingem o sistema penal no caso concreto. Esta máxima efetividade não pode ficar no âmbito do discurso retórico ou na mera teoria acadêmica. É função do magistrado, na formulação da norma constitucional ao caso penal extrair a máxima efetividade possível dos textos constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tempo de concluir. Muito mais poderia ser colocado sobre o tema. Os tormentos proporcionados pelo sistema penal necessitam de limites impostos pela interpretação através do engajamento constitucional. É preciso cultivar a postura de encarar a formulação da norma ao caso penal como uma atividade que está vinculada à premissa maior da efetividade da Constituição da República.

Em face dos casos penais o juiz deve “reconhecer a inconstitucionalidade pela

<sup>48</sup> GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo** - novos rumos e redefinições. Curitiba: Juruá, 2000, p. 55.

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1149.

injustiça”.<sup>50</sup> Nas palavras de Alfonso Garcia Figueroa, “el argumento de la injusticia se orienta a garantizar um umbral de corrección mínima em el ordenamiento”<sup>51</sup> O efeito paralisante provocado pela construção da norma constitucional afeta tanto os textos normativos infraconstitucionais que são contrários expressamente (inconstitucionalidade formal) ou ideologicamente (inconstitucionalidade material) à Constituição e seus postulados protetores do humano.<sup>52</sup>

Para encerrar, utiliza-se das palavras de Manuel Bandeira: “Que importa a paisagem, a Glória, a baía, a linha do horizonte? O que eu vejo é o beco”.<sup>53</sup> Buscando utilizar as palavras do poeta para retratar a miopia positivista que muitas vezes impera para espriar o punitivismo diz-se: o que importa a aplicação compromissada dos textos constitucionais? O que se vê é a aplicação cômoda da legislação infraconstitucional em uma nítida convivência com os anseios autoritários.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drumond de. **Poesia completa**: conforme as disposições do autor. São Paulo: Editora Nova Aguilar, 1973.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial**: uma irracionalidade disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

BANDEIRA, Manoel. Poema do beco. **Os cem melhores poemas brasileiros do século**/ Ítalo Moriconi (organizador). Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>50</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Lições de Direito Alternativo**. Curitiba: Acadês, 1991, p. 119.

<sup>51</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. In: JARAMILLO, Leonardo Garcia; CARBONELL, Miguel (orgs). **El Canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2010, p. 186.

<sup>52</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**: visão constitucional e novas tendências. Goiânia: AB Editora, 1998, p. 20.

<sup>53</sup> BANDEIRA, Manoel. Poema do beco. **Os cem melhores poemas brasileiros do século**/Ítalo Moriconi (organizador). Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 41.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed. 1998. Título original: *Modernity and the Holocaust*.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. Goiânia: AB Editora, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L'età Dei Diritti*.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Título original: *Il positivismo giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis Miguel Carbonell. In: In: JARAMILLO, Leonardo García; CARBONELL, Miguel (orgs). **El Canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2010.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, Política e Magistratura**. Tradução de Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwing Dornelles Coelho. São Paulo: Editora LTr, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Lições de direito alternativo**. Curitiba: Acadês, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. ver. amp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

COSTA GRAVAS, Constantian. **Sessão Especial de Justiça**. Gérard Crosnier, Claude Heymann, Jacques Perrin, Giorgio Silvagni. França, Itália e Alemanha Ocidental. Estúdio Goriz Films, Janus Film, Les Production Artistes Associés, Reggane Filmes. 1975. 118 minutos. 1975. Título original: *Section Spéciale*

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. In: JARAMILLO, Leonardo García; CARBONELL, Miguel (orgs). **El Canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. **Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais**. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá - PR. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. ver.amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización Del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo - novos rumos e redefinições**. Curitiba: Juruá, 2000.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. Título original: Die normative Kraft Der Verfassung.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Livro ibero: Portugal, 1967.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**, vol, 31, p. 65-97, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org). **Reflexões sobre Política e Direito – Homenagens aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.  
**Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro:  
Revan, 2003.

*Artigo recebido em: Outubro/2013*

*Aceito em: Junho/2014*