



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A função jurisdicional da magistratura e a teoria da defensability

Michael Matos de Araújo

Rio de Janeiro
2013

MICHAEL MATOS DE ARAÚJO

A função jurisdicional da magistratura e a teoria da *defenseability*

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A FUNÇÃO JURISDICIONAL DA MAGISTRATURA E A TEORIA DA *DEFENSEABILITY*

Michael Matos de Araújo

Graduado em História pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Historiador. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogado.

Resumo: Com o advento do Neoconstitucionalismo, a função jurisdicional da magistratura tornou-se a aplicação prática dos princípios constitucionais. Com as modificações políticas e sociais, criou-se no Poder Judiciário a legítima expectativa de garantidor dos direitos fundamentais. Na aplicação direta dos princípios constitucionais no caso concreto é necessário aplicar a teoria da derrotabilidade (*defensability*), para se afastar disposições infraconstitucionais e efetivar a perspectiva constitucional do ordenamento jurídico.

Palavras chaves. Neoconstitucionalismo. Aplicação da Teoria da *defensability* no âmbito penal. Aplicação no âmbito penal da teoria da *defensability* crimes contra ordem tributária. Aplicação no âmbito penal da teoria da *defensability* crimes patrimoniais sem violência. A teoria da *defensability* nos crimes contra ordem tributária em perspectiva comparada com crimes patrimoniais sem violência. Parametricidade. Princípio da proporcionalidade e Princípio isonomia.

Sumário: Introdução. 1. Neoconstitucionalismo e o pós 2º Guerra Mundial; 2. Neoconstitucionalismo e Teoria da *defensability*/ Derrotabilidade; 3. Teoria da *Defensability*; 4. Requisito material para derrotabilidade/superabilidade; 5. Requisito formal para derrotabilidade/superabilidade; 6. Aplicação da teoria da *defensability* no âmbito do direito penal em relação aos crimes contra ordem tributária. 7. Aplicação do princípio da *Defensability* e em relação aos crimes contra o patrimônio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema relativo à função jurisdicional da magistratura e teoria da *defensability*. É também chamada de teoria da superabilidade e derrotabilidade. Um dos objetivos deste trabalho é problematizar a aplicação dos princípios constitucionais no caso concreto com afastamento formal na norma infraconstitucional. Abordam-se os possíveis dilemas que o magistrado encontra na aplicação da norma constitucional e dos princípios

gerais do direito em detrimento da norma infraconstitucional no caso concreto. O que se busca saber é se é possível a aplicação direta dos princípios constitucionais no caso concreto. Seja por omissão legislativa, seja pela particularidade do caso concreto em não se enquadrar na norma abstrata. Há derrotabilidade da norma e aplicação dos princípios que emanam da constituição. Pode-se também aplicar a derrotabilidade no caso de princípios gerais do direito como princípio da boa-fé, proporcionalidade e razoabilidade.

Com o advento do Neoconstitucionalismo, os princípios surgem com força cogente e não apenas como meros postulados de orientação para o Poder Judiciário. Por essa abordagem, é interessante estabelecer como premissa a aplicação principiológica e seu aspecto prático no caso concreto. É importante a discussão desta aplicação pragmática do princípio constitucional, muitas vezes, ocorre em confronto com o texto da legislação infraconstitucional. Por vezes, ocorrem paradoxos na aplicação prática do princípio constitucional. Há também omissões legislativas não somente por *mora legis*, mas pelo fato do poder legislativo não conseguir prever todas as hipóteses possíveis que podem ocorrer. É humanamente impossível o legislador prever, no momento da elaboração da lei, todas as possibilidades possíveis que podem ocorrer no caso concreto. Em algum momento a norma não vai se adequar de forma direta ao fato social. Não haverá uma subsunção imediata.

Nesse sentido, encontra-se o magistrado sem uma resposta legal para determinada demanda. Pode ocorrer que a aplicação da analogia ou de outros meios de integração da norma jurídica não seja suficiente para dar uma resposta jurídica prática para a demanda que chega ao magistrado. Por isso é importante discutir, no caso concreto, a aplicação da teoria da derrotabilidade. Para essa teoria o magistrado, excepcionalmente, ao aplicar determinados critérios de raciocínio lógico jurídico, em função da necessidade da fundamentação da decisão judicial, afasta a aplicação da lei específica do caso concreto e aplica diretamente o princípio constitucional e demais princípios gerais do direito. Afasta-se literalmente o conteúdo da

norma. Há derrotabilidade/superabilidade da norma expressa e aplicação dos princípios que emanam diretamente da constituição e/ou dos princípios gerais do direito.

A derrotabilidade pode ser entendida, pela perspectiva do julgador, como consequência lógica da eficácia vertical e eficácia horizontal dos princípios constitucionais. O magistrado ao apreciar o caso concreto e pelo seu livre convencimento motivado pode estar com demanda que não se adequa diretamente com a lei. A discussão da aplicação teoria da defensability pelo magistrado visa estabelecer argumentos técnicos do processo de tomada de decisão. Justificar a derrotabilidade da norma e estabelecer aplicação dos conceitos de dignidade da pessoa humana, justiça, boa-fé, legítima expectativa no caso concreto. Estabelecer liame entre a aplicação dos princípios constitucionais e/ou princípios gerais do direito no caso concreto. É importante discutir a possibilidade aplicação direta dos princípios constitucionais e/ou princípios gerais do direito no caso concreto com aplicação da teoria da derrotabilidade. Estabelecer argumentos jurídicos para fundamentar a justificativa da aplicação da teoria da defensability sem afrontar o princípio da segurança jurídica. Analisar a possível aplicação da teoria da defensability na prática.

Há entendimento de hipótese inovadora da possível a aplicação da teoria da derrotabilidade no âmbito do direito penal constitucional. Com advento da Constituição Federativa do Brasil de 1988, vários princípios constitucionais são aplicados no direito penal. É necessário através do processo de filtragem constitucional realizar a releitura de todo ordenamento jurídico, ou seja, analisar toda a legislação infraconstitucional do direito penal, do direito processual penal.

Nesse sentido, pode-se entender que há relações intrínsecas entre o Neoconstitucionalismo e aplicação da teoria da derrotabilidade/superabilidade.

1.0 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PÓS 2º GUERRA MUNDIAL

A partir do início do século XXI ocorreu uma nova abordagem e perspectiva no conceito de constitucionalismo denominado Neoconstitucionalismo. Há outras nomenclaturas com constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo. Trata-se de uma nova lógica que estabelece uma eficácia prática da constituição. Além de estabelecer a limitação do poder e a garantia dos direitos fundamentais, deixa de ter mero aspecto teórico e passa a buscar a concretização desses direitos fundamentais.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹ o Neoconstitucionalismo e as transformações do direito contemporâneo podem ser analisadas por três abordagens: marco histórico, marco filosófico e marco teórico². No que tange ao marco histórico do novo direito constitucional pode-se dividir em dois momentos distintos na Europa e no Brasil. Na Europa o constitucionalismo foi estabelecido no pós-guerra especialmente na Alemanha e na Itália³. Em relação ao Brasil, ocorreu mais tarde com o advento da Constituição de 1988 como início da consolidação do processo de redemocratização⁴.

Em relação à Europa, a reconstitucionalização ocorre logo após a 2º Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX. Estabeleceu-se a redefinição do lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas⁵. A

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UNB, da Universidade de Wrocław, Polônia, e da Universidade de Poitiers, na França, Mestre em Direito pela Universidade de Yale e livre docente pela UERJ.

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio constitucional do Brasil)* p.3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acessado em: 08 de agosto de 2013.

³ Ibidem; p. 3

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem; p. 3

aproximação das ideias do constitucionalismo e de democracia produziu nova forma de organização política que atende por diversos nomes: estado democrático de direito, estado constitucional de direito, estado constitucional democrático.

Nesse contexto, a principal referência do desenvolvimento do direito constitucional é a lei fundamental de Bonn (Constituição alemã⁶), de 1949, e, especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951. A partir desse momento teve-se o início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial responsável pela ascensão do direito constitucional dos países de tradição romano- germânica. Para Barroso⁷ a segunda referência de destaque é da constituição da Itália, de 1947, e subsequente instalação da corte constitucional, em 1956. O autor entende que ao longo da década de 1970, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume a debate sobre a nova lógica do direito constitucional.

Em relação ao Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu também no ambiente de reconstitucionalização do país em razão da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da constituição de 1988⁸. Nesse entendimento, mesmo com várias emendas posteriores ao texto constitucional ao longo dos anos, a Constituição de 1988 foi capaz de promover de maneira bem sucedida a travessia do estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante, por vezes, violento para o estado democrático de direito. A carta de

⁶ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem designação originária de “lei fundamental”, que sublinhava o caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A constituição definitiva só deveria ser retificada depois que país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o tratado de Unificação que regulou a adesão da República democrática alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a lei fundamental que vigora em toda Alemanha.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardioconstitucional do Brasil)* p.3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acessado em: 08 de agosto de 2013.

⁸ BARROSO, Op.cit., p.3.

1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

Nesse contexto da Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da não importância ao apogeu em menos de uma geração⁹. Para Barroso a Constituição não é só técnica, tem de haver por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. Deve-se ter o surgimento de um sentimento constitucional no país o que é algo que deve ser celebrado. Esse ainda é um sentimento tímido, mas real e sincero, de maior respeito à Lei Maior, a despeito da volubilidade do seu texto.

Pode-se apontar como marco filosófico do novo direito constitucional o pós-positivismo¹⁰. O debate que estabelece a sua caracterização gravita na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o direito: o Jusnaturalismo e o Positivismo. Para Barroso são opostos, mais por vezes singularmente complementares.

A partir do século XVI, o Jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do direito¹¹. Funda-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos¹². De certa forma foi combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as constituições escritas e as codificações. Por muitas vezes considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para margem da história pela ascensão do positivismo jurídico no final do Sec. XIX. A busca pela objetividade científica o positivismo equiparou o direito à lei e afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. A

⁹ Ibidem; p. 4

¹⁰ Ibidem;

¹¹ Ibidem;

decadência do positivismo é associada à derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha. A forma que os regimes promoveram verdadeira barbárie sob a proteção da legalidade. Com o fim da 2ª Guerra Mundial e suas consequências desastrosas para a humanidade, para a ética e para os valores que começam a retornar ao direito.¹³

Nesse entendimento,¹⁴ a superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para reflexões em relação ao direito como sua função social e sua própria interpretação. O pós-positivismo busca ir além da estrita legalidade, mas não despreza o direito posto. Busca empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.¹⁵ Deve-se estabelecer a interpretação do direito com base na ideia da teoria da Justiça, sem voluntarismos ou personalismo sobretudo judiciais. Tem-se na verdade o conjunto de ideias ricas e heterogêneas que buscam abrigo neste paradigma em construção. Incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com os valores e regras; a reabilitação da razão prática e d argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificadas sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Promove-se a reaproximação entre o direito e filosofia¹⁶.

No que tange ao marco teórico¹⁷, as 3 grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativa à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa da constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

¹³ Ibidem;

¹⁴ Ibidem;

¹⁵ Ibidem;

¹⁶ Ibidem;

¹⁷ Ibidem;

Nesse sentido há completa mudança de paradigma. A Constituição tem função fundamental no ordenamento jurídico. Exerce o papel de referencial axiológico. Tem-se verdadeira hierarquia axiológica e busca para concretização dos direitos fundamentais. Observa-se que com o Neoconstitucionalismo a constituição torna-se o centro do sistema jurídico. É norma jurídica dotada de coercitibilidade. Agrega-se carga valorativa axiológica como os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Emanam-se eficácia irradiante em relação aos poderes e mesmo as relações provadas. Há concretização dos valores constitucionalizados.

No que tange ao conteúdo axiológico da constituição, pela perspectiva material, teve-se a incorporação explícita de valores e opções políticas na esfera constitucional principalmente no que tange a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana art.1, inc. III da CRFB/88.

2.NEOCONSTITUCIONALISMO E TEORIA DA DEFENSABILITY/DERROTABILIDADE

Trata-se da teoria da derrotabilidade da norma, ou seja, superação da norma expressa. Supera-se formalmente o texto da lei. Autor da teoria da *defeasibility* é inglês Lionel Herbert Hart (1907-1992). Este trabalho aborda a teoria da *defeasibility* pela perspectiva do autor Humberto Ávila. Tem-se a “lógica da exceção” no caso concreto. É uma via excepcional para o magistrado na resolução do caso concreto. É forma de raciocínio jurídico. Trata-se de via jurídica para o magistrado na aplicação do direito¹⁸.

¹⁸ Carsten Bäcker. Regras, princípios e derrotabilidade. *Rules, principles and defeasibility* Publicado originalmente em inglês sob o título “Rules, principles and defeasibility” em *On the nature of legal principles. Proceedings of the Special Workshop “The Principle Theory”*. 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007. In: BOROWSKI, Martin. In: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*. Suplemento 119, Franz Steiner/ Nomos, Stuttgart, p. 79-91, 2010. Tradução para o português de Tiago Lopes Mosci. Revisão técnica de Alexandre Trivisonno. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>. Acessado em 08 de agosto de 2013.

Busca-se a abordagem da aplicação prática da teoria da defeseability no exercício da jurisdição pelo magistrado no caso concreto. É o caso concreto face à comparação da norma em tese. Com o advento do Neoconstitucionalismo, os princípios surgem com força cogente e não apenas como meros postulados de orientação para o Poder Judiciário. Deixaram de serem meros indicativos de como se deveria agir. São princípios que tem aplicação cogente diretamente nos processos.

Com o Neoconstitucionalismo os princípios constitucionais emanam para todo ordenamento jurídico. A constituição é o vértice do ordenamento jurídico. É o fundamento de validade de todas as normas. Não há nenhuma norma que possa existir sem o fundamento de validade na constituição. O que se busca saber é se é possível a aplicação direta dos princípios constitucionais no caso concreto. Seja por omissão legislativa, seja pela particularidade do caso concreto não se enquadrar na norma abstrata.

Nesse sentido, é importante mencionar o pensamento de Carsten Bäcke¹⁹ que entende que a distinção entre regras e princípios pressupõe um critério que permita não apenas identificá-los, mas também destacar as diferenças existentes entre eles. A Derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Regras, em geral, têm exceções. Essas exceções não podem ser enumeradas de forma conclusiva, pelo fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Logo, as regras de direito sempre exibem a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis. Por outro lado, os princípios, por serem mandamentos de otimização, não acomodam, nesse sentido, exceções. Ao invés disso as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, a colisão entre princípios –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, essenciais à própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para se

¹⁹ Ibidem.

aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Não pode, portanto, surgir nenhuma exceção na aplicação de um princípio. Princípios, em outras palavras, não são derrotáveis. O ensaio é concluído com uma explicação sobre a distinção entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios, novamente com recurso à noção de derrotabilidade, juntamente com a proposta de uma distinção conceitual tríplice, que torna mais clara a definição de princípio.²⁰

Por essa abordagem, é interessante estabelecer como premissa a aplicação principiológica e seu aspecto prático no caso concreto. É importante a discussão desta aplicação pragmática do princípio constitucional, muitas vezes, ocorre em confronto com o texto da legislação infraconstitucional. Por vezes, ocorrem paradoxos na aplicação prática do princípio constitucional. Por vezes, há também omissões legislativas não somente por *mora legis*, mas pelo fato do poder legislativo não conseguir prever todas as hipóteses possíveis que podem ocorrer.

Nesse sentido, encontra-se o magistrado sem uma resposta legal para determinada demanda. A aplicação da analogia ou de outros meios de integração da norma jurídica não são suficientes para dar uma resposta prática para a demanda que chega ao magistrado.

Para esta teoria o magistrado, excepcionalmente, afasta a aplicação da lei específica do caso concreto e aplica diretamente o princípio constitucional. Afasta-se normativamente a norma. Há derrotabilidade da norma e aplicação dos princípios que emanam da Constituição. Pode-se também aplicar a derrotabilidade no caso de princípios da boa-fé, proporcionalidade e razoabilidade. Trata-se de uma consequência lógica da eficácia vertical e eficácia horizontal dos princípios constitucionais. O magistrado ao apreciar o caso concreto e pelo seu livre convencimento motivado pode estar em confronto com a lei.

²⁰ Ibidem.

A discussão da aplicação teoria da *defensability* pelo magistrado visa estabelecer argumentos técnicos do processo de tomada de decisão. Justificar a derrotabilidade da norma e estabelecer aplicação dos conceitos de dignidade da pessoa humana, justiça, boa-fé, legítima expectativa no caso concreto. Estabelecer liame entre a aplicação dos princípios constitucionais no caso concreto. É importante discutir a aplicação direta dos princípios constitucionais no caso concreto com aplicação da teoria da derrotabilidade. Estabelecer argumentos jurídicos para fundamentar a justificativa da aplicação da teoria da *defensability* no caso concreto. Analisar a possível aplicação da teoria da *defensability* no caso concreto. Avaliar quando é possível a sua aplicação prática. A aplicação excepcional da teoria da *defensability* e a relação com a segurança jurídica com questões controvertidas no caso concreto.

3.TEORIA DA DEFENSABILITY

Para Humberto Ávila, a teoria da *defeasibility* (derrotabilidade) é também chamada de teoria da superabilidade²¹. Em regra, respeita-se a norma em função dos requisitos: A) Eliminação da controvérsia e da incerteza e dos custos morais a elas associados; B) Eliminação ou redução da arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais; C) Busca-se evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento:

Em relação à coordenação evita-se o risco de cada indivíduo querer defender o seu ponto de vista. Em relação à deliberação é ausência de deliberação prévia da norma com solução pré-definida aumentaria os custos para soluções casuísticas e individuais. Em relação ao conhecimento a falta de regra poderia produzir soluções por pessoas que não tem conhecimento técnico de determinada matéria ou área.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros. 2008. p.88.

As regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas pela autoridade. Elas devem ser obedecidas, por um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque os seus valores são prestigiados pelo ordenamento jurídico como a segurança jurídica, paz e igualdade. Infere-se que há nesta tese a influência da teoria Kantiana no que tange ao universalismo ético²².

Nesse sentido, ocorre uma superação do modelo de do ‘‘tudo ou nada de Dworking’’. (Método de superação do conflito de regras pelos critérios de validade, especificidade e vigência). Supera-se formalmente este modelo de antinomia utilizado no conflito aparente das normas.

A superação/derrotabilidade da norma não é tarefa fácil. Não são superadas com facilidade. São requisitos para superação da norma:

3.1 REQUISITO MATERIAL PARA DERROTABILIDADE/SUPERABILIDADE

O Requisito material é a superação da regra geral no caso concreto não pode prejudicar valores inerentes à regra. Em decisão individualizada, ainda que incompatível com a regra geral, não prejudica a finalidade da norma e segurança jurídica por se tratar de uma exceção tendo em vista a pouca probabilidade do reaparecimento frequente de situação similar. Tem-se aqui a verdadeira lógica da exceção na apreciação do caso concreto. Não há como universalizar este paradigma em contexto de situações comuns e repetitivas.

3.2 REQUISITO FORMAL PARA DERROTABILIDADE/SUPERABILIDADE

São requisitos formais: 1) A Justificativa condizente – Deve-se justificar a incompatibilidade entre a hipótese da regra e a sua finalidade. É necessário provar discrepância entre a hipótese da regra e o que sua finalidade exige. Não se pode gerar

²² Ibidem.

insegurança jurídica. A justiça individual não poderá afastar justiça geral. Pode-se entender que não é salutar aplicar a lógica do raciocínio indutivo de forma generalizada; 2) Fundamentação condizente - as razões de superação da norma devem ser exteriorizadas para que possam ser devidamente controladas. A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada. A exigência da fundamentação se coaduna com a necessidade de fundamentação da decisão do magistrado. Na forma do art.93 inc. IX da CRFB/88²³ exige que as decisões do poder judiciário sejam todas fundamentadas. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). A fundamentação do magistrado é fundamental no exercício da magistratura. Tem-se caráter de exercício de legitimidade de dizer o direito. A Comprovação condizente - Deve-se provar de forma evidente no caso concreto. Não é suficiente a mera alegação. Deve haver comprovação no caso concreto do que está sendo alegado.

Nesse sentido, pode haver certa universalização / generalização das decisões baseadas na derrotabilidade sem necessariamente haver uma insegurança jurídica²⁴. É importante consignar que a coerência do magistrado no caso concreto no que tange à universalização da derrotabilidade. Portanto, é possível universalizar a aplicação da teoria de *defensability* sem estabelecer a insegurança jurídica.

4.APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEFENSABILITY NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA.

²³ Ibidem; p. 88

²⁴ Ibidem.

4.1 CRIMES DO COLARINHO BRANCO - *WHITE COLLAR CRIME*.

Os crimes de colarinho branco difundidos a partir de 1939 pelo sociólogo americano Edwin Sutherland, o termo crimes do colarinho branco ou *white collar crime* alude a “crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social em relação às suas ocupações”. Cuida-se da “criminalidade das classes altas”.²⁵

Os delitos econômicos em sentido amplo não raro identificam-se com crimes do colarinho branco, uma vez que os sujeitos ativos daqueles delitos tiram proveito das suas posições sociais e profissionais para o cometimento de crimes que, quase sempre, lesam bens jurídicos transindividuais, na maior parte das vezes com efeitos gravosos à sociedade. É o que geralmente ocorre nos crimes previstos na Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro), Lei n. 7.492/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n. 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Ordem Econômica e Relações de Consumo), Lei n. 8.176/1991 (Crimes contra a Ordem Econômica) e crimes previdenciários (a exemplo dos arts. 168-A e 337-A, CP).²⁶

Nesse contexto, nem todos os fatos criminosos chegam ao conhecimento ou são objetos de apuração pelas autoridades competentes. Parcela dos crimes que passam a ser oficialmente registrados pelo sistema de Justiça criminal é chamada de criminalidade revelada. A fração que permanece oculta (não investigada e conseqüentemente impune), quando se refere a crimes do colarinho branco, denomina-se cifra dourada da criminalidade.²⁷

²⁵ Professor adjunto das Faculdades Santa Cruz (graduação e especialização). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial do Curso Ordem Mais. Mestre em Direito (PUC/PR). Especialista em Direito Criminal (Unicuritiba). Assessor jurídico da Procuradoria da República no Paraná (Ministério Público Federal). Disponível em: www.daniloandreato.com.br. <http://jurisprudenciaconcursos.com.br/arquivos/1364850437.pdf>. Acessado em 08 de agosto de 2013.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*

O nascimento do direito penal econômico é atribuído a Edwin Sutherland sociólogo americano²⁸ que estudando as origens do crime desenvolveu a chamada teoria da associação diferencial. Segundo a qual o crime é um comportamento apreendido no meio social pela interação entre os homens. Com isso Sutherland tomando por base esta noção identificou um tipo especial de criminoso que não era alcançado pelo sistema penal, embora, causasse lesão à coletividade. Trata-se do criminoso do colarinho branco.

Para Sutherland²⁹ este é um criminoso que se desvia das atividades normais para causar graves lesões a interesses coletivos. Trata-se de um criminoso que não passa recibo. Que tem a fraude como nota característica de sua conduta e que busca ganho econômico. A teoria da associação diferencial, elaborada por Sutherland, conquanto não seja definitiva ou esteja acima de qualquer crítica ou questionamento – como nenhuma teoria o é ou está, aliás –, é fundamental para uma compreensão mais abrangente e específica dos crimes associativos e, mais importante, do fenômeno do crime organizado. Foi introduzida pelo autor na edição de 1939 do seu livro *Principles of criminology*, sofrendo modificação na edição de 1947, o qual se tornaria *the most influential textbook in the history of criminology*.³⁰

4.2 CRIMES DE COLARINHO AZUL - *BLUE COLLAR CRIME*.

Os Crimes do colarinho azul ou *blue collar crime* são os praticados geralmente por pessoas economicamente menos favorecidas, como furto, roubo, estelionato etc. A alusão ao colarinho azul deve-se à cor da gola do macacão dos operários e trabalhadores de fábricas.

Os operários eram chamados de *blue-collar* (colarinho azul) em razão da cor dos uniformes. Os executivos, por sua vez, não usavam macacões azuis, porém camisas brancas,

²⁸ Ibidem.

²⁹ FERRO. Ana Luiza Almeida. *DE JURE* –Revista do Ministério Público de Minas Gerais. P.145. Disponível: <<http://pt.scribd.com/doc/58066596/Revista-Juridica-De-Jure-16>>. Acessado em 08 de agosto de 2013.

³⁰ Ibidem.

com colarinhos da mesma cor, razão por que Sutherland opôs à criminalidade dos pobres (*blue collar*) a *white-collar criminality*.

Durante o julgamento da Ação Penal n. 470 (caso Mensalão) no STF, o Ministro Luiz Fux valeu-se dessa expressão, ao anotar em seu voto que “o desafio na seara dos crimes do colarinho branco é alcançar a plena efetividade da tutela penal dos bens jurídicos não individuais. Tendo em conta que se trata de delitos cometidos sem violência, incruentos, não atraem para si a mesma repulsa social dos crimes do colarinho azul”.³¹

Em se tratando de crimes do colarinho azul, emprega-se a locução cifra negra para referir às correspondentes infrações penais desconhecidas oficialmente pelo sistema de justiça criminal e que não são investigadas nem punidas.

4.3 CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA E APLICAÇÃO DA TEORIA DA TERROTABILIDADE

Segundo o professor Gabriel Habib, nos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico protegido é o erário, o patrimônio do estado e a ordem econômica. São bens de natureza supraindividual.³² A tutela do direito penal nesse contexto é ampla. Afeta-se toda a coletividade. O erário é abrangido pela princípio da indisponibilidade do interesse público. Há a Lei de responsabilidade fiscal LC/101 que dispõe sobre a proteção da parte financeira e orçamentária. Sabe-se que a arrecadação é fundamental para custeio do serviço público direto e das demais atividades do estado. É importante estabelecer uma política de arrecadação com o objetivo de aumentar de forma salutar a arrecadação. O âmbito penal afeta esta área tendo

³¹ Professor adjunto das Faculdades Santa Cruz (graduação e especialização). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial do Curso Ordem Mais. Mestre em Direito (PUC/PR). Especialista em Direito Criminal (UniCuritiba). Assessor jurídico da Procuradoria da República no Paraná (Ministério Público Federal). www.daniloandreato.com.br

³² HABIB, Gabriel. *Leis Especiais*. Tomo I. Bahia. Juspodium 2011. p. 135.

em vista as política criminal relativa à aplicação do princípio da insignificância e de certa forma estabelece diferenciação no tratamento em relação aos réus.

Nesse contexto, é importante consignar a diferença de tratamento dispensado pelo Estado Brasileiro entre os crimes contra ordem tributária e crimes contra o patrimônio sem violência. Há relação de tratamento desigual dispensado aos crimes denominados do colarinho branco, *white collar crime*, e os crimes do colarinho azul, *blue collar crime*. Entende-se que a aplicação da teoria da derrotabilidade no âmbito do direito penal pode-se ocorrer pela perspectiva da do fundamento jurídico da isonomia constitucional. É uma via para estabelecer materialmente o tratamento isonômico. Não somente o fundamento da isonomia, mas também sobre o aspecto dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Entende-se que não há razões para o estado dispensar a forma de tratamento do direito penal em função de critérios de raça, cor ou status social. É recorrente o suposto “ladrão de galinha” estar incluso no encarceramento e o criminoso do colarinho branco nos casos do art.1º e 2º da Lei 8137/90 pagar o debito tributário e ter a aplicação do instituto da extinção da punibilidade. Pode-se avaliar como exemplo é aplicação do principio da derrotabilidade em relação à análise comparativa entres os crimes contra ordem econômica e os crimes contra o patrimônio praticados sem violência.

Para Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no que tange aos crimes contra ordem tributária pode-se aplica o princípio da insignificância para os crimes do art.1º e art.2º da Lei 8137/90, assim como o crime de descaminho art.334 do CP cujo valor for inferior a 10 mil reais³³ na forma do art.20 da Lei 10.522/02³⁴. Há ainda recente portaria que

³³ Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça RHC 96545 / SC Min. Teoria Albina Zavascki- Primeira Turma.

³⁴ Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033 , de 2004)

eleva o valor para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)³⁵. São requisitos para aplicação do princípio da insignificância pelo STF³⁶ a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, por outro lado, os crimes contra o patrimônio tutelam o bem jurídico do patrimônio particular que disponível. Não é um direito supraindividual. A persecução do crime de contra o patrimônio sem violência com certeza é maior do que o valor que foi atingido pela conduta do agente. Por este fundamento da administração pública legitima a aplicação da superabilidade da norma expressa, a depender do caso concreto, das disposições legais que reprimem penalmente a conduta. Entende-se que se pode aplicar o princípio da derrotabilidade para superara as disposições dos crimes contra o patrimônio sem violência.

Assim, derrota-se as disposições legais e aplica-se princípio da insignificância pelo fundamento constitucional do princípio da isonomia constitucional do art.5º da CRFB/88. Aplica-se a mesma lógica da atipicidade material que ocorre com os crimes contra ordem tributária em posição de igualdade com crimes contra o patrimônio sem violência com valor até 10 mil reais.

Nesse contexto, pode-se invocar os princípios da individualização da pena, dignidade da pessoa humana art.1 inc. III da CRFB/88, principio da humanidade. Não se pode tratar de forma desigual os crimes contra o patrimônio sem violência dos crimes do colarinho branco no sentido de prejudicar o réu. Atualmente, busca-se politica de desencarceramento. É difícil compreender o fato do individuo que pratica um furto ficar preso por causa de R\$ 200,00 reais e individuo que frauda o fisco no valor até R\$ 10,000,00 reais e tem extinta a punibilidade

³⁵ Portaria do Ministério da Fazenda nº 75 Art.º 1 - I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

³⁶ Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça RHC 96545 / SC Min. Teoria Albina Zavascki- Primeira Turma

pelo pagamento do tributo. Há previsão do valor atualmente ser em R\$ 20,000,00 9 vinte mil reais³⁷.

5.APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFENSABILITY E CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO.

Há questão interessante em relação aos crimes contra o patrimônio que se pode aplicar de forma prática a teoria da derrotabilidade³⁸. Entende-se ser possível derrotar a disposição legal expressa relativa ao furto qualificado mediante concurso de duas ou mais pessoas do art.155, §4º, IV do CP pelo fundamento do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade em traço comparativo com o art.157, §2º, do CP. Essa tese afasta também a súmula 442 do STJ.

Por disposição legal expressa, o art.155 do CP estabelece o furto simples com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. No furto qualificado na forma do art.155 §4º do CP, o legislador dobrou a reprimenda ao crime de furto para pena reclusão de 2 a 8 anos. Esse é um crime de mera subtração de coisa alheia móvel. Não há violência ou grave ameaça à pessoa. No crime de roubo simples, art.157 caput do CP a pena é 4 a dez anos de multa. O roubo com concurso de pessoas na forma do art.157 §2º inc. II do CP o legislador aplicou a causa de aumento de pena de 1/3 a até 1/2 da pena. Há evidente desproporcionalidade na repressão penal desses crimes.

³⁷ Portaria do Ministério da Fazenda nº 75 Art.º 1 - I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

³⁸ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros. 2008.p.88.

Conclui-se que o legislador não observou, na formulação da norma, a ideal valoração proporcional da aplicação da pena. O crime de furto, “subtração de coisa alheia móvel sem violência”, cometido mediante concurso de pessoas tem a sua pena dobrada. É mais grave do que o roubo cometido por concurso de agentes ao ponto de se dobrar a pena mínima e máxima. Nesse contexto, de forma diversa, no crime de roubo, subtração de coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça, apenas aumenta-se a pena de 1/3 a 1/2 da pena.

Na prática, buscou-se aplicar causa de aumento de pena do roubo no art.157, §2º, II do CP no caso de furto qualificado na forma do art. art.155 §4º inc. IV do CP. Essa tese foi prontamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O STJ editou a súmula com verbete de nº 422³⁹ que consubstanciou o entendimento que é inadmissível aplicar ao furto qualificado, pelo concurso de agentes a majorante de roubo⁴⁰ tendo em vista que o furto qualificado (art.155, §4º, IV do CP) tem regramento próprio, ou seja, disposição legal própria. No AgRg no REsp 1094905 / RS teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura⁴¹ fundamentou a inaplicabilidade pela regramento próprio. Por essa razão, afasta-se a aplicação da analogia.

Nesse sentido, a doutrina do Prof. Rogério Sanches Cunha⁴² entende que a questão tona-se interessante ao observar a desproporcionalidade criada pelo legislador ao qualificar a pena de crime de furto, no caso de concursos de agentes, de forma mais drástica do que a de roubo, em idêntica situação fática. No furto dobra-se a reprimenda básica passando de 1 a 4 anos para 2 a 8 anos. Já no roubo que é crime mais grave, aumenta-se a pena de 1/3 a 1/2.

³⁹ Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça STJ Súmula nº 442 - 28/04/2010 - DJe 13/05/2010 “É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo”.

⁴⁰ Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106223 Relator: Ministro Felix Fischer.; Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. REsp 737991 Relator: Jorge Scartezzini- Quarta Turma. Disponível em (www.STJ.gov.br.)

⁴¹ Nesse sentido, BRASIL: Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 1094905 / RS. Relator: Min.Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. Disponível em (www.STJ.gov.br.) . Acessado 08 de agosto de 2013.

⁴²CUNHA. Rogério Sanchez. *Curso de Direito Penal Parte especial-* V. único. Bahia: *Juspodium*. 2012. p. 258.

Diante do quadro que se estala, alguns por questão de equidade, desconsideram a qualificadora de furto, aplicam a à hipótese, o patamar de aumento previsto no roubo. Isto é, no caso de furto qualificado pelo concurso de agentes, ao invés de dobrar a pena básica, preferem aumentá-la de 1/3 a 1/2. Na análise do autor, ainda que pese o esforço por justiça os tribunais superiores tem negado o contorcionismo como se percebe na aplicação da súmula 422 do STJ.

Entende-se que não há razão para o tratamento desproporcional. O argumento do STF e STJ é que existe regramento próprio, ou seja, previsão legal expressa. Por isso aplica-se a tese da superabilidade da norma expressa e afasta-se a disposição da qualificadora do art. 155 §4º, IV do CP pelo fundamento da proporcionalidade e razoabilidade. Aplica-se a disposição no furto com concurso de agentes na forma do art.157 §2º inc. II do CP por analogia. O princípio da derrotabilidade permite a superabilidade da norma expressa.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, a aplicação teoria da *defensability* pelo magistrado visa a estabelecer argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão da sentença. Justifica-se a derrotabilidade da norma para aplicação direta dos princípios constitucionais além dos conceitos de dignidade da pessoa humana, justiça, boa-fé, legítima expectativa, proporcionalidade, razoabilidade, humanidade e individualização da pena dentre outros. Pela exceção que pode ser apresentada no caso concreto, é possível realizar o afastamento da regra expressa para estabelecer a função judicante com Justiça. A superação da norma geral é aplicada excepcionalmente, pois o legislador não tem como prever todas as hipóteses em abstrato. Nesse sentido, preenchidos os requisitos materiais e formais é possível aplicação da teoria da derrotabilidade. Como exposto, a título de exemplo, pelo fundamento do princípio da isonomia art.5º da CRFB/88, não é justo e proporcional em relação aos crimes

de colarinho branco, crimes contra ordem tributária, aplicar o princípio da insignificância para valores até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e deixa-lo de aplicar pelo critério econômico aos crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça quando o indivíduo é primário e/ou tem bons antecedentes. Fere-se frontalmente a isonomia e a proporcionalidade deixar de exercer a persecução penal em relação aos crimes que afetam a indisponibilidade do interesse público e encarcerar o autor de crime contra o patrimônio sem violência por valores muito inferiores ao estabelecidos aos crimes contra ordem tributária. A não persecução destes afeta diretamente a arrecadação de tributos e fomenta pela via reflexa a sonegação de tributos em nosso país. As demandas do estado são inúmeras e não pode deixar de arrecadar por privilegiar determinada camada social.

Nesse contexto, entende-se que a depender do caso concreto, pode o magistrado aplicar aos crimes contra o patrimônio sem violência o princípio da insignificância quando o objeto material for de valor inferior ao de R\$10.000,00 (dez mil reais) tendo em vista que o patrimônio é particular e bem é disponível com fundamento no princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Em relação ainda aos crimes contra o patrimônio, em razão da disposição legal expressa, o art.155 do CP estabelece o furto simples com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. No furto qualificado na forma do art.155 §4º do CP, o legislador dobrou a reprimenda ao crime de furto para pena reclusão de 2 a 8 anos. Esse é um crime de mera subtração de coisa alheia móvel. Não há violência ou grave ameaça à pessoa. No crime de roubo simples, art.157 caput do CP a pena é 4 a 10 anos e multa. O roubo com concurso de pessoas na forma do art.157 §2º inc. II do CP o legislador aplicou a causa de aumento de pena de 1/3 a até 1/2 da pena. Há evidente desproporcionalidade na repressão penal desses crimes. O crime mais gravoso tem reprimenda maior ao ser cometido em concurso de agentes.

Dessa forma em função do princípio da proporcionalidade, pode-se aplicar o princípio da derrotabilidade, a depender do caso concreto, afastar a causa de aumento de furto e aplicar a causa de aumento de pena do roubo no caso do furto qualificado pelo concurso de agentes. É aplicação da justiça e do princípio da proporcionalidade.

É importante consignar que estabelecer argumentos jurídicos para fundamentar a justificativa da aplicação da teoria da *defensability* na demanda apresentada ao magistrado. Avaliar quando é possível a sua aplicação prática é função primordial do magistrado. Não há como o legislador prever todas as hipóteses na lei. Às vezes a situação fática não corresponde de forma ideal ao modelo legal estabelecido pelo legislador ou até mesmo é omissivo.

Nesse sentido, pode-se concluir que a *teoria da defensability* quando aplicada no direito penal é também desdobramento do princípio da individualização da pena estabelecida pelo Poder Judiciário na fase judicial. É evidentemente e compatível aplicação excepcional da teoria da *defensability* em relação com o princípio da segurança jurídica mediante as circunstâncias peculiares do caso concreto.

Por vezes a aplicação da lei penal não se enquadra de forma justa com a demanda apresentada ao magistrado. Nos exemplos acima mencionados não é justo nos crimes contra o patrimônio sem violência o réu seja inserido no sistema prisional, os denominados “ladrões de galinha”, que furtam bens com valores ínfimos e criminosos do colarinho branco sonégarem quantias até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e se aplicar o princípio da insignificância. Para esses ainda se tem a opção de pagar o tributo nos valores acima dos mencionados e ter a oportunidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

Não se pode ferir frontalmente o princípio da isonomia estabelecido no art.5º da CRFB. Encarcera-se o ladrão de galinha que furta bens com valor econômico baixo, bens disponíveis e particulares. Por outro lado, o sistema jurídico estabelece vias para aplicação do

princípio da insignificância dos valores até R\$10.000,00(dez mil reais) e ainda tem-se a opção da extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo.

Dessa forma, nesse caso de análise comparativa entre crimes contra o patrimônio sem violência e crimes do colarinho branco a teoria da derrotabilidade pode ser aplicada pelo fundamento do princípio da isonomia do art.5º da CRFB/88. Deve-se dispor tratamento igualitário com aplicação isonômica das regras de direito penal e direito processual penal. Sugere-se a aplicação para os crimes contra o patrimônio sem violência, mediante a avaliação do caso concreto, dos institutos e valores dispensados as crimes contra o colarinho branco. Aplicação do princípio da insignificância de valores até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e extinção da punibilidade por devolução ou pagamento do valor equivalente que recai sobre o objeto material. Esses bens são disponíveis e particulares. Não são objeto da indisponibilidade do interesse publico do erário. Não há razões lógicas e jurídicas para a manutenção da desigualdade de tratamento em relação às condutas criminosas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros. 2008.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. Disponível em: <http://bit.ly/4xYKgK>. Acessado em 10 de agosto de 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio constitucional do Brasil)*. Disponível:/<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acessado em: 08 de agosto de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgibin/upload/texto853.pdf>. Acessado em 10 de agosto de 2013.

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

Carsten Bäcker. Regras, princípios e derrotabilidade. *Rules, principles and defeasibility* Publicado originalmente em inglês sob o título “Rules, principles and defeasibility” em *On*

the nature of legal principles. Proceedings of the Special Workshop “The Principle Theory”. 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007. In: BOROWSKI, Martin. In: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*. Suplemento 119, Franz Steiner/ Nomos, Stuttgart, p. 79-91, 2010. Tradução para o português de Tiago Lopes Mosci. Revisão técnica de Alexandre Trivisonno. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf> . Acessado em 08 de agosto de 2013.

CUNHA, Rogerio Sanchez. *Curso de Direito Penal Parte especial- V. único*. Bahia: Juspodium.2012.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *DE JURE* – Revista do Ministério Público de Minas Gerais. P.145 Disponível: <http://pt.scribd.com/doc/58066596/Revista-Juridica-De-Jure-16>. Acessado em 10 de agosto de 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racio-nalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Curitiba: UFPR, 2009.