

# A TEORIA DO GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Rodrigo Fernando NOVELLI<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo tem por objetivo destacar o princípio da legalidade na visão da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, teoria esta que tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, protegendo assim, a liberdade do cidadão, esta com fundamentação no pensamento iluminista. Necessário se fez apresentar, também, a forma como o Direito é corporificado em nosso sistema normativo, salientando aqui, o poder dos princípios como regras, e a sua predominância sobre a lei, tanto ao legislador, quando ao aplicador do Direito, em especial o princípio da legalidade, que tem previsão tanto na Constituição Federal, com status de cláusula pétreia, quanto no artigo 1º do Código Penal, o que evidencia, por si só, a sua importância e aplicação básica tanto no poder legislativo como no próprio judiciário, servindo como um meio para a aplicação da teoria garantista.

**Palavras-Chave:** Garantismo Penal; Princípio, Legalidade

**Abstract:** *This research aims to ascertain the views of the theory of criminal guaranteeism developed by Luigi Ferrajoli on the principle of legality. The theory of criminal guaranteeism aims to limit the punitive power state, reducing to a minimum, thereby protecting the freedom of citizens. Reduces the maximum power punitive state and maximizes the freedoms of individuals. Notably, this theory has its basis in Enlightenment Thoughts. We also highlight how the Law is embodied in our regulatory system, especially here, the power of the principles and rules, and its predominance over the laws, both to the legislator and to the rights enforcer. In particular we analyze*

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito – Instituição Toledo de Ensino de Bauri – SP (2005). Pós-graduação: Especialização em Direito Constitucional – IDP – Instituto de Direito Público de Brasília/DF e UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor de disciplinas relacionadas ao Direito Penal, desde 2007, junto à FURB – Universidade Regional de Blumenau e outras instituições. Mestrando em Ciências Jurídicas – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: rodrigo@novelli.adv.br – Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do?sessionId=4F27BB43BA94376C928D334BE4D652F.node7>

*the principle of legality. The principle of legality is presented in the Federal Constitution with the status of entrenchment clause, as well; it has strategic foresight in the 1st Article of the Penal Code. This reinforces, by itself, its basic importance and basic application both in legislative power and in the judiciary itself, serving as a mean for the application of the Garantism Theory.*

**Keywords:** *Criminal Guaranteism; Principle, Legality*

## **1. CONCEITUANDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL**

Ao iniciarmos o presente artigo científico, procuramos conceituar o significado da teoria do garantismo penal elaborada pelo Professor Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo, e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade.

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado *Direito e Razão*, onde Ferrajoli apresenta e explica sua teoria. E na falta de um conceito de Garantismo Penal, o autor traz três significados distintos.

De acordo com o primeiro significado:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente<sup>2</sup>.

Assim, o Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Ao analisarmos o segundo significado, este ocorre sob o enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2010, p. 785-786.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas<sup>3</sup>.

Esse significado é na realidade uma visão crítica do ordenamento que, na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa. Explicando este significado de garantismo proposto por Ferrajoli, Sergio Cademartori assinala que o garantismo detém indiscutivelmente contornos próprios, apesar de poder ser enquadrável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”<sup>4</sup>.

Para o terceiro significado de garantismo penal, Ferrajoli traz a base, frente à filosofia do direito e crítica da política.

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo<sup>5</sup>.

Diferentemente dos significados antes abordados, este terceiro significado não traz uma visão interna da teoria, mas sim obrigatoriamente externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de análise, mas agora através de uma perspectiva externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica, laica, pautada na finalidade da teoria garantista.

---

<sup>3</sup> *Idem*, p. 786.

<sup>4</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. 2006, p. 103.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 787.

Uma vez apresentados os significados elaborados acima, poderemos compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo penal como uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal.

Serve então a teoria do garantismo penal, como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como *ultima ratio*. Uma dessas limitações que sofre o poder punitivo estatal está na forma como o Direito é corporificado em nosso sistema normativo.

Verificando que Ferrajoli, ao embasar sua teoria do garantismo penal, decidiu orientar-se por 10 axiomas, dentre estes, está inserido o princípio da legalidade, servindo como uma regra fundamental do jogo.

É cediço que o Direito em nosso país é positivista, traduzido em nosso ordenamento jurídico através de leis e princípios reguladores da vida em sociedade. Dentre as espécies de normas, destacamos neste momento os princípios reguladores do Direito, notadamente do Direito Penal, e em especial o princípio da legalidade sob a análise da teoria do garantismo penal.

## 2. O PODER DOS PRINCÍPIOS

Para tratarmos do poder dos princípios, primeiramente necessitamos conceituar o direito e ressaltar do que o mesmo é composto.

Oswaldo Ferreira de Melo discorre: “O Direito, de fato, exerce um forte papel controlador por vários meios. Um deles é pela sua capacidade intrínseca de decidir conflitos [...]. Outra forma habitual de controle é pela prescrição de condutas [...]”<sup>6</sup>.

O Direito é composto por regras e princípios e o Direito é aplicado segundo as suas normas, sendo o que, Eros Grau assim preleciona: “Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito”<sup>7</sup>.

Poderíamos tecer comentários sobre a distinção entre princípios explícitos e implícitos, contudo, vamos nos restringir à certeza de que, não importando se expressos, ou decorrentes de uma interpretação teleológica, os princípios constituem norma jurídica para todos os efeitos.

Como vimos, o Direito não é composto unicamente por regras, mas também por princípios. Estas fontes normativas devem ser utilizadas na operação do Direito, de forma harmoniosa, buscando sempre a completude do ordenamento.

---

<sup>6</sup> MELO, Oswaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. 1994, p. 94.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2005, p. 49.

Como muito bem é acentuado na obra de Zagrebelsky (1995), não se pode mais admitir que as constituições sejam rígidas em seus valores e princípios e, tanto estes quanto aqueles, devem conviver em harmonia, visto que não é possível acolher, até mesmo conceitos absolutos. Uns têm que ter vida junto aos outros<sup>8</sup>.

Robert Alexy ao tratar dos direitos fundamentais, traz o modelo de princípios como uma forma de atuação do direito.

Entre os princípios relevantes para decisões de direito fundamental não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados, sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles<sup>9</sup>. (ALEXY, 2011, p. 136)

A relevância constitucional dos princípios é tal que Eros Grau não nos deixa dúvidas.

A importância dos princípios é enorme. Tamanha, que da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios, como veremos mais adiante<sup>10</sup>.

No mesmo norte, Alexy exalta que “sempre que falarmos em um direito fundamental subjetivo, implicitamente, no mínimo, estaremos diante de um princípio fundamental<sup>11</sup>.”

Do sistema normativo hoje existente no Brasil, e principalmente no Estado Democrático de Direito, podemos ressaltar que a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico, devendo todas as demais espécies legislativas submeter-se a esta. Existe aqui uma hierarquia de normas sendo que a Constituição está no ápice<sup>12</sup>.

Alberto Lima esclarece o poder, e, ainda, a predominância dos princípios constitucionais sobre as demais regras, seja da constituição, seja do sistema legal.

Todavia, entre as normas constitucionais, podemos afirmar, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição, havendo uma superioridade deles em face

---

<sup>8</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. 1995.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2011, p. 136.

<sup>10</sup> GRAU, *op.cit.*, p. 158.

<sup>11</sup> ALEXY, *op.cit.*, p. 136.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 1995, p. 224.

das regras. É que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada. Mas a hierarquia, aqui, é tomada axiologicamente. Por veicularem valores jurídicos mais importantes, os princípios são normas que ocupam posições privilegiadas na Constituição<sup>13</sup>.

Ainda para corroborar o apresentado acima, atuando os princípios como fonte normativa, e quando inseridos na Constituição Federal, detêm predominância às normas, Eros Grau ao comentar um entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, assinala:

A respeito deles, observa Celso Antônio Bandeira de Mello [2004:841-842]: “*Princípio* – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>14</sup>”.

Verificado, então, a posição dos princípios junto ao ordenamento, tidos como fonte normativa, têm estes a função de servir como viga mestra do sistema normativo estatal, e, ainda, diante do poder hierárquico dos princípios, atuar como legitimador das normas derivadas, servindo a função prevista na teoria do garantismo penal.

Norberto Bobbio descreveu o garantismo, logo no prefácio da primeira edição italiana do livro *Direito e Razão*, como sendo: “[...] sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder<sup>15</sup>”

Verifica-se que a teoria do garantismo penal não atuará junto ao direito, através de regras taxativas, mas sim, através de um instrumento idealizado de todo o ordenamento: os princípios. Em especial, como modelo de limitação do poder *jus puniendi* estatal, o princípio da legalidade é a ferramenta do garantismo penal.

### **3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SEGUNDO O GARANTISMO**

Não há consenso a respeito da origem do princípio da legalidade, porém a doutrina apresenta duas suposições da origem e de início de aplicação desta garantia do cidadão que perdura até os dias de hoje.

---

<sup>13</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais*. 2012, p. 53-54.

<sup>14</sup> GRAU, *op.cit.*, p. 158.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2010, p. 7.

A primeira, apresentada por Nelson Hungria, vincula-se às *questiones perpetuae* e a *ordo judiciorum publicorum*.

O surgimento das *questiones perpetuae*, instituídas no tempo de Silla, e a vigência da *ordo judiciorum publicorum* a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *lege Corneliae e Juliae*<sup>16</sup>.

A segunda, como apresenta Maurício Antônio Ribeiro Lopes, vincula a origem do princípio da legalidade a Inglaterra, quando da alteração do Estado absolutista para o Estado de Direito, e, em 1215, foi formalizado o artigo 39 da *Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem Terra pelos barões ingleses<sup>17</sup>.

A falta de uma precisão da origem do princípio da legalidade não diminui a sua importância e necessidade de utilização como fundamento para os ordenamentos penais.

O princípio da legalidade está inserido no sistema penal brasileiro, no Código Penal, logo em seu artigo inaugural (Artigo 1º do Código Penal), bem como junto à Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXIX:

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal<sup>18</sup>” é a redação do princípio da legalidade nos dois diplomas acima referidos, sendo tratado pela Constituição Federal como um direito fundamental, e protegido como cláusula pétrea.

A teoria do garantismo penal condiciona o princípio da legalidade, como sendo um dos seus 10 axiomas “– *nullum crimen sine lege* – constituindo assim, um modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal<sup>19</sup>.”

Ferrajoli divide o princípio da legalidade sob duas óticas, quais sejam: princípio da legalidade ampla e princípio da legalidade estrita.

O princípio da legalidade ampla, “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal<sup>20</sup>” E o princípio da estrita legalidade “como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados<sup>21</sup>”.

---

<sup>16</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1977, p. 35-36.

<sup>17</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. 1994, p. 17.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 91.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 348.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 348.

Verifica-se, aqui, uma clara distinção da divisão do princípio da legalidade. A primeira é dirigida ao juiz, ao aplicador da lei, já, a segunda é destinada ao legislador que deve pautar o seu poder legiferante sob a ótica garantista.

Podemos ainda diferenciar os princípios da legalidade ampla e estrita. O primeiro como uma forma de enunciar as condições de existência e vigência da lei penal, figurando assim, como um princípio geral de direito público e o segundo, como uma condição de validade da lei, a taxatividade dos conteúdos e a aplicação.

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido.

[...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas<sup>22</sup>. (FERRAJOLI, 2010, p. 40)

Ainda assim, o princípio da legalidade traz uma garantia estrutural das leis penais, “sendo o que diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei<sup>23</sup>.”

Com efeito, no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio da mera e o da estrita legalidade<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 349.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 350.

Ferrajoli relaciona ao princípio da legalidade, seja em relação à legalidade ampla ou estrita, outras duas garantias mais específicas, objetivando a busca do que ele chama de “certeza do direito penal mínimo<sup>25</sup>”.

O primeiro deles é a garantia da irretroatividade das leis penais, relacionado aqui com a ampla legalidade.

Ou seja, a lei penal deve ser aplicada para o futuro, não podendo reger condutas humanas criminosas em data anterior a sua vigência e validade, sendo um corolário da mera legalidade – *nullum crimen sine praevia lege poenali*.

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova<sup>26</sup>.

A outra garantia derivada do princípio da legalidade é a proibição da utilização da analogia em norma penal.

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada<sup>27</sup>”.

Contudo, a aplicação da analogia não fere o princípio de estrita legalidade caso a analogia não traga qualquer prejuízo ao acusado em um processo criminal. Se porventura a analogia ocorrer em benefício do suposto criminoso – analogia *in bonam partem*, não há qualquer prejuízo ao princípio em comento a sua aplicação.

Podemos sintetizar que a utilização da analogia, em regra é inadmissível frente ao princípio de estrita legalidade, contudo comporta exceção caso a analogia venha em benefício do acusado, havendo uma permissão garantista.

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 351.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 351.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 351.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao conceituarmos a teoria do garantismo penal, fica claro, principalmente diante do contexto histórico de sua origem, que a sua função é o cuidado com o poder punitivo estatal.

Sabemos que o *jus puniendi* é exclusivamente estatal, sendo vedada a utilização da própria força na produção e condução da justiça. A teoria do garantismo penal, neste ponto, orienta a forma e limites da punição estatal, tendo sempre como prevalência a liberdade do indivíduo. O garantismo não pode ser imposto, conquanto trata-se de uma teoria, mas verifica-se que a sua aplicação, inclusive no Brasil, detém fortíssima consistência constitucional.

Tanto é evidente e a sua aplicação no Direito Penal brasileiro, que um axioma garantista, qual seja, o princípio da legalidade está previsto expressamente em nosso ordenamento.

Tamanha a sua importância para o sistema penal, e ainda de proteção ao cidadão frente ao poder punitivo estatal que há previsão do princípio da legalidade tanto no Código Penal em seu artigo 1º, bem como a mesma redação é apresentada na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXIX.

Importante esclarecer o porquê da repetição no texto constitucional do princípio da legalidade. Apresenta-se o Código Penal como uma lei ordinária, havendo a possibilidade de através de uma simples sucessão de leis, extirparem do mundo jurídico esse importante princípio limitador do direito de punir. Com a sua imposição também na Carta Magna, a supressão deste importante princípio torna-se impossível sem que haja uma revolução.

A impossibilidade de supressão do princípio da legalidade do ordenamento jurídico é assegurada por figurar o artigo 5º da Constituição como uma cláusula pétrea, conforme determina o artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Resta claro que o princípio da legalidade, seja pela ótica de tratamento dado pelo constituinte originário no Brasil, seja pela teoria do garantismo penal, é elemento nuclear de toda norma penal, para que possamos considerá-la válida, vigente, eficaz e constitucional.

Serve o princípio da legalidade, que uma lei penal só possa ser criada quando estritamente necessário, e ainda mais, determina que o julgador só pode aplicar o Direito quando expressamente previsto na legislação penal, servindo o princípio em comento como um freio garantidor do cidadão contra abusos por parte do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o.htm>> Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Decreto-lei no. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: jul. 2012.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional*: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Ley, derechos y justicia. Trad.: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

**Recebido em:** 12/03/2014

**Aceito em:** 15/07/2014