

ATIVISMO JUDICIAL PENAL E A MOLDURA NORMATIVA: DA OBRIGATORIEDADE DAS FILMAGENS POLICIAIS NO HABEAS CORPUS 598.051/SP (STJ)

CRIMINAL JUDICIAL ACTIVISM AND THE REGULATORY FRAMEWORK: THE MANDATORYITY OF POLICE FILMING IN HABEAS CORPUS 598.051/SP (STJ)

Thiago André Silva Gonçalves¹
Lidia Maria Ribas²

Resumo: Este artigo, por meio do método hipotético-dedutivo, procura estudar os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. 598.051, com destaque para a obrigatoriedade contida no voto do relator, ministro Rogério Schietti Cruz, consistente na fixação do prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, a fim de que se possibilite a filmagem das operações, como forma de validar o consentimento do morador. Ao final, após a refutação das razões levantadas no julgamento, conclui-se que o episódio pode ser classificado como ativista, na medida em que os argumentos utilizados pelo ministro extrapolam os limites processuais e materiais, incidindo em uma jurisdição que pretende ocupar espaço reservado à política criminal dos Estados e da União.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Moldura Normativa. Filmagens.

Abstract: This article, through the hypothetical-deductive method, seeks to study those used by the Superior Court of Justice not judged by Habeas Corpus n. 598,051, highlighting the mandatory establishment in the vote of the rapporteur, Rogério Schietti Cruz, so that within the last year the police equipment, in order to film the operations, a way of validating the resident's consent. In the end, after refuting the reasons raised for not deciding, it is concluded that the episode can be framed as an activist, insofar as the arguments presented by the minister extrapolate the processes and materials, betting on an area that intends to be reserved for criminal policy. of the States and the Union.

Keywords: Judicial activism. Normative Framework. Footage.

Recebido em: 14/08/2022
Aceito para publicação em: 04/11/2022

¹ Pós-Graduado em Direitos Humanos na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Analista Jurídico do Ministério Público Estadual do Estado de São Paulo. Cursando mestrado em Direitos Humanos na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), unidade de Campo Grande.

² Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Líder do Grupo de Pesquisas Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável e pesquisadora no Grupo de Pesquisas -Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional, ambos do CNPq. Membro da ABDT, da ADPMS, da ABDI e do CEDIS/UNL.

1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), recentemente, determinou aos agentes policiais, caso necessitem adentrar em uma residência - sem mandado judicial - para averiguar a ocorrência de crime, devem registrar a autorização do habitador em vídeo e áudio, como forma de validação do seu consentimento, sem que exista qualquer espaço para dúvidas acerca de eventual ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio.

Ao final, o colegiado estabeleceu o prazo de 01 (um) ano para que ocorresse o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a “adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal” (HC nº 598.051 - SP 2020/0176244-9).

Partindo do voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a Sexta Turma concedeu *habeas corpus* para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma residência e absolver um homem condenado por tráfico de drogas.

In casu, os policiais alegaram ter tido autorização do morador para o ingresso na residência— *onde foi localizado aproximadamente cem gramas de maconha* —, porém o acusado relatou, em virtude de constrangimento por parte dos policiais, que não teve como se opor.

De seu turno, a decisão do STJ foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (RE n. 1.342.077/SP), ocasião em que o ministro Alexandre de Moraes, anulou o acórdão “tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação”.

De início, o trabalho irá apresentar elementos para compreensão do tema, definindo o que é o ativismo judicial, a partir da análise elaborada e situada epistemologicamente na *crítica hermenêutica do direito (CHD)* elaborada por Lenio Luiz Streck.

Nesse passo, a partir deste marco teórico, o presente artigo busca compreender se a ideia de ativismo está relacionada à tese de que a decisão judicial é um “ato de vontade do juiz”, investigando os conceitos de *solipsismo* e *voluntarismo*.

Em sequência, pretende-se estudar se a decisão em escólio possui relação com o modo de pensar (positivismo normativista) kelseniano, em especial com a denominada a *interpretação autêntica*, ou seja, aquela realizada pelo indivíduo responsável por aplicar a norma.

Por fim, a partir da *crítica hermenêutica do direito* e adequando o caso à dimensão normativa Constituição da República Federativa de 1988, avalia-se a decisão do STJ – *em especial os fundamentos do ministro Rogério Schietti* – pode ou não ser classificada como espécie de “ativismo judicial”.

2 O CASO DO HC N° 598.051

O julgamento do remédio constitucional narrava que policiais militares receberam uma denúncia a respeito de suposto tráfico de drogas. Outrossim, de acordo com a Polícia Militar (PM), o suposto noticiante havia descrito as características físicas do possível traficante.

Em ronda ao local onde o autor do crime poderia ser encontrado, um dos policiais, segundo informações dos autos, avistou o suposto traficante, cujas características coincidiam com a descrição do noticiante. Toda

Todavia, o suposto criminoso “tentou mudar de caminho quando avistou a viatura, mas que conseguiram abordá-lo e que não foi encontrado nenhum entorpecente em sua posse” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p.

57). Na sequência, os policiais indagaram ao sujeito sobre o seu endereço residencial, ocasião na qual este teria guiado os agentes estatais até à sua respectiva residência.

Em seguida, “[os policiais] entraram em sua casa, franqueada por ele e encontraram a droga [...]. As drogas estavam numa pochete no armário da cozinha. Não estava escondida. Era apenas porção de maconha, em pedaços (fls. 21)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Não havia nos autos nenhuma referência à existência de prévia investigação policial para verificação mínima da veracidade da notícia crime anônima, bem como não havia “averiguação de denúncia robusta e tampouco houve o acompanhamento da chamada “testemunha do povo”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Na sequência, o ministro Rogério Schietti pontua, que:

Nesse quadro, soa inverossímil a versão policial, ao narrar que o paciente teria mostrado onde residia – mesmo nada sendo encontrado em seu poder – e que teria franqueado a entrada em seu domicílio. Ora, um mínimo de vivência e bom senso sugerem a falta de credibilidade de tal versão. **Será mesmo que uma pessoa sobre quem recai a suspeita de traficar drogas irá franquear a entrada na residência, onde está a droga escondida?** A troco de que faria isso? Se de um lado se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal. Saliento que, em juízo, o paciente negou a ocorrência dos fatos da maneira descrita pelos policiais, ao relatar que, “estava em sua casa domingo”, “Era usuário de maconha” e que “Os policiais invadiram sua casa e encontraram a pochete de maconha” (fl. 21). Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos – ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). **Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador. Não houve, para tanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda**

e especialmente, por registro de áudio-vídeo. Tenho, assim, que a descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do paciente, em violação a norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal, apoiada exclusivamente nessa diligência policial (Sem grifos no original).

Diante do contexto fático apresentado, o STJ declarou a nulidade das provas produzidas com base no que dispõe o artigo art. 5º incisos XI e LVI, ambos da Constituição Federal, porquanto tenha ocorrido violação ao domicílio do paciente, uma vez que não houve *situação de flagrante delito*, bem como *não houve consentimento do morador*. Sendo assim, as provas obtidas por meio da medida invasiva foram consideradas ilícitas e todas as que delas decorreram.

Nesta altura, é importante registrar que até certa medida, a decisão do STJ é irretocável, isto é, diante dos fatos constitutivos apresentados, é evidente que prova produzida foi ilegal.

O *busílis* não é este, mas, sim, os avanços interpretativos pretendidos pelo ministro ao determinar que os procedimentos policiais, a partir do julgamento, fossem obrigatoriamente gravados.

3 O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

O tema do ativismo judicial sempre foi objeto de intenso debate na doutrina nacional e internacional. No Brasil, a questão assume novos contornos, de modo que é preciso situar o debate na perspectiva nacional, compreendendo o que se entende por ativismo na doutrina e na prática judicial brasileira.

Importante pontuar, que embora este não seja o objeto deste trabalho, é possível raciocinar que a partir de 2018³, o ativismo judicial não deve (e não pode)

³ Em verdade, em termos de crise política, o ano de 2013 foi decisivo. Neste sentido, conferir: VIEIRA. Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019

ser mais analisado somente na perspectiva dogmática jurídica, mas principalmente da ciência política.

O ativismo judicial passou a ser pauta ideológica de determinados grupos, para enfrentar os avanços (ou supostos) do Supremo Tribunal Federal. Quando a questão deixa de ser meramente jurídica - se que é possível se falar em questão exclusivamente jurídica - o assunto ganha outras proporções, tendo em vista que o ativismo, invariavelmente, desemboca na disputa da legitimação ou na redução do Poder Judiciário.

Desse modo, a fim de se contrapor às decisões judiciais, determinados grupos utilizam-se do termo "ativismo judicial" de forma altamente retórica, para não se dizer simplista e rasa. A contenda assume, assim, um viés ideológico e de difícil controle, considerando que o nome "ativismo judicial" acabou por se popularizar no debate público, tornando-se cada vez mais complexo a sua definição (em termos de investigação jurídica).

Contudo, se para criticar determinadas decisões, que não atendem previamente aos interesses de determinados grupos políticos ou sociais, os "combatentes" do ativismo judicial, flertam com o autoritarismo; a questão caminha a passos largos para a disputa indecente de narrativas rasas (e perigosas).

Em outros termos, se para criticar o Supremo Tribunal Federal, o indivíduo lança mão de uma interpretação teatral (barata) de ser um veemente opositor do "ativismo judicial", mas, em contrapartida, se deita com o autoritarismo, como por exemplo, proferindo discursos conclamando o fechamento da Suprema Corte⁴, a pauta se assemelha a linha de Carl Schmitt (2007, p. 89), onde "(...) o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação".

Porém, conforme já dito, é preciso socorrer-se em alguma estrutura conceitual – *agora sim, limitando-se ao Direito*.

Julio Grostein (2019) em estudo descritivo e comparativo entre o ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, informa que no debate americano a ideia de

⁴ Neste sentido: ABBOUD. Georges. **Ativismo Judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT. 2022.

controle de constitucionalidade abarca a problemática do ativismo, onde alguns juristas americanos associam de forma direta a prática ativista com a ideia de controle de constitucionalidade.

No Brasil, com as ressalvas feitas acima, a expressão não está ligada necessariamente a esta ideia, devido a longa tradição brasileira acerca do controle de constitucionalidade, inclusive devidamente positivado na Constituição Federal e em diversas leis infraconstitucionais.

Desse modo, quanto ao direito brasileiro, o ativismo pode se manifestar por intermédio do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas não há uma relação de *causa* e *efeito*. Em verdade, existindo decisão judicial é possível ocorrer prática ativista.

Grostein (2019) também demonstra que, no Brasil, há pouco rigor técnico na definição (dogmática) do que vem a ser ativismo judicial, porém, identifica a possibilidade de três posturas dentro da doutrina nacional, sendo elas: (i) aberturas dos alcances "impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa" (2019, p. 53), (ii) "julgamento com base em proposições valorativas ou ideológicas do julgador" (2019, p. 53) e (iii) "criação judicial do direito" (2019, 54).

O referido autor acrescenta, ainda, que cada uma destas definições supracitadas, a depender do país em que serão analisadas, guardam algumas peculiaridades.

Porém, na perspectiva teórica abordada neste trabalho, ou seja, sob o parâmetro da crítica hermenêutica do direito⁵, quaisquer das categorizações descritas

⁵ Não cabe neste artigo definir detidamente todos os contornos que embasam a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Contudo, em linhas gerais, a CHD, procura romper com a hermenêutica jurídica tradicional, que em boa parte está solidificada nos pilares filosóficos da *metafísica clássica* e *filosofia da consciência*. Por meio da fenomenologia hermenêutica, Lenio Streck (2021, p.19), no livro *Hermenêutica Jurídica em Crise*, realiza uma fusão, pela qual "o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamar), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido". Aliado as essas ideias, Lenio Streck, também *retrabalha* com inúmeras ideias de Ronald Dworkin, na medida em que afirma ser possível distinguir boas e más decisões, visto que "juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam", conferindo uma "blindagem contra a discricionariedade (pode-se chamar isso

acima podem ser comprimidas, em maior ou menor grau, *à vontade do juiz em detrimento da legalidade*.

Como se verá no próximo tópico, a ideia de interpretação como “ato de vontade” (do magistrado), possui raízes filosóficas neokantianas, e na lógica da teoria do direito, está anexa ao positivismo normativista de Hans Kelsen.

Por tudo isso, o debate profícuo, a nosso ver, quando se fala em ativismo consiste em investigar o seguinte: interpretar é um ato de vontade do intérprete (juiz) ou a implicação de compreender as “constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição da melhor (ou correto) sentido para interpretação?” (TASSAINARI, 2013, p.56).

Conforme dito, na perspectiva epistemológica da crítica hermenêutica do direito e na fenomenologia hermenêutica, a postura ativista, relaciona-se a dois conceitos refletidos por Lenio Streck (2021), sendo eles: *solipsismo* e *voluntarismo*.

O solipsismo consiste numa postura filosófica, na qual o conhecimento é adquirido por meio da consciência do indivíduo (filosofia da consciência), onde “o sujeito que se basta a si próprio” (STRECK, 2021, p. 411), de modo que a subjetividade é o *meio* que possibilita a informação, ignorando o contexto histórico-social.

de segurança jurídica – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão da legitimidade” (2012, P. 352). Importante pontuar, que a maior parte dos autores (Clarissa Tassainari, Rafael Thomaz e Georges Abboud) referenciados neste artigo, de uma forma ou de outra, estão ligados a CHD. Para uma visão integral sobre a CHD, ver: STRECK. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

A vontade ostenta a postura de “*ser-o-tudo*”⁶. Transplantando esse modo de pensar para o Direito, Lenio Streck afirma que:

No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma explícita, **quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente** (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou consciência (STRECK, 2021, p. 412). (Sem grifos no original).

O voluntarismo, de seu turno, está diretamente relacionado ao solipsismo, uma vez que o Direito, será aquilo que os *juízes dizem que é*, reduzindo o fenômeno da norma – produzida democraticamente – para um ato de poder. (STRECK, 2013)

Por oportuno, ativismo judicial, como o próprio nome sugere, ocorre quando o magistrado, ultrapassa os limites semânticos, e “ativa” suas convicções pessoais (solipsismo), reduzindo o Direito em um ato de poder (voluntarismo).

Desta forma, falar em ativismo judicial, é falar em “(...) teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito” (TASSINARI, 2013, p. 56).

Georges Abboud (2022, p. 75) explica que o ativismo judicial, pode ser avaliado do ponto de vista *micro* e *macro*. No primeiro caso, há suspensão da legalidade como ato decisório e no segundo caso, advém o “agigantamento” do poder judiciário em face dos outros poderes, sem qualquer respaldo.

⁶É possível enxergar este *modo de pensar* em alguns filósofos, onde a *interpretação* deságua no *relativismo*, ou seja, a interpretação seria apenas “um ponto de vista” de que (sujeito) interpreta. Foi neste sentido que o filósofo alemão Friedrich Nietzsche afirmou que “**não há fatos, apenas interpretações**”. Friedrich Nietzsche acaba por reduzir *a questão da verdade* e da *moral* apenas ao *ato de vontade do ser humano*. Este modo de pensar irá compor toda sua *estrutura filosófica*, como por exemplo, nas seguintes passagens de diferentes livros: “Nós, nós somente, inventamos as causas, as sucessões, a relatividade, a necessidade, o número, a lei, a liberdade, o motivo, o fim; e se misturamos às coisas reais este mundo de signos como “em si”, continuamos fazendo mitologia; como sempre fizemos. **A vontade determinada é mitologia; na vida real existem apenas vontades débeis**” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro – Trad. Mário Ferreira dos Santos. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013, p. 33) e “**não há fatos eternos, assim como não há verdades absolutas**” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Humano, Demasiado Humano. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras. 2014, p. 78).

Abboud conclui que, por meio da discricionariedade judicial, o ativismo se legitima, uma vez que há a “utilização das convicções pessoais do julgador, em detrimento das fontes normativas” (ABBOUD. 2022, p. 75-76).

Infere-se, portanto, a partir das reflexões e conceitos acima trabalhados, que o teor da decisão do STJ, notadamente o voto do ministro Rogério Schetti, amolda-se, como melhor se verá adiante, à *vontade (do juiz)* de ver *projetado* na norma, aquilo que se *acredita* ser o mais correto.

4 ATIVISMO E A SUPOSTA MOLDURA NORMATIVA

Preceitua o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que a *casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

Em seu voto, o ministro Rogério Schitti pontua que se a situação não indicar situação de flagrância e demais exceções constitucionais, é preciso – *como afirma a primeira parte do inciso* – o consentimento do morador. Na sequência, relembra casos julgados nos Estados Unidos e na França, sobre a forma como pode ocorrer este consentimento.

Na sequência, invocando a jurisprudência (súmula vinculante nº 11 e RE nº 603.616) do Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro fundamenta que, até mesmo nos casos em que há necessidade de se algemar um indivíduo, a autoridade policial deve observar alguma formalidade, quem dirá nos casos de ingresso na residência do cidadão.

Não se olvida ser fundamental a adoção de alguma formalidade e, como bem apontou o ministro, “tal providência, aliás, já é determinada pelo artigo 245, §7º do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial (...)”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Na sequência conclui:

(...) 7.1. Ante a **ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio**, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), **seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar (...)** 8. Ao Poder Judiciário, **ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema**, cabe responder, **na moldura do Direito**, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares. 8.1. As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para **“enriquecer o estoque das regras jurídicas” (...)** 13. **Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal”**. (Sem grifos no original)

Observa-se que, neste trecho, o ministro realizou um “salto hermenêutico”, para impor *sua visão* (solipsismo) do que é mais correto em termos de *política criminal* para a segurança pública.

Imperiosa a abertura de um pequeno parêntese, não se pretende discutir, aqui, as disparidades travadas na doutrina penalista e criminológica sob o conceito do que viria a ser “política criminal” e qual sua relação com a dogmática penal.⁷

Segundo Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 117), a política criminal é a ciência ou a “arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.” Não obstante, como é cediço, os valores

⁷ Neste sentido, destacamos: ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2002.

mencionados devem ser selecionados pelo legislador ou até mesmo pelo executivo – e não pelo judiciário.

Percebe-se que o próprio ministro, diante dos recursos disponíveis na legislação e na tradição da jurisprudência do STF, concordou que, embora inexista uma formalidade exclusiva sobre a forma de colher o consentimento do morador, há um regulamento prévio - ainda que no viés do recurso analógico - no Supremo Tribunal Federal e no próprio Código de Processo Penal.

Isso porque, o fato de a Constituição não elencar o modo como esse consentimento deve ser realizado, não autoriza, por si só, o intérprete a impor a maneira que julga/acredita ser mais válida.

Ademais, a interpretação “mais correta” deve advir da Constituição Federal e/ou do Código de Processo Penal, os quais não prevêm, como requisito para validade da entrada em domicílio, qualquer tipo de filmagem ou gravação.

Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia estabelecido parâmetros para a situação acima descrita. Nesse passo, por meio do Tema nº 223, a corte indicou que as fundamentações devem ser realizadas *a posteriori*, demonstrando a autoridade policial que o flagrante era evidente e/ou que houve consentimento, devidamente formalizado, para o ingresso no domicílio.

Esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016, p. 39) que, a partir da edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen ampliou o conceito de *interpretação autêntica*, compreendida como a realizada pelo indivíduo responsável pela aplicação da norma.

Neste sentido, importante transcrever a própria passagem de Hans Kelsen (1994, p. 369), alegando que a interpretação da norma realizada pelo órgão judiciário não é somente aquela realizada pela atividade cognoscitiva, “como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

Sendo assim, é possível traçar uma relação direta entre a decisão do STJ e o modo de pensar kelseniano (e até mesmo as diversas formas de positivismo⁸), em especial a partir da edição de 1960.

Isso porque, em análise ao ordenamento jurídico posto, não se identifica qualquer passagem ou trecho que nos leve à interpretação alcançada pelo ministro. O ministro, em verdade, acabou criando um requisito que simplesmente não existe, ultrapassando, *a moldura que ele próprio invoca*.

Podemos ir adiante, porquanto até mesmo para o “núcleo duro” do positivismo (Kelsen, antes da edição de 1960), a decisão foi além⁹.

Hans Kelsen (1994, 245), em seu famigerado Capítulo VIII acaba por criar – *em razões dos standards filosóficos a qual estava filiado* – uma espécie de *metalinguagem*, realizando uma cisão entre a *interpretação da ciência jurídica (ato de conhecimento)* e do *órgão aplicador da norma (ato de vontade)*.

Desta divisão kelseniana, Clarissa Tassinari (2013, p. 58) assevera a “preocupação com o ativismo judicial é justamente que o autor não toma por prioridade em sua teoria pura (...) isto é, em sendo o ativismo judicial uma questão hermenêutica jurídica”, Kelsen adota uma postura “fatalista”.¹⁰

Ao não se preocupar com a aplicação do direito, o positivismo normativista de Kelsen se filia a:

⁸ Neste sentido: STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2021, p. 263-328.

⁹ Embora este trabalho aborde exclusivamente a perspectiva (positivismo normativista) kelseniana da interpretação autêntica, há de se fazer “justiça acadêmica”, pois até mesmo para positivistas inclusivista como Herbert Hart (1996, p. 143), a questão da discricionariedade somente pode ser alegada em uma *zona de penumbra*, em construção a partir da linguagem jurídica. Em verdade, embora o positivismo tenha o problema de ausência de uma teoria da decisão judicial e da discricionariedade, o “salto hermenêutico” realizado pelo ministro, se aproxima também a uma espécie de “realismo jurídico”, já que o argumento da “moldura” foi apenas álibi para aplicar sua convicção ao caso. Para CHD (e autores como Norberto Bobbio e Manuel Rodrigues Puerto), o realismo jurídico e o positivismo jurídico (com suas varrições e particularidades), de um modo geral, se assemelham, pois reduzem o direito ao “produto da vontade”. Sob uma perspectiva positivista (se contrapondo a ideia da crítica hermenêutica do direito) do que é “ativismo judicial”, ver: TORRANO. Bruno. **Democracia e Respeito à lei: entre o positivismo, pós-positivismo e pragmatismo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018, pgs. 282 e seguintes.

¹⁰ Sobre a “criptograma da discricionariedade judicial”, ver: STRECK. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, pgs. 513 e seguintes.

(...) **ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da "moldura da norma"**. É nesse sentido que posso afirmar que, no que tange à interpretação do Direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo "agulhão semântico" de que fala Ronald Dworkin (...) Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua Teoria Pura do Direito, no oitavo capítulo, é apenas apresentado o interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do Direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões de todos conhecidas: a interpretação dos órgãos jurídicos (dos tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), **no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (é a chamada "moldura da norma", que, no limite, pode até ser ultrapassada)**; mas a interpretação que o cientista do Direito realiza é um ato de conhecimento que pergunta — logicamente — pela validade dos enunciados jurídicos. (STRECK. 2021).

Ao agir deste modo e no contexto da noção sobre o assunto, para se interpretar a questão (e buscar uma resposta), é preciso compreender a direção dos horizontes em uma *construção intersubjetiva da tradição*¹¹, onde o próprio o STF, no Tema nº 280 de Repercussão Geral já havia fixado o seguinte posicionamento:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

À vista disso, não é necessário esforços hercúleos para se concluir que esta "justificação" mencionada pelo STF, não ocorre por meio de filmagem das operações policiais, mas por termo escrito, conforme regulamentado por inúmeras passagens do Código de Processo Penal.

Sob a influência da hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e o antipositivismo de Ronald Dworkin, reconhece-se razão a Rafael Thomaz de Oliveira (2008, p. 238), onde os princípios funcionam como "possibilidade latente":

¹¹ Neste sentido: BONFIM, Vinícius Silva. **Gadamer e a experiência Hermenêutica**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010 e DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Não há um conteúdo definitivo ou definido para princípios como esses, mas há sempre um compromisso com decisões passadas **que deverão ser retomados nas decisões presentes e, enquanto não houver uma interrupção, continuarão a ser cumpridos**. No momento em que se tem uma quebra com esse elo que o passado nos lega, **há uma necessidade de uma intensão gasificação, que não exclua apreciação a comum-unidade dos princípios e sempre fundamenta, na medida em que for necessário, em que medida tais princípios estão sendo observados pela decisão** (Sem grifos no original).

A decisão retornou, por conseguinte, ao velho *solipsismo epistemológico*, desandando na “interpretação como ato de vontade”¹², ou seja, “em Kelsen, tanto a validade do Direito como a postura do juiz são produtos da metafísica moderna” (STRECK. 2021, p. 268).

Desta maneira, a postura “discricionária/voluntarista do juiz advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir da sua subjetividade individual” (STRECK. 2021, p 268).

Nota-se, assim, que a ideia de “moldura” evocada, em veridicidade, deságua em três “saltos hermenêuticos” (discricionariedade), contrariando a *resposta hermeneuticamente adequada à Constituição*¹³:

¹² Neste sentido: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo” (KELSEN, 1994, p. 249)

¹³ “Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalho como uma *crítica hermenêutica do direito* – é possível alcançar aquilo que pode ser denominado “a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição”, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de “resposta correta”. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativos-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos” (STRECK. 2012, p. 328).

(i) na justificativa de ausência de norma, regulamentou o artigo 5º da Constituição Federal, em clara afronta ao Congresso Nacional (art. 22, inciso I¹⁴ e art. 48¹⁵) e porque não dizer, ao próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102¹⁶);

(ii) invadiu a organização político-administrativa dos entes federativos, em especial dos Estados (art. 18¹⁷) e

(iii) buscou conferir ao *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII¹⁸) o efeito das ações do processo constitucional objetivo, em especial ADI e ADPF.

Adiante trataremos de cada um destes pontos detalhadamente.

4.1 Usurpação da competência do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal

De início, importante pontuar, que o Superior Tribunal de Justiça, evidentemente, pode realizar o *controle difuso* de constitucionalidade (não só pode, como deve).

O controle difuso, como é de conhecimento geral, está disponível a todos os juízes, e conseqüentemente, aos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Porém, não havia *qualquer inconstitucionalidade* a ser alegada, bem como não havia

¹⁴ **Art. 22º.** Compete privativamente à União legislar sobre: (...) I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁵ **Art. 48º.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...).

¹⁶ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe I - processar e julgar, originariamente: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹⁷ **Art. 18º.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

¹⁸ **Art. 5º** (...) LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

qualquer omissão legislativa sendo questionada no *Habeas Corpus* objeto deste estudo.

E caso houvesse, deveria ser realizada por meio dos instrumentos constitucionais adequados. Nesta segunda hipótese, também não caberia ao STJ definir a celeuma, mas ao Supremo Tribunal Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça, no máximo, caberia declarar a ilegalidade das provas produzidas. Ademais, caso houvesse a pretensão de avançar na interpretação quanto ao que se entende por consentimento do morador, tecnicamente, deveria esclarecer qual dispositivo do Código de Processo Penal considerava inconstitucional.

Feito isso, na sequência, deveria demonstrar, com base na Constituição Federal e na tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais seriam os meios admitidos de materializar o consentimento do morador, sem jamais excluir as outras hipóteses, ou fixar que o consentimento somente pode ser realizado por meio da filmagem das operações policiais.

Como bem pontuou o ministro Luiz Fux, relatando o acórdão:

(...) no presente caso, houve verdadeira interpretação do artigo 5º, XI, da Constituição, **visto que a Corte de origem não se restringiu à análise fática da conduta policial**, mas sim impôs requisitos a serem observados para que o **consentimento do morador seja considerado válido, além de determinar medidas concretas ao Poder Público, a fim de viabilizar o cumprimento desses pressupostos pelos agentes estatais** (sem destaques no original)

Destaque importante feito pelo referido relator, que perfilhou a repercussão geral do Tema n. 1.208, no seio do Recurso Extraordinário n. 1.368.160/RS.

4.2 Da usurpação da organização político-administrativa dos entes federativos, em especial dos Estados: o funcionamento da segurança pública

A Constituição Federal, em seu artigo 144, §7º, estabelece que as questões envolvendo a segurança pública, como é o caso da exigência de realizar filmagens das operações policiais, deve ser concretizado por **lei**:

Art. 144. A **segurança pública**, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 7º **A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades** (sem destaques no original).

Desmistificando a ideia de moldura mencionada pelo STJ, verifica-se mero *solipsismo* e *voluntarismo*, reduzindo o fenômeno da norma – que deve ser produzida democraticamente – para um *ato de poder*, onde o ministro aplica a sua visão do que deve ser implementado na política de segurança pública.

Ao agir deste modo, o órgão aplicador, sob o álibi da moldura da norma de Kelsen (decisionismo), “procura colocar a reflexão jurídica nos trilhos da subjetividade (...) em confrontação com o direito produzido democraticamente” (STRECK. 2012, p. 46).

A exigência de aparelhamento de todas as forças policiais perpassa pela necessidade de criação de um sistema de dados que permita o armazenamento das respectivas imagens. Logo, há clara interferência na decisão orçamentária, em clara afronta à organização político-administrativa dos entes federativos.

Da forma como foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o assunto provavelmente seria direcionado para os questionamentos sobre a *ilicitude da prova*, ocasionando efeitos imprevisíveis sobre inúmeros processos criminais.

Além dos equívocos já apontados, a decisão, se mantida, afrontaria a *multifuncionalidade dos direitos fundamentais* (FELDENS, 2005), na perspectiva do *dever de proteção*. Pertinentes são as observações de Ingo Sarlet (2008, p. 53):

Com efeito, para efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta

hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, nesse plano (o da proibição de excesso) como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

A ideia basilar é impedir que a tutela penal (materializada no processo penal) não interfira demasiadamente, afetando a liberdade do cidadão, ou seja, a proporcionalidade com via de acesso por meio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Em contrapartida, não pode ficar a tutela penal aquém daquilo que é estabelecido pela Constituição, funcionando o recurso da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A proibição de *proteção deficiente* antepara que o legislador penal abdique livre e absolutamente (arbitrariamente) ao uso do Direito Penal e as implicações “protetoras que ele deriva quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, superior, inclusive, àqueles cuja proteção penal é constitucionalmente requerida” (FELDENS, 2005, p. 116-119).

O supracitado raciocínio também se aplica para atividade judicante, tendo em vista que não cabe ao magistrado a construção de *regulamentação processual* sem aprovação do parlamento. Permitir que isso ocorra significa deixar à mercê inúmeros processos criminais à margem da legalidade (por uma *regra construída arbitrariamente*).

4.3 Da utilização do habeas corpus como sucedâneo de controle abstrato de constitucionalidade

Em derradeiro, por meio do *habeas corpus*, que sequer era coletivo, (ou seja, discutia-se apenas os interesses individuais do paciente), o STJ criou regra para operações policiais de todo o país, com as dimensões geográficas do Brasil.

A obrigatoriedade que empregou o STJ no HC, adicionou ao referido remédio constitucional, efeitos das ações voltadas para o controle de constitucionalidade.

A ministra Laurita Vaz em seu voto, embora tenha demonstrado preocupação com as diretrizes levantadas pelo relator, ainda se manteve presa a ideia, alegando que:

Sem embargo, gostaria de trazer a debate uma preocupação, não com a solução do caso em si, mas com as recomendações – todas muito bem elaboradas e pensadas –, porque, salvo melhor juízo dos meus ilustres pares, pressupõem uma realocação de investimentos e reestruturação das polícias, ação que, penso eu, não seja viável em prazo tão exíguo, notadamente em face da notória retração da economia decorrente da pandemia e, por conseguinte, da arrecadação de tributos. Isso sem falar nas prioridades estabelecidas em cada uma das Unidades da Federação, **distribuídas em um território de dimensões continentais, com realidades muito distintas. Em todo caso, penso que esta questão ganharia mais força se fosse levada à apreciação da Terceira Seção, razão pela qual sugiro que, oportunamente, o tema seja submetido à deliberação do Colegiado mais amplo.** Portanto, Senhor Presidente, rendendo, mais uma vez, minhas sinceras homenagens ao substancial voto trazido pelo eminente Ministro Rogerio Schietti, meu voto é pela concessão da ordem nos termos consignados pelo Relator, mas sugerindo a dilação desse prazo Superior Tribunal de Justiça quiçá 12 meses – para implementação das referidas diretrizes, aguardando, em todo caso, a oportuna afetação desse tema, em outro processo, para julgamento da Terceira Seção. (Voto Vogal - HABEAS CORPUS Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9). (Sem grifos no original).

A questão, por fim, chegou ao STF (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.342.077) e como bem pontuou o ministro Alexandre Moraes, além de haver uma clara afronta ao princípio da legalidade, o *habeas corpus* “não admite o emprego de forma abrangente e totalmente genérica”, quiçá ordenando a “implantação obrigatória de medidas não previstas em lei e que são atinentes à organização administrativa e orçamentária dos órgãos de segurança pública das unidades federativas”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito, no HC nº 598.051 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou que os agentes policiais, ao adentrarem em uma residência para

averiguar a ocorrência de crime e, não havendo mandado judicial, precisam registrar a autorização do habitador em vídeo e áudio, como mecanismo de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento.

Não se desprezam as razões invocadas pelo ministro Rogério Schietti, mas suas preocupações, embora legítimas, devem ser resolvidas no âmbito do debate democrático, da política.

Do ponto de vista jurídico e na perspectiva da crítica hermenêutica do direito, o pensamento do ministro ainda é umbilicalmente ligado à interpretação como ato de poder, nas figuras do solipsismo e voluntarismo.

Com isso, sua decisão afronta diretamente o princípio da legalidade e a separação de poderes, já que não há qualquer embasamento normativo, tendo em vista que houve a criação de uma norma, assemelhando-se, no aspecto das necessidades de filmagens, a *interpretação autêntica kelseniana* (pós 1960).

Em verdade, no plano da decisão judicial, o que a crítica hermenêutica do direito tem a propor "é que o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade (e a possibilidade de o juiz lançar mãos aos diversos argumentos de moralidade) acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz." (STRECK. 2021, p. 270).

Políticas de segurança pública sempre foram (e sempre serão) um fenômeno complexo. A superioridade normativa da Constituição existe justamente para delimitar o que deve ser considerado, tanto no âmbito político quanto no âmbito jurídico.

Se o contexto hermenêutico, em uma etapa de *Constitucionalismo Contemporâneo*,¹⁹ calcado na força normativa das normas constitucionais, fortaleceu

¹⁹ Para *crítica hermenêutica do direito* a nomenclatura *neoconstitucionalismo* gerou inúmeros equívocos, pois institucionalizou a recepção acrítica da jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy e o ativismo judicial norte americano. A partir destas reflexões, Lenio Streck opta por nominar de *Constitucionalismo Contemporâneo*, a fim de evitar mal-entendidos com o neoconstitucionalismo. Nessa medida pode-se dizer que o "Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios)

a jurisdição (constitucional), este mesmo movimento não autoriza que *os elementos pessoais de cada juiz* se tornem artefato propulsor das decisões judiciais.

Portanto, não se olvida da necessidade de contenção dos abusos policiais²⁰ por parte da categoria, bem como não se furta da imprescindibilidade de criação de paradigmas operacionais eficientes e compatíveis com Estado Democrático de Direito, todavia, não é por meio de decisão judicial que a solução será efetivada.

Encerra-se o presente artigo, por oportuno, com o bom e velho ditado popular: “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”.

REFERÊNCIAS

ABBOUD. Georges. **Ativismo Judicial**: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT. 2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 14 ago. 2022.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988**. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 ago. 2022.

e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (STRECK. 2012, p. 37).

²⁰ Lei nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019 (Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade): Art.22. **Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei**: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no **caput** deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; II - (VETADO); III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

BONFIM, Vinícius Silva. **Gadamer e a experiência Hermenêutica**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro** – Trad. Mário Ferreira dos Santos. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras. 2014, p. 78).

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Ed. Vol. 01 São Paulo: RT, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição excessiva e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 12. v. 47, mar-abr 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 11**. DJe nº 157 de 22/08/2008, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula760/false>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 603.616**. DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1.342.077**. DJE nº 63, divulgado em 31/03/2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6240793>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 280 - Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão.** Data de Publicação DJE 10/05/2016 – Ata Nº 66/2016. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 1208 - Pressupostos de validade do consentimento do morador para a busca e apreensão domiciliar.** Pendente de julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6344041&numeroProcesso=1368160&classeProcesso=RE&numeroTema=1208>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 598.051.** DJe 15/03/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22598051%22%29+ou+%28HC+adj+%22598051%22%29.suce>. Acesso em 14 ago. 2022.

OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. **Processo Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum. 6 ed. 2016.

OLIVEIRA. Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008

ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal.** 2 ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2002.

STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica.** 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2021.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2021.

_____. **Verdade e Consenso.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

_____. **A pureza do direito kelseniano.** Revista Estado da Arte. Estadão. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>. Acesso em 27 de ago de 2022.

TASSINARI. Clarissa. **Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras. 2019.