

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO PENAL: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS IMPACTOS DESSA RELAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA À LUZ DE DITAMES CONSTITUCIONAIS E PENAS

THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE JUDICIAL ACTIVISM IN THE CRIMINAL SPHERE: A REFLECTION REGARDING THE IMPACTS OF THIS RELATION IN THE JURIDICAL ORDER BASED ON CONSTITUTIONAL AND CRIMINAL LAW

Amanda Maria Oliveira Santos¹

Letícia Severiano Soares²

Marília Calheiros Wanderley de Oliveira³

RESUMO: Este artigo pretende refletir sobre os impactos oriundos do desequilíbrio institucional, ensejador da ascensão do Poder Judiciário, na esfera penal, trazendo à baila aspectos jurídicos constitucionais e penais. Nesse prisma, observar-se-á se a relativização da racionalidade do sistema penal, calcada sob o princípio da legalidade, possui legitimidade a fim de se ter um processo criminalizador por meio da hermenêutica ativista. Para tanto, as decisões em sede de ADO nº 26 e de MI nº 4733, que versam acerca da criminalização da homofobia e transfobia, serão utilizadas como parâmetro de análise crítica acerca deste amplo debate.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Legislador Penal.

ABSTRACT: The following article intends to reflect upon the impacts of the institutional unbalance, which is the main cause of the Judiciary ascension in the criminal sphere, by introducing constitutional and criminal concepts. In this matter, it will be contemplated if the relativization of rationality within the criminal system, built under the principle of legality, possess the legitimacy to create a criminalizer process through activist hermeneutics. As such, the decisions regarding the ADO nº 26 and MI nº 4733, which speak upon the criminalization of homophobia and transphobia, will be used as parameter for the critical analysis concerning this great debate.

KEYWORDS: Judicial Activism. Federal Supreme Court. Criminal Legislator.

¹ Graduanda em Direito (Centro Universitário Tiradentes - Unit). E-mail: amandamnd010@gmail.com

² Graduanda em Direito (Centro Universitário Tiradentes - Unit). E-mail: leticia.ssoares19@outlook.com

³ Graduanda em Direito (Centro Universitário Tiradentes - Unit). E-mail: mariliacwanderley@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O movimento teórico neoconstitucionalista apresenta como seu pilar principal a revalorização dos direitos fundamentais. Fundamentada nesse movimento, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, fortalecendo o Estado Democrático de Direito após um período marcado por governos ditatoriais. Esse modelo atual estruturou os poderes que compõem o Estado, sendo eles independentes e harmônicos entre si: Legislativo, Executivo e Judiciário. Nota-se que tal separação de funções é essencial para evitar omissões e violações estatais, além de assegurar a supremacia constitucional.

Contudo, diante da inércia dos referidos órgãos funcionais da República, tendo o condão de colmatar lacunas que permeiam o ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem atuando como arena de decisões políticas, papel constitucionalmente atribuído ao Legislativo e ao Executivo. Esse cenário de desequilíbrio institucional, ensejador do protagonismo do poder judiciário, denomina-se ativismo judicial.

Nesse contexto, surge como objeto de estudo as decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e de Mandado de Injunção (MI) nº 4733, que tratam da criminalização da homofobia e transfobia, matéria típica do Poder Legislativo. No caso concreto em questão, o STF decidiu por equiparar a homofobia e transfobia ao crime de racismo, punindo-os nos termos da Lei 7.716/89.

Para tanto, torna-se mister fazer as seguintes indagações: devido à inércia do poder Legislativo, o STF vem atuando como legislador no âmbito penal? O direito penal concede abertura ao Judiciário para realizar interpretações criativas no sentido de criminalizar condutas não tipificadas? A necessidade de criminalizar desvalores sociais legitima a relativização do princípio da legalidade, instituto estruturante do direito penal?

Deste modo, o presente artigo tem como finalidade contribuir para a reflexão acerca dos impactos jurídicos oriundos do desequilíbrio institucional, o qual estimula o ativismo judicial, no sistema penal. A pesquisa foi desenvolvida com base em livros, artigos científicos e legislação brasileira, bem como na análise da ADO nº 26 e do MI nº 4733.

1 BREVES DIGRESSÕES ACERCA DE DITAMES CONSTITUCIONAIS E PENAIS

Ante a adoção da nova perspectiva organizacional, após a Constituição de 1988, o Estado deve atuar como legítimo garantidor da ordem constitucional, visando assegurar um contexto de concreta efetivação dos diversos núcleos de direitos institucionalmente

reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico. Para tanto, a Carta Magna estabelece fundamentos do Estado Democrático de Direito e objetivos da República Federativa do Brasil como forma de nortear a função estatal, a fim de evitar violações e abuso de direito.

Nesse contexto, o princípio da legalidade e da segurança jurídica são inerentes ao Estado de Direito⁴. Percebe-se que, no âmbito penal, o princípio da legalidade possui o objetivo de proteger os cidadãos, de modo a evitar eventuais arbitrariedades que possam ser praticadas pelo Poder Público na utilização do *jus puniendi*.

Logo, o aludido preceito na seara penal, por ser um postulado essencial ao Estado Democrático de Direito, exige que a tipificação penal seja elaborada pelo Poder Legislativo, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente⁵.

Ademais, a legalidade deve ser compreendida por um aspecto substancial, o qual condiciona à adequação do conteúdo normativo aos direitos fundamentais e princípios constitucionais reconhecidos pela Carta Magna de 1988. Contudo, é necessário adotar uma técnica legislativa que permita à proteção dos bens jurídicos relevantes evitando o uso dos conceitos normativos gerais, tendo em vista que estes deixam lacunas ao descrever condutas proibidas, tornando o espaço propício a arbitrariedades.

1.1 A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Objetivando um estudo aprofundado acerca do princípio da tripartição dos poderes, aplicando-o, sucessivamente, na problemática estatal brasileira, deve-se entender preliminarmente o desenvolvimento histórico dessa teoria, antes de compreender como está estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Ainda durante o Período Clássico, Aristóteles foi um dos primeiros pensadores que definiu a divisão de três órgãos do Poder. No entanto, o filósofo não abordou a funcionalidade de cada um nem estabeleceu a independência entre eles. A teoria aristotélica não foi adotada

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971601/>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019, p. 55.

pelos governos subsequentes, já que durante um longo período os chefes de Estado usufruíam de um poder ilimitado⁶.

O pensamento político na Idade Moderna caracterizava-se pelo absolutismo, isto é, o poder estava centralizado nas mãos do monarca, que agia de forma autoritária e discricionária em suas decisões com a finalidade de atender somente os seus interesses pessoais em detrimento do interesse público⁷.

Foi no cenário Iluminista que diversos filósofos começaram a disseminar a ideia de que o sistema monárquico deveria possuir limites. Dentre esses pensadores, destaca-se John Locke, este entendia que o Estado deveria ter seu poder restringido, por conseguinte, definiu uma divisão do poder: Legislativo, Executivo e Federativo⁸.

Nesse patamar, coube a Charles Montesquieu idealizar e aprimorar a teoria da separação dos poderes da forma que hoje é conhecida. De acordo com sua ideologia, a articulação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário deveria equilibrar o poder do Estado, afastando o absolutismo e favorecendo as liberdades individuais. A cada um deles seriam atribuídas funções específicas e atípicas, de modo que os poderes poderiam se controlar mutuamente. Atualmente, esse arranjo é conhecido como sistema de freios e contrapesos⁹.

[...] na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos¹⁰.

Logo, na dicção do art. 2º da Carta Magna¹¹, os poderes que compõem a estrutura do Estado brasileiro são autônomos, por isso, não se submetem uns aos outros, devendo, concomitante a isso, agir de forma harmônica, obedecendo os parâmetros instituídos no texto constitucional a fim de que possam coexistir.

Em síntese, as funções típicas, ou seja, aquelas inerentes à natureza dos órgãos, são fixadas da seguinte maneira: Poder Executivo exerce a atribuição de administrar e praticar atos

⁶ COUCEIRO, Júlio Cesar da Silveira. Princípio da Separação dos Poderes em Corrente Tripartite. **Revista Ambito Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>. Acesso em: 09 ago. 2019.

⁷ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-146.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

de chefia do Estado e de governo, ao Legislativo cabe a função de editar e criar leis e ao Poder Judiciário incumbe julgar casos concretos aplicando o direito, de modo a diminuir os conflitos existentes na sociedade¹².

Porém, ao comparar a forma que essas atribuições estão dispostas no texto constitucional com a realidade, percebe-se que na prática existem várias divergências. Atualmente, há uma evidente preponderância do Poder Judiciário, principalmente, do Supremo Tribunal Federal atuando em matérias que estão fora de sua competência¹³.

1.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO SUSTENTÁCULO DO DIREITO PENAL

Através da promulgação da Constituição Federal, no ano de 1988, foi consolidado o movimento neoconstitucionalista, o qual estabeleceu o Estado Democrático de Direito, possuindo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, o texto constitucional proporciona a tutela dos direitos fundamentais e inclui, dentro de seus principais objetivos, resguardar os indivíduos de eventuais omissões e violações praticadas pelo Estado, além de garantir a supremacia constitucional¹⁴.

Diante desse contexto, ressalta-se que todo o ordenamento jurídico brasileiro se submete à interpretação das normas constitucionais, logo, observa-se que diversos ramos do direito incorporaram esses princípios fundamentais previstos na Lei Maior, destacando-se entre eles o da legalidade.

Nessa perspectiva, ao tratar do princípio da legalidade, não é possível deixar de lado a Carta Magna, já que esta estabelece, em seu art. 5º, XXXIX, bem como faz o Código Penal em seu artigo 1º, que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem a prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).¹⁵

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o referido princípio constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, ou seja, é considerado um dispositivo indispensável tanto

¹² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 535.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. Brasília, 25 jan. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 12 ago. 2019.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 536.

¹⁵ BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Casa Civil. [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

para segurança jurídica quanto para a liberdade dos indivíduos contra ilegalidades e abuso de poder cometidos pelo próprio Estado¹⁶.

No mesmo sentido, Nilo Batista leciona: “Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei¹⁷”.

Assim, a lei penal deve definir precisamente qual a conduta delituosa, evitando ao máximo normas vagas e ambíguas.

Sobre isso, Nereu José pontua: “Os tipos penais e suas consequências jurídicas devem conter não um mínimo, mas um máximo de determinação, de tal modo que permitam reconhecer as características da conduta punível, a espécie de pena e seus limites¹⁸”.

Isto posto, fica explícita a grande necessidade desse princípio para o direito penal. As leis visam garantir previsibilidade de intervenção estatal, de tal forma que se mostram obstáculos a arbitrariedades e concedem segurança jurídica à sociedade a elas submetida.

Convém pontuar que quem está delegado pela Lei Maior para criar leis é o Poder Legislativo, entretanto, atualmente, percebe-se que, com a ausência ou deficiência legislativa, o Judiciário passa a tomar essa função para si, caracterizando, então, o ativismo judicial.

2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da separação dos Poderes concede a cada um deles – Legislativo, Executivo e Judiciário – funções típicas e atípicas, dentro de um sistema chamado de *checks and balances*, ou, em língua nacional, freios e contrapesos. Tal sistema é introduzido ao lado das funções para que haja fiscalização nas atuações, bem como busca evitar a interferência de um Poder ao outro¹⁹.

A função atípica é uma prerrogativa que nasceu na teoria supracitada como uma forma de deixar os próprios Poderes se organizarem, haja vista que o acúmulo de determinada função seria demasiadamente exaustiva para um único Poder. Contudo, a existência dessa atipicidade

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019, p. 54-55.

¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 67.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da legalidade. *Revista Ajuris: Doutrina e Jurisprudência*, Porto Alegre, v. 26, n. 78, p. 230-245, jun. 2000.

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 339.

cedida de maneira legal não confere aos Poderes a possibilidade de invadir a competência do outro²⁰.

Pois bem. O cenário em que se pontua tal afirmação é o do ativismo judicial, fruto da atuação imoderada do Poder Judiciário, frente às falhas cometidas pelas ações e omissões do Poder Executivo e, sobretudo, Legislativo.

Do momento em que se identifica a falta de desempenho daqueles que foram escolhidos para representar os interesses sociais, a população se volta ao Judiciário para socorrer as suas necessidades e anseios, não obstante, essa conjectura culmina em uma violação às competências dos Poderes alheios.

Finalmente, o Poder Judiciário se encontra em terrenos incertos, pois ainda não foram pautados limites que asseverem quando e como ele deve agir. Desse modo, arbitrariedades e transgressões à legalidade e à constitucionalidade das formas perpassam sob a ótica do ordenamento jurídico, e não há parâmetro que aponte o que se configura como certo e errado.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISTINÇÃO CONCEITUAL NECESSÁRIA

Tema recorrente nas discussões doutrinárias atuais, o ativismo judicial e a judicialização da política têm seus conceitos comumente confundidos, já que ambos são termos que tratam de matérias parecidas. Há, no entanto, uma diferença muito específica entre os dois e esta reside primordialmente na forma em que eles são decididos²¹.

Para elucidar melhor tal controvérsia, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, apontou de maneira muito clara qual é a real distinção:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva²².

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 339.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 19 ago. 2019.

²² BARROSO, Luís Roberto. op. cit.

Assim, é evidenciada como se dá essa distinção. A judicialização é, em suma, um fato. Portanto, não representa tanto perigo à teoria da tripartição dos poderes. Ao passo que, o ativismo é uma atitude. E é nessa senda que se iniciam as críticas e a razão de ser grandemente discutido. Se é uma atitude, um fazer positivo, então não há como lastrear fronteiras para saber até onde essas ações irão. Não há como saber se o Poder Judiciário irá permanecer dentro de sua alçada, ou se irá efetivamente invadir a competência dos outros poderes, justamente por não se ter um controle – seja em texto de lei, seja na doutrina – do que o ativismo pode ou não fazer²³.

Faz-se mister afirmar ainda que o ativismo judicial se mostra grandiosamente influenciado por fundamentos religiosos e morais. É decerto que o Direito é dinâmico e não pode ser engessado, pois é fato que a sociedade evolui e se modifica ao longo do tempo, assim, deve o Direito acompanhá-la.

Todavia, a depender das opiniões pessoais de cada magistrado, o ativismo pode servir como uma faca de dois gumes. Para alguns, ele é positivo até que exista uma decisão que contrarie o que cada indivíduo toma como certo. É neste ponto que reside a sua principal crítica, pois ainda há de se encontrar um limite que o torne uma ferramenta útil e segura para o ordenamento jurídico, em que não haja um rompimento entre as barreiras da tripartição de poderes.

2.2 INÉRCIA LEGISLATIVA E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

O ativismo judicial, embora seja um tema que cause grande controvérsia na doutrina brasileira, faz-se necessário em reiteradas ocasiões, especialmente na conjuntura atual em que é recorrente a inércia do Poder Executivo em relação às políticas públicas que resguardam direitos fundamentais e do Poder Legislativo quando é verificada a ausência de legislação concernente a diversos assuntos que demonstrem a urgência em serem abordados e regulamentados.

Essa desestrutura entre as instituições e suas funções causam um desequilíbrio em todo o sistema jurídico e, obviamente, também na sociedade. O Poder Judiciário é acusado de

²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 19 ago. 2019.

usurpar as competências dos outros poderes, e embora seja discutida a sua postura exaustiva nessa seara, ele o faz pela inércia dos demais poderes²⁴.

Dita circunstância veio a existir a partir da CRFB/88, que trouxe uma maior interação entre o Supremo Tribunal Federal – grande expoente do Judiciário – e os demais poderes. Aqui, ele se tornou mais participativo, de forma que pode até ser visualizado como protagonista, onde antes era meramente submisso a um falho Poder Executivo. Ainda que consiga balancear suas decisões entre o que o clamor social pede, o STF continua a encontrar impasses no meio legislativo, pois ao tempo que agrada uma relevante parcela, descontenta a outra²⁵.

Nessa senda, para entender da maneira mais exemplificada a posição do Judiciário no ativismo, deve-se trazer à luz um conceito trabalhado pela hermenêutica constitucional: interpretação sistemática.

A interpretação sistemática se encaixa ao ensejar o que já foi falado anteriormente a respeito da dinamicidade das relações sociais e o Direito. Como esse tipo de interpretação visa o ordenamento jurídico, não apenas o texto de um único dispositivo, ela encara o sistema como um todo, mesmo com as suas incongruências. Assim, descaracteriza a antiga função do magistrado ser conhecido como “boca da lei”. Na sistemática, é possível o intérprete do direito ir além da constatação da norma seca. Ele enxerga como o sistema está intrincado e, não encontrando a resolução do conflito no texto normativo, decide a partir do que encontrou em sua pesquisa sistemática²⁶.

Apesar dessa conceituação, o ativismo deve ser entendido como condição distinta da interpretação sistemática. Nesta, o magistrado ao realizar a interpretação, busca a solução dentro do próprio ordenamento e não excede sua competência ou função, ao mesmo tempo em que o ativismo é visto como uma atuação excessiva do julgador²⁷.

É, então, possível visualizar a problemática do Judiciário e seu protagonismo de um lado em contraponto a inércia do Legislativo. Se a postura judiciária é excessiva, é consequência da negligência do outro. Fizesse este seu papel de legislador da forma como deveria, observando as carências da sociedade que representa e as tratando com celeridade, não estariam os juízes tomando para si tal obrigação.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit.

²⁶ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, p. 295 – 320, jan./jun. 2014. <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n1/a12v10n1.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit.

Embora os motivos para o ativismo existir sejam válidos, eles não estão transferindo inteiramente a competência dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. É justamente nessas circunstâncias que se recomenda a criação de comunicação entre os poderes, para melhor solucionar as eventuais incompatibilidades que sobrevierem, além da otimização do funcionamento das instituições para que não surja, em primeiro lugar, a necessidade de interferência de um poder alienígena em sua função típica. Por fim, defendemos que o ativismo judicial deve ser utilizado com cautela a fim de que não afete a própria estruturação do sistema jurídico.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE

Ao iniciar mais uma pontuação acerca do ativismo, agora se referindo a Suprema Corte brasileira, também conhecida como Supremo Tribunal Federal, é essencial elucidar o seguinte ponto: o STF não é uma corte constitucional, ou poderia ser chamada de Corte Constitucional *sui generis*. Significa dizer que ela não é uma corte fora do poder Judiciário criada para resguardar somente a Constituição Federal, ou seja, não produz decisões apenas sobre matéria constitucional. Por isso, é uma Corte extremamente ativa, que julga processos sobre as mais diversas temáticas e apresenta em inúmeras ocasiões uma posição ativista – vale citar o conceito anterior de que o ativismo é embasado por fundamentos religiosos e também morais, deste modo, o STF segue essa vertente ao se portar em certos casos, como será visto em análises posteriores²⁸.

Desmistificada essa questão, aborda-se o conceito do ativismo judicial estrutural dialógico, tese abordada na Corte Colombiana – assim como pelo próprio STF no julgamento do Estado de Coisas Inconstitucional encontrado no sistema carcerário brasileiro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 – no caso da superlotação do sistema carcerário colombiano²⁹.

As ordens proferidas pela Corte Colombiana foram rígidas, para que fossem cumpridas a rigor e tivessem o poder de modificar o quadro de gravosas violações à dignidade humana. No entanto, não surtiram o efeito desejado, pois de nada adianta ordenar algo quando não se

²⁸ OLIVEIRA, Eluã Marques de. Supremo Tribunal Federal: uma Corte Constitucional *sui generis*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 95, n. 24, p.15-339, jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.02.PDF. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 19 ago. 2019.

tem o poder de adimpli-lo. O grande erro da Corte neste caso foi ter se afastado da fiscalização da execução de suas ordens, não em um cenário de ser o único que pode fazê-lo, mas em um que demonstre o intercâmbio de funções entre a Corte e o órgão executor, seja ele pertencente ao Legislativo ou ao Executivo³⁰.

As palavras acima demonstram um quadro de falha. Nesse caso, houve um ativismo advindo da Corte Colombiana, mas ele falhou pois não foi dialógico. Ou seja, na maioria das situações, o STF (ou qualquer outra Corte) ser ativista não vai modificar muita coisa, pois ele, apesar de ter o poder da decisão em caráter judicial, não pode, de fato, legislar ou executar. Para que haja uma mudança efetiva, é preciso que os poderes atuem de forma harmônica entre si³¹.

Faz-se interessante pontuar acerca das dimensões do ativismo judicial do STF. Conclui-se que o Supremo não só ultrapassa as barreiras na questão de conteúdo da matéria ou de competência (se é sua, ou dos outros poderes), ele abarca assuntos de extrema relevância e outros que não possuem tanto interesse nacional; também comete excessos ao modificar procedimentos formais, – vide mutação constitucional, em que não se modifica o texto, mas sim a norma –, o alcance das decisões por eles tomadas – decisões que seriam *interpartes* se tornam *erga omnes* – e, ao terem ciência de que são guardiões da Carta Magna, defendem furiosamente que a sua relevância é justificativa para a postura ativista que adotam³².

3 A INCORPORAÇÃO DA FUNÇÃO DE LEGISLADOR PENAL PELO JUDICIÁRIO

A prática do ativismo judicial, como atuação que exorbita às competências constitucionalmente designadas, para colmatar lacunas legais transforma o Judiciário em verdadeiro legislador.

A usurpação da função típica do Parlamento para atender necessidades sociais em face da ausência ou deficiência legislativa, não só ocasiona um desequilíbrio institucional, como, quando implementada na seara penal, afeta a estrutura do sistema, que tem na legalidade o condão de salvaguardar direitos fundamentais de eventuais arbitrariedades estatais.

O alargamento da incidência de determinado dispositivo penal – criminalizador, ressalte-se, cuja taxatividade é manifesta, não se trata de interpretação sistemática, mas de claro

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 19 ago. 2019.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit.

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

ativismo judicial. Isso porque o próprio ordenamento não dá abertura para tipificações posteriores, senão por atuação do Legislativo.

A flexibilização do preceito legalidade abre portas para um cenário onde o aspecto político-ideológico palpitante no Judiciário interfere e suprime o caráter formal/jurídico do processo de (des)criminalização, gerando insegurança jurídica.

3.1 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL

Toda sociedade possui uma estrutura de poder fundada em postulados políticos de controle social, cuja função é monitorar o comportamento dos indivíduos que a integram com o fito de assegurar a convivência harmônica. Na esteira desse raciocínio, condutas que acarretam relevante instabilidade à ordem social são valoradas de modo a serem reguladas por órgãos formais e informais³³.

Nesse desiderato, considerando que atos enquadrados como crime – àqueles que consideravelmente atentam contra os bens jurídicos mais relevantes da sociedade³⁴ – constituem um fato complexo, diversas instâncias são suscitadas para combatê-los, sendo o sistema penal o principal aparato de controle social formal diante da manifestação desse fenômeno³⁵.

Enquanto epicentro do controle social punitivo institucionalizado³⁶, o sistema penal abarca fundamentos, plasmados na realidade social, de definição e seleção das condutas que serão consideradas criminosas, cominando sanções penais a fim de preveni-las e reprimi-las, de modo a conceder ao Estado, por meio da coerção penal, a legitimidade para o exercício do *ius puniendi*. Esse processo é o que se denomina de criminalização primária³⁷.

Nesse ponto, impende sobrelevar que o processo de criminalização se desdobra em três etapas: primária, secundária e terciária³⁸. Porém, à vista do propósito central deste artigo, resguardar-nos-emos a discorrer sobre a primeira fase da criminalização.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle social, sistema penal e direito penal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59-82. 2015.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 45.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*

³⁷ GONZAGA, Christiano. Prevenções e Criminalizações. *In*: GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, p. 172-178. 2018.

³⁸ GONZAGA, Christiano. *op. cit.*

A criminalização primária é o ato de elaborar lei penal incriminadora consentânea à realidade social, tutelando bens jurídicos gravemente lesados por determinadas condutas. Dessa forma, é construída sobre o pilar da legalidade, operando, portanto, no âmbito do Legislativo e perpassando, por necessário, pelo paradigma da política criminal³⁹.

Nessa sistemática, a Lei Maior, como já fora ressaltado em tópico próprio, ostenta a legalidade como eixo estruturador do conjunto normativo penal, cabendo às margens legais a posição limitativa da atuação estatal⁴⁰.

Contudo, a inércia institucional que assola, principalmente, as arenas políticas (Executivo e Legislativo) tem dado abertura para que, diante do protagonismo do Poder Judiciário, questões de cunho político – inclusive, matérias criminais – sejam decididas por órgãos judiciais⁴¹.

O ativismo judicial, como atuação jurisdicional que invade o campo de competência dos poderes políticos, realizado no âmbito criminal, viola profundamente a lógica de segurança que o ordenamento jurídico-penal estabelece sob o cânone da legalidade.

A criação de crimes mediante superinterpretação do texto penal afronta à soberania do legislador, estipulada pela Constituição Federal, haja vista ser a lei a única fonte juridicamente legítima para efetivar esse processo⁴².

Assim, outra conclusão não há, senão a de que o papel do Judiciário em matéria penal deve ser o de mero aplicador da lei, adotando uma postura de autocontenção judicial. Destarte, enquanto não houver tipo penal que se reporte a criminalização de determinados desvalores sociais, não deve o Judiciário decidir criativamente, uma vez que o ativismo judicial e processo de criminalização correspondem a institutos constitucionalmente incompatíveis.

Para elucidar o debate, analisar-se-á no tópico posterior as decisões em sede de ADO nº 26 e de MI nº 4733, as quais demonstram a atuação exorbitante do Supremo Tribunal Federal ao criminalizar a homofobia e transfobia.

³⁹ GONZAGA, Christiano. Prevenções e Criminalizações. In: GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, p. 172-178. 2018.

⁴⁰ ROBERTO JUNIOR, Delmanto. Garantismo, Legalidade e interpretação da Lei Penal. **Revista dos Tribunais Online**, v. 2, jan. 2019.

⁴¹ VIEIRA, Renato Stanzola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v. 7, p. 1447 - 1478, ago. 2015. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/dbc053_85fe2b490f4543ad818d58c00431f942.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019

⁴² ROBERTO JUNIOR, Delmanto. op. cit.

3.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL EM SEDE DE MATÉRIA PENAL NO ÂMBITO DO STF À LUZ DA ANÁLISE DA ADO Nº 26 E DO MI Nº 4733

A realidade sociológica constitui a base para as manifestações jurídicas, é, portanto, o cerne fundamental que repousa toda a operabilidade do direito⁴³.

Nessa perspectiva, observando o fortalecimento dos discursos de ódio proferidos contra a comunidade LGBTQIA+, diante do maçante vácuo legislativo no que tange à temática, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou Mandado de Injunção⁴⁴, assim como o Partido Popular Socialista (PPS) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁴⁵ no ano seguinte, com o fim de se obter a criminalização da homofobia e transfobia.

Após um longo debate, em junho de 2019, o STF, dando procedência às ações, reconheceu a mora legislativa e decidiu que declarações que atentem contra a dignidade da população LGBTQIA+ serão punidas nos termos do crime de racismo, uma vez que interpretou que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero consubstancia modalidade de racismo social⁴⁶.

Na ocasião, a Corte afirmou não se tratar de inovação legislativa, mas de um mecanismo interpretativo provisório até que o Congresso Nacional legisle a respeito.

Pois bem. A Lei nº 7.716/89, na dicção do art. 1º, enquadra o racismo em condutas discriminatórias ou de preconceito tomadas em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional⁴⁷. Aqui, observa-se que o rol é taxativo, não concedendo abertura a interpretações extensivas/analógicas.

A legalidade, matriz do sistema penal, tem o fim de evitar arbitrariedades por parte do Estado. Nesse sentido, o legislador ao tipificar determinada conduta, deve fazê-la de forma objetiva, isso para tracejar o espaço de interpretação do julgador, impossibilitando a

⁴³ BOBBIO, Norberto. O direito como regra de conduta. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Min. Edson Fachin., Data de Julgamento: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF: Data de Julgamento: 13 jun. de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26 op. cit.**

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça de Cor. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

criminalização de condutas não insculpidas em lei. Essa é a lógica da vedação à analogia *in mallam partem* no direito penal⁴⁸.

Não se pode negar que a referida decisão do STF abarcou uma necessidade jurídica de adequar o direito à dinâmica social. O texto legal é evidentemente defasado, uma vez que, atualmente, o conceito de racismo é muito mais amplo e complexo. Porém, não é constitucional defender ampliação de lei penal, senão mediante manifestação do legislador. O contrário acarretaria uma grave violação à estrutura básica do sistema penal, respaldada pela Carta Magna.

Assim, a omissão legislativa diante do quadro de violência e discriminação contra a população LGBTQIA+ é claramente inconstitucional, visto que desobedece ao mandamento constitucional de criminalização disposto no inciso XLI do artigo 5º da Lei Maior⁴⁹, contudo, ampliar o rol taxativo de um dispositivo legal para incluir condutas não criminalizadas por meio de interpretação é fazer tabula rasa os preceitos traçados pela Constituição Federal. Não é lógico defender a efetivação da Constituição, infringindo-a.

Vale pontuar que o uso desarrazoado de mecanismos interpretativos fragiliza a lei e, conseqüentemente, gera insegurança jurídica.

O Poder Judiciário não possui legitimidade para decidir o que é ou não crime, este é papel constitucionalmente atribuído ao Legislativo, de outro modo, a ideologia que pressiona e mobiliza a política dentro e fora do STF poderia abrir portas para que o supremo órgão do Judiciário, ante a expansão de sua atuação, (des)criminalizasse condutas por meio de superinterpretações respaldadas em posicionamentos meramente políticos.

Esse fenômeno não faz parte de uma atuação jurisdicional legítima, haja vista que o fundamento do Estado-juiz, nesse caso, não é a lei, mas sim concepções político-ideológicas. Fato que não pode avançar em um Estado que se intitula Democrático de Direito.

Quanto mais se preserva a legalidade, mais sólida é a segurança do sistema jurídico-penal e, por consequência, mais efetiva é a tutela dos direitos fundamentais, longe disso é espaço propício à arbitrariedade estatal.

⁴⁸ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 71.

⁴⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

CONCLUSÃO

O sistema jurídico-penal brasileiro é, assim como a Constituição Federal de 1988, essencial estrutura basilar para garantir direitos sociais, pacificar a convivência e evitar arbitrariedades advindas do Estado. Assim, tal sistema é lastreado pelo princípio da legalidade, este que define não haver crime ou pena sem prévia cominação legal. Logo, não há possibilidade de existir outro poder, que não seja o Poder Legislativo, para o criar tipificações legais comumente conhecidas como crimes.

Ao passo que a conjuntura anterior é positivada pela própria Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma prática chamada de ativismo judicial, que consiste em decidir baseando-se em convicções morais e políticas, por vezes desconsiderando ou alterando normas procedimentais que solidificam a imparcialidade e a seriedade do Poder Judiciário.

A maior crítica feita à postura do STF – e do Poder Judiciário como um todo – é que ele está adentrado às esferas de poder das outras funções, além de tomar decisões de forma mais opinativa que jurídica. A análise no presente artigo é específica em relação ao Legislativo e ao Judiciário, pois trata da problemática do STF atuar como legislador em âmbito penal, ao determinar em sede de decisão judicial que condutas de natureza homofóbica e transfóbica devem ser criminalizadas em equiparação aos crimes de racismo.

Sem adentrar os impasses concernentes à distinção entre homofobia e racismo, é necessário se ater ao questionamento atual que busca demonstrar o quanto a atuação do Supremo é exorbitante e beira à quebra da tripartição de poderes. Embora a necessidade de uma legislação que verse a respeito dos direitos e garantias da comunidade LGBTQIA+ seja gritante e urgente, não é esta a maneira mais adequada de se conseguir tal feito, pois descaracteriza a legitimidade da decisão ao ser encarada a postura ativista e a transgressão das barreiras entre as funções típicas dos poderes.

Por fim, conclui-se que a função de criar crimes é típica do legislador e a ele cabe o papel de criminalizar determinados atos, tais quais os homofóbicos e transfóbicos. O STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, possui grande importância ao salvaguardar o texto da Lei Federal Magna e observar sua incidência em relação ao ordenamento jurídico, mas não é sua a missão de criar leis, especialmente aquelas que se referem a um tema tão sensível quanto a criação de tipificações penais, haja vista que estas lidam diretamente com o cerceamento da liberdade dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Casa Civil. [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça de Cor. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF: Data de Julgamento: 13 jun. de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. Brasília, 25 jan. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Min. Edson Fachin., Data de Julgamento: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. O direito como regra de conduta. *In*: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUCEIRO, Júlio Cesar da Silveira. Princípio da Separação dos Poderes em Corrente Tripartite. **Revista Ambito Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971601/>. Acesso em: 13 out. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da legalidade. *Revista Ajuris: Doutrina e Jurisprudência*, Porto Alegre, v. 26, n. 78, p. 230-245, jun. 2000.

GONZAGA, Christiano. Prevenções e Criminalizações. *In*: GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUEDES, Juliana Santos. Separação dos Poderes? o poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil. Unifacs, Salvador, 2008. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/discente/dis16.doc. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, p. 295 – 320, jan./jun. 2014. <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n1/a12v10n1.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eluã Marques de. Supremo Tribunal Federal: uma Corte Constitucional sui generis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 95, n. 24, p.15-339, jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.02.PDF. Acesso em: 31 ago. 2019.

ROBERTO JUNIOR, Delmanto. Garantismo, Legalidade e interpretação da Lei Penal. **Revista dos Tribunais Online**, v. 2, jan. 2019.

VIEIRA, Renato Stanziola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v. 7, p. 1447 - 1478, ago. 2015. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/dbc053_85fe2b490f4543ad818d58c00431f942.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle social, sistema penal e direito penal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.