

**FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS
LARISSA PIMENTEL DE SANTANA**

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO PENAL

Belo Horizonte

2020

LARISSA PIMENTEL DE SANTANA

O PAPEL DA JURISPRUDENCIA NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Jaqueline Ribeiro Cardoso

Belo Horizonte

2020

LARISSA PIMENTEL DE SANTANA

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o Jaqueline Ribeiro Cardoso
Orientadora (Famig – Faculdade Minas Gerais)

Prof^o
Membro

Prof^o
Membro

Belo Horizonte, __ de novembro de 2020

RESUMO

Esta monografia cuida de abordar o papel do trabalho do Poder Judiciário no âmbito do Direito Penal. Seu objetivo foi delinear de maneira concisa a natureza jurídica da jurisprudência e do exercício da função jurisdicional, delimitando a atividade do Poder Judiciário a fim de compreender seu papel na formação e aplicação da norma penal. Para tanto, a fonte de estudo foi a abordagem de renomada Doutrina sobre tema. A partir do que foi possível concluir que a Jurisprudência exerce papel de fonte mediata, podendo a atividade do Poder Judiciário ser também percebida como fonte de interpretação da norma. Não sendo, todavia, possível o papel integrativo da Jurisprudência em âmbito penal em prejuízo do réu. Menos ainda a criação de normas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário em especial na seara penal.

A metodologia utilizada foi análise de doutrina penal sobre o tema, assim como referencial de doutrina constitucional, perpassando por jurisprudência de forte repercussão social.

Palavras-chave: “Direito Penal”, “Jurisprudência”, “Princípio da legalidade”, “Fonte”, “Ativismo Judicial”, “Separação de Poderes”.

ABSTRACT

This monograph addresses the role of the Judiciary in the field of Criminal Law. Its objective was to concisely outline the legal nature of the jurisprudence and the exercise of the jurisdictional function, delimiting the activity of the Judiciary in order to understand its role in the formation and application of the penal rule. For this, the source of study was the approach of renowned doctrine on the theme. From that it was possible to conclude that the Jurisprudence plays the role of mediate source, and the activity of the Judiciary can also be perceived as a source of interpretation of the rule. However, the integrative role of Jurisprudence in criminal matters is not possible to the detriment of the defendant.

Keywords: "Criminal Law", "Jurisprudence", "Principle of legality", "Source", "Judicial Activism", "Separation of Powers".

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	O DIREITO PENAL.....	9
	2.1 Princípios	10
	2.1.1 <i>Princípio da Legalidade</i>	11
3	FONTES DO DIREITO PENAL.....	12
4	A NORMA PENAL.....	15
	4.1 Interpretação.....	16
	4.1.1 <i>Interpretação extensiva e interpretação analógica</i>	15
	4.2 Integração.....	18
5	O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO PENAL.....	19
	5.1 O Papel da Jurisprudência Na Aplicação da Norma Penal.....	21
6	CONCLUSÃO.....	25
	REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema o papel da jurisprudência no Direito Penal, no contexto de Estado Democrático de Direito em que o Brasil se insere. A proposta é buscar na doutrina de renomados juristas orientação quanto à natureza jurídica da jurisprudência no âmbito do Direito Penal e qual papel do Poder Judiciário na formação da norma penal.

De pronto, é importante considerar a diversidade de opiniões doutrinárias, assim como a amplitude de decisões judiciais em sentidos diversos acerca do tema. Portanto, a hipótese que se visa testar neste contexto é da impossibilidade jurídica de produção normativa por parte do Poder Judiciário, na seara penal, exceto de maneira concreta e em pontuais exceções que serão abordadas em ambiente próprio neste trabalho.

Posto isto, de base é importante considerar que Direito tem como essência a função de modular o comportamento humano, seja determinando determinadas atitudes, seja proibindo outras. O Direito Penal, por sua vez é a área do Direito que trata das atitudes potencialmente mais danosas para o convívio em sociedade.

Nesse sentido, trata-se de uma disciplina de especial importância, dado que, por tratar de temas mais gravosos, o Direito Penal apresenta como característica principal a coercibilidade em grau mais elevado que os demais ramos do Direito: a coerção física, o cerceamento da liberdade.

É a matéria que disciplina a utilização do monopólio do uso da força por parte do Estado. E, nesse aspecto, é necessário se ter em mente, sempre, o contexto em que se insere tal conteúdo, uma vez que, justamente por cuidar do guarneamento de bens jurídicos preciosos socialmente, é que, ele mesmo, possui disciplina própria para formação e aplicação de suas normas.

Brasil, cujo nome oficial é República Federativa do Brasil, é um país cujo nome já traz consigo um princípio norteador deste Estado. Por ser uma república, esta nação é fundada no princípio republicano, tendo, portanto, como característica, objetivo e valor a não concentração do poder nas mãos de um só, a eletividade e a periodicidade do mandato de seus governantes.

Nesse diapasão, a nossa Carta Maior escolheu também, como forma de organização do Estado, a separação de poderes, com inspiração em Montesquieu,

adotando ainda o sistema de freios e contrapesos para ajustar a interação entre os poderes constituídos: Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo.

De uma maneira sintética, é possível dizer que foi atribuído, pelo poder constituinte originário, ao Poder Legislativo a criação de normas gerais e abstratas, ao Poder Executivo a execução de políticas públicas, dando efetividade às normas elaboradas, cuidando da defesa interna do país etc., e ao Poder Judiciário aplicar a norma em caso concreto, formando normas concretas e individuais.

O objetivo deste estudo é, portanto, investigar a possibilidade do Poder Judiciário produzir normas gerais e abstratas no âmbito do Direito Penal. Através deste trabalho, buscou-se trazer a baila justamente a discussão acerca do alcance da atividade do Poder Judiciário na formação da norma jurídica e no contexto da estrutura de separação dos Poderes da República e sistema de freios e contrapesos adotados no Brasil.

O marco teórico utilizado é, portanto o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, XXXIX e art.1º do Código Penal, assim como a idéia de Estado Democrático de Direito e tripartição de poderes firmadas no art. 1º da Constituição de 1988.

A fim de atingir seu objetivo o trabalho foi dividido em 4 capítulos, além da introdução e conclusão. No primeiro capítulo, O DIREITO PENAL, tratou-se de situar a área do Direito em que se insere o tema, suas características mais marcantes e suas especificidades mais acentuadas, para tanto buscou-se ressaltar o princípio da legalidade em subtópico, dada sua posição de destaque neste ramo do Direito.

No segundo capítulo, de título FONTES DO DIREITO PENAL, foi feita uma apresentação do que a doutrina entende ser a origem da norma penal, a fim de demonstrar se a jurisprudência se insere neste conceito e de que maneira isso se dá.

No capítulo intitulado A NORMA PENAL, o terceiro, foi feita uma apresentação das peculiaridades da norma penal, sua estrutura básica, métodos de interpretação e integração.

Já no quarto capítulo, O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO PENAL, tratou-se de abordar a função da jurisprudência no Direito Penal, assim como a função do Poder Judiciário enquanto aplicador da norma penal no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2. O DIREITO PENAL

O Direito Penal é a disciplina do Direito que trata da conduta humana, selecionando os comportamentos mais danosos à vida em sociedade, disciplinando-os, descrevendo-os enquanto infrações penais e atribuindo sanção na forma de pena ou medida de segurança quando da violação de suas normas (CAPEZ, 2018).

Segundo Francisco de Assis Toledo como sinônimo de “ciência penal” Direito penal é:

(...) um conjunto de conhecimento jurídico e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tomar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas a sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça, e, assim, a ciência penal uma “ciência prática”, como ensina Welzel, não apenas porque supõe a serviço da administração da justiça (Rechispflege), mas com significado mais profundo, por ser uma teoria do agir humano justo e injusto. Com esse sentido, atribui-se a ciência penal uma função criadora, não se limitando ela a repetir as palavras da lei ou a traduzir-lhes o sentido estático, ou a vontade histórica do legislador. (TOLEDO, 1994, pp 1, 2)

Trata-se, portanto, de disciplina do ramo do Direito Público, posto que formada de regras indisponíveis e cogentes. A esse respeito, dispõe Guilherme de Souza Nucci que:

“Direito Penal: é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual.” (NUCCI, 2014, p 48).

O Direito Penal é o limite ao poder punitivo do Estado, que atua de maneira a permitir a vida em sociedade. Assim, os mais valiosos bens necessários ao convívio social é que são tratados por esta disciplina, que, através da coerção própria de suas normas, protege-os.

Desse modo, este ramo do Direito se apresenta como a última *ratio*, ou seja, o último recurso a ser levado a cabo quando do atingimento de bem jurídico por ele tutelado, já que apresenta as sanções mais gravosas aos indivíduos.

O Direito Penal é, portanto, o instrumento do Estado para exercer sua força e impor a vontade da sociedade, que escolheu, através dos legisladores, proteger,

resguardar determinados bens jurídicos. Ao passo que é também um freio à capacidade punitiva estatal, posto que disciplina a conduta e atuação do Estado, definindo até onde este pode agir em termos de sanção.

2.2 Princípios

Considerando o objeto de estudo do presente trabalho, a etapa principiológica do Direito Penal será abordada de forma breve e sucinta, apenas para situação do referido objeto.

Isto posto, de pronto é importante ter em mente a distinção entre princípios e regras. Os princípios são os vetores norteadores do sistema jurídico, funcionam como alicerces para aplicação, interpretação, integração das normas positivadas. Já as regras são as próprias normas positivadas, dotadas de generalidade e abstração. Ou, nos termos da diferenciação apontada por Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2011), podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforma a situação real, enquanto as regras só podem ser cumpridas ou não.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenas que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidade jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguintes, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p 90).

O Direito Penal enquanto ramo autônomo do Direito possui princípios que lhes são próprios. Contudo há que se atentar para o fato de que existem princípios que são especialmente relevantes por serem elencados na Constituição Federal, que afetam o Direito como um todo e outros que tem maior expressão na seara penal.

Assim sendo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o estabelecimento de princípios norteadores se faz importante e necessário justamente para proteção da sociedade e dos bens por ela tidos como preciosos. Nas palavras do professor e renomado jurista Fernando Capez:

Ocorre que as normas, embora genéricas e impessoais, podem ser socialmente injustas quanto ao seu conteúdo. É perfeitamente possível um Estado de Direito, com leis iguais para todos, sem que, no entanto, se

realize justiça social. É que não existe discussão sobre os critérios de seleção de condutas delituosas feitos pelo legislador. (CAPEZ, 2018, p. 61).

Tem-se que são princípios basilares do Direito Penal aqueles constitucionalmente previstos de forma explícita, a saber os princípios: da Legalidade (ou reserva legal), da Anterioridade, ambos previstos no art. 5º XXXIX; da Retroatividade da Lei penal benéfica, art. 5º XL; da Humanidade, art. 5º XLVII e XLIX; da Personalidade ou da Responsabilidade Pessoal, art. 5º XLV; da Individualização da Pena, art. 5º XLVI.

Compõe também o rol de princípios do Direito Penal aqueles constitucionalmente implícitos, como: Intervenção Mínima; Subsidiariedade; Fragmentariedade; Taxatividade; Proporcionalidade; Vedação ao *bis in idem* e Lesividade, entre outros.

2.2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é o de maior relevância para o Direito Penal tendo em vista o destaque trazido pela Constituição/88 ao preceituar que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º XXXIX). Estabelecendo, desta maneira, que tudo que não for expressamente previsto em lei como proibido e vinculado a uma sanção seja reputado como penalmente lícito.

Rogério Greco indica quatro funções fundamentais, do princípio da legalidade, que são as proibições:

- 1- Da irretroatividade da lei penal, relativizado pelo inciso XL também do art. 5º, que dispõe a possibilidade de retroação desde que em benefício do réu. Portanto, deve haver uma lei anteriormente elaborada e em vigor na ao tempo do ato e sanção prevista para que ele possa ser considerado como crime, sendo que, caso a conduta deixe de ser considerada penalmente ilícita, a tutela penal deixa de se justificar;
- 2- Da criação de tipos penais e penas pelos costumes;
- 3- Do emprego de analogias para criar crimes, fundamentar ou agravar penas;

4- De incriminações vagas e indeterminadas, devendo a lei ser taxativa quanto às condutas penalmente relevantes. (GRECO, 2015).

O que se pode extrair desse princípio é que só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas, o que constitui verdadeira garantia do cidadão contra arbitrariedade do Estado.

Portanto, o princípio da reserva legal desponta, portanto, como um direito fundamental de primeira dimensão, que busca limitar a atuação do Estado, protegendo o ser humano contra o seu arbítrio, garantindo ao indivíduo sua liberdade básica.

Além disso, se configura como alicerce do estado de direito, posto que é o obstáculo mais contundente ao exercício arbitrário da força estatal.

3. FONTES DO DIREITO PENAL

A expressão “fonte do direito” se refere à gênese da norma jurídica. Portanto, expressa a origem da norma jurídica. Referindo-se tanto ao local, o órgão onde é produzida a norma, quanto a sua forma exteriorização.

Desse modo, a doutrina classifica as fontes do Direito Penal de maneira bipartida: fonte formal e fonte material ou ainda fonte de produção e fonte de cognição. Porém alguns doutrinadores divergem quanto ao conteúdo dessa partição.

André Estefam designa fontes materiais substanciais ou de produção como sendo os órgãos incumbidos da produção da norma penal. Refere-se, portanto, à União, pois, segundo a Constituição Federal (CF/88), art. 22, I, é competência privativa da União legislar sobre Direito Penal, podendo, excepcionalmente, Lei Complementar autorizar os Estados a legislar sobre a matéria, de forma específica, conforme parágrafo único do mesmo artigo. (ESTEFAM, 2018).

Ainda para este doutrinador, as fontes formais se referem à maneira que se exterioriza a norma, subdividindo-se, então, em fonte formal mediata e fonte formal imediata. Em se tratando de Direito Penal, as fontes imediatas são exclusivamente as leis, posto que dispõe a Constituição, art. 5º XXXIX e o Código Penal no art. 1º que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Portanto, somente lei pode definir o que seja crime e cominar a respectiva pena.

Ainda assim, não obstante, embora não criem tipos penais nem possam cominar sanções, são admitidas as fontes formais mediatas, também chamadas de secundárias, que, na visão do referido autor são os costumes e os princípios gerais do direito. Esse tipo de fonte sofre limitações pelo princípio da legalidade, motivo pelo que não podem ocasionar situação mais gravosa para o réu, seja criando ou agravando delitos.

Ainda no que tange a classificação das fontes, Nucci considera “fonte material a via hábil à produção do direito, criando normas penais, que, neste caso, é a União” (NUCCI, 2012, p. 73). Ele também reafirma a excepcionalidade da produção legislativa nesta matéria pelos Estados.

O referido autor considera o próprio ente federado como fonte, reafirmando que esta produção ocuparia eventual lacuna na legislação federal, jamais se tratando de norma penal fundamental, pois esta alicerça o sistema e, assim, deve possuir abrangência nacional, sendo, portanto, elaboração de competência da União (NUCCI, 2012).

Já as fontes formais são, para ele, o meio de exteriorização da norma, a forma pela qual ela se torna conhecida. São as leis, as espécies normativas produzidas pelo Poder Legislativo, já que, nem Lei Delegada nem Medida Provisória podem dispor de matéria penal, embora se tratem de lei *lato sensu*.

Tanto Lei Delegada quanto Medida Provisória são espécies normativas editadas pelo Presidente da República, nos termos e ritos previstos constitucionalmente. O primeiro ato normativo apresenta reduzido debate normativo, posto que não é produzido pelo Congresso Nacional. Já a Medida Provisória tem o debate postergado, sendo que seus efeitos são imediatos.

A Lei Delegada não pode ter como tema direitos individuais, conforme art. 68, II, da Constituição Federal (CF/88). Portanto, por se cuidar a norma penal também de direitos individuais, principalmente no que tange à sanção, não é possível o tratamento de matéria penal por este veículo normativo.

No que diz respeito à Medida Provisória, tem-se que é requisito da mesma relevância e urgência, conforme art. 62 da Constituição Federal. A questão que se impõe é a relevância e urgência para tratar de uma matéria tão sensível e gravosa à sociedade a ponto de justificar a ausência de debates e discussões para criação de norma penal por esta via.

Contudo, existe registro na história do Brasil de edição de Medida Provisória tratando de direito penal, sendo desta via oriundas a Lei 7.960/89 (prisão temporária) e a Lei 7.679/88 (proibição de pesca por explosivo, hoje tipificada na Lei 9.605/88).

Embora não tivesse o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre esse tema, a Emenda Constitucional 32/2001 pôs fim nesta instabilidade que circundava a dúvida quanto a possibilidade ou não de tratamento de matéria penal por Medida Provisória, determinando expressamente vedação em razão da matéria penal.

Desta forma, tem-se claro que apenas lei em sentido estrito pode tratar de matéria penal. Não sendo admitido, portanto nenhum outro veículo normativo apto a cuidar do tema, mormente no que se refere a criação de tipo ou sanção penal.

Cleber Masson distingue as fontes da seguinte maneira: enquanto fonte material se refere à origem da norma penal, fonte formal indica a forma de manifestação da lei penal. E, nesse sentido, a fonte material é a União e, através de sua autorização, os Estados membros por lei complementar. (MASSON, 2011)

Nesse diapasão subclassifica as fontes formais em fonte formal imediata, categoria preenchida unicamente por lei em sentido estrito, e fontes formais mediatas, que são os costumes, os princípios gerais do direito e os atos administrativos.

Fernando Capez também leciona nesse mesmo sentido. E, tanto ele quanto Cleber Masson alertam acerca dos tratados e convenções internacionais, os quais apenas ganham força de lei após referendo do Congresso.

Percebe-se, da exposição acima acerca das classificações apresentadas pelos doutrinadores, que jurisprudência não é percebida enquanto fonte de Direito Penal. Nesse contexto, o professor Masson ressalta:

A jurisprudência revela o entendimento dos tribunais, servindo como vetor ao aplicador do Direito. Não tem natureza cogente, salvo quando representativa de súmula vinculante oriunda do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 103-A da Constituição Federal” (MASSON, 2011, p. 17).

Assim, jurisprudência, em regra, não é fonte de Direito Penal, eis que não possui força obrigatória.

Tudo isso posto, é importante firmar a distinção entre as seguintes terminologias: fonte, integração e interpretação da norma.

Enquanto fonte diz respeito à própria origem da norma, a integração é uma técnica de preenchimento de lacunas, sendo utilizada quando o aplicador não encontra, no sistema jurídico, lei que regule a questão posta de maneira específica. Já a interpretação é a busca do alcance do sentido da norma. Tanto interpretação quanto integração serão abordados em tópicos próprios.

4. A NORMA PENAL

O Direito Penal tem como principal característica a coercitividade, neste sentido leciona o professor Francisco de Assis Toledo que “os tipos legais de crime constituem verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, na esfera da liberdade individual.” (Toledo. 1994, p. 4).

A estrutura da norma penal é peculiar, sendo assim formada por um preceito primário, descritivo da conduta abjeta pelo ordenamento jurídico, e o preceito secundário, discriminante da sanção cabida quando da prática da atividade delitiva.

Nessa toada, segundo os ensinamentos do Professor Cleber Masson a lei penal é descritiva, e não proibitiva:

A lei penal não é proibitiva, mas descritiva. Não proíbe a conduta de “matar alguém”, e sim descreve tal comportamento como criminoso, impondo pena a ser aplicada caso seja ele praticado. A legislação brasileira não contém, como outrora, mandamentos diretos, a exemplo de “não furtar”, “não roubar” etc. Optou pela proibição indireta, descrevendo o fato como pressuposto da sanção. (MASSON. 2011, p. 102).

Ainda na lição do ilustre doutrinador, essa técnica legislativa, desenvolvida por Karl Binding, sendo por ele chamada de Teoria das Normas, distingue a norma penal da lei penal. A primeira cria o ilícito, a qual é violada pela conduta criminosa; enquanto a lei cria o delito, a qual não é violada quando da ação criminosa, posto que o agente atua nos termos da ação descrita por ela. (MASSON. 2011, p. 102).

Nesse mesmo sentido, segundo o professor Fernando Capez decorre do princípio da reserva legal a característica da norma penal ser descritiva e não proibitiva, pois, é a norma regra proibitiva não escrita oriunda do sentimento de justiça da coletividade, que proíbe. À lei cabe tornar cogente a norma, associando o comportamento danoso a uma pena, para que, somente aqueles que ajam nos termos exatos previstos pela lei, possam ser punidos. (CAPEZ, 2018).

4.1 Interpretação

Interpretação diz respeito à determinação do sentido de algo. Portanto, interpretar a lei penal significa determinar seu sentido, limites e alcance. Segundo Nucci alerta: “interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação da norma”. (NUCCI, 2014, p. 76).

Já Cleber Masson esclarece que interpretação é a tarefa mental que busca estabelecer a vontade da lei, ou seja, o seu conteúdo e significado. Deve buscar a vontade da lei (*mens legis*), isto é, o sentido normativo nela contido, e não a vontade de quem a fez (*mens legislatoris*). (MASSON, 2011, p. 105).

Dentre as técnicas hermenêuticas usadas na interpretação normativa no geral, classificadas como interpretação literal, teleológica, extensiva, analógica, literal etc. Merecendo especial atenção as formas de interpretação extensiva e analógica.

4.1.1 Interpretação extensiva e interpretação analógica

Através da técnica interpretativa denominada extensiva – classificação dada em relação ao alcance da norma – o intérprete estende seu alcance para além do estritamente contido na literalidade do dispositivo. Segundo Nucci “é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de atender a real finalidade do texto”. (NUCCI, 2014, p. 76)

Na lição de Masson “extensiva é a que se destina a corrigir uma fórmula legal excessivamente estreita. A lei disse menos do que desejava (*minus dixit quam voluit*). Amplia-se o texto da lei, para amoldá-lo à sua efetiva vontade.” (MASSON, 2011, p. 107).

Por seu turno, interpretação analógica “é a que se verifica quando a lei contém em seu bojo uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica”. (MASSON, 2011, p. 107). Ou seja, dentro do texto legal existe uma autorização para interpretação de distintas maneiras, pois o texto em si não necessita ser preenchido de maneira interpretativa para que seu alcance seja estabelecido, sua aplicação seja possível.

Tanto a interpretação extensiva quanto a interpretação analógica são aceitas amplamente pela doutrina, ainda que em prejuízo do réu, por tratar-se de procedimento interpretativo, ou seja, da busca do alcance da vontade da norma. Neste sentido, o professor Rogério Greco pontua que:

Da mesma forma que a interpretação extensiva, a interpretação analógica amplia o conteúdo da lei penal, com a finalidade de nela abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, mas que por ele foram também desejadas. (GRECO, 2015, p 91).

Contudo, na seara jurisprudencial percebe-se alguma oscilação quanto à possibilidade de interpretação extensiva e analógica em prejuízo do réu. Ora o STF entende estas técnicas interpretativas como violadoras do princípio da legalidade estrita, ora as reputa como constitucionalmente adequada. Em exemplo à primeira posição eis abaixo excerto extraído do informativo nº 38 do STF:

O art. 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição (CP: "Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena"). Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em habeas corpus no qual se pretendia que a prescrição da pretensão executória fosse calculada com base no restante da pena a cumprir, descontados os dias em que o réu estivera preso provisoriamente, como resultado da detração operada com base no art. 42 do CP. No caso, o recorrente fora preso em flagrante delito e condenado a um ano de reclusão e dez dias-multa, pena substituída por restritiva de direitos e, posteriormente, convertida em privativa de liberdade, em razão do descumprimento da pena alternativa. Considerou-se o princípio da legalidade estrita, de observância cogente em matéria penal, que impede a interpretação extensiva ou analógica das normas penais. Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Precedentes citados: HC 69865/PR (DJU de 26.11.93); HC 74071/SP (DJU de 11.4.97). RHC 85026/SP, rel. Min. Eros Grau, 26.4.2005. (RHC-85026)

Em sentido oposto, porém não expressamente declarado tem-se o seguinte julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso. [RHC 106.481, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 3-3-2011.]

Tem-se, portanto, que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, compreende, embora demonstre alguma relutância, ser a interpretação extensiva da norma penal perfeitamente possível, desde que não desvirtue a *mens legis*, ou seja, desde que não descaracterize a vontade, o sentido da lei.

4.2 Integração

Integração diz respeito à colmatação a eventual brecha legislativa, ao preenchimento de lacuna deixada por não haver disposição legislativa que regule dada situação.

Dito isto, vale a pena trazer à baila que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei 4.657 de 1942, aponta como formas de integração da lei a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O dispositivo acima referido, conforme já exposto neste trabalho, não possui aplicação no âmbito penal, posto que defeso pela própria Constituição Federal, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Dito isto, é importante destacar que a analogia não é proibida no Direito Penal, desde que em benefício do réu, analogia *in bonam partem*. E neste contexto, assevera Nucci que:

Por derradeiro, cumpre destacar que até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção. Daí por que não pode o magistrado disseminar o uso da analogia para absolver o réu, pois isso colocaria em risco a segurança idealizada pelo direito penal. (NUCCI, 2014, p. 77).

Portanto, em respeito ao mandamento constitucional, apenas lei pode criar tipos penais ou penas ou agravar penas. Deste modo, havendo lacuna normativa penal a um dado fato, forçoso é reconhecer tratar-se apenas de lacuna aparente, e aceitar que o fato não se configura crime, Pois, apenas lei pode definir crime, de acordo com o princípio da legalidade estrita. E esta definição deve se dar de maneira clara e objetiva, sob pena da invalidade da norma, conforme o referido princípio.

5. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA NORMA PENAL

O Direito Penal, como já apresentado, é um ramo do Direito que possui peculiaridades que o distingue dos demais ramos do Direito Público. A par das principais distinções explanadas, este Capítulo se destina à discussão do papel incumbido à Jurisprudência no tocante à aplicação da Norma Penal.

No decorrer deste estudo, verificou-se que, para parcela significativa da doutrina penal, a Jurisprudência, ora figura como espécie de interpretação, ora como fonte mediata do Direito Penal.

Nucci ao classificar as fontes do Direito Penal, considera a Jurisprudência sumulada como fonte formal mediata, auxiliar do processo de interpretação e aplicação da Lei Penal. E esclarece o doutrinador; “porque não geram o direito diretamente, mas fornecem meios adequados para a sua interpretação. Poder-se-ia até mesmo indicar uma forma de interpretação cogente, o que não retira o seu caráter de fonte mediata.” (NUCCI. 2014, p. 64).

Parece compactuar deste entendimento o jurista Cleber Masson, segundo o qual “a Jurisprudência revela o entendimento dos Tribunais, servindo de vetor ao aplicador do Direito”. (MASSON, 2011, p. 17). Todavia, quando discorre sobre interpretação da Lei Penal, na mesma obra, o professor realiza classificação quanto ao sujeito da interpretação, expondo que:

Judicial ou jurisprudencial é a interpretação executada pelos membros do Poder Judiciário, na decisão dos litígios que lhes são submetidos. Sua reiteração constitui a jurisprudência. Em regra não tem força obrigatória, salvos em dois casos: no caso concreto (em virtude da formação da coisa julgada material) e quando constituir súmula vinculante. (MASSON, 2011, p. 106).

Portanto, mostra-se uma interpretação válida da explanação do referido autor que a interpretação da norma realizada por juízes, ou Tribunais, isoladamente se constitui mera interpretação da Lei Penal, enquanto que a reiteração desse entendimento se configura fonte mediata do Direito Penal. Sendo ambas situações elementos não cogentes, exceto a que se manifesta enquanto coisa julgada e a Súmula Vinculante.

Essa mesma acepção parece ter, também, o professor Fernando Capez, segundo o qual a Jurisprudência é forma de procedimento interpretativo, conforme classificação constante em seu livro Curso de Direito Penal – Parte Geral.

Interessante se faz abordar a questão da súmula vinculante no contexto deste trabalho. A Súmula vinculante tem como fundamento o Art. 103-A da Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O dispositivo colacionado dá conta de que a Súmula Vinculante se justifica a partir da reiteração de decisões sobre determinada matéria constitucional. Portanto o objetivo de sua edição é tornar impositiva uma interpretação de uma norma outrora confrontada face a Constituição, através do controle difuso incidental, ou entre os órgão da Administração pública e que não tenha sido objeto de controle concentrado de constitucionalidade – já que, como consequência deste tipo de ação, tem-se a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um dispositivo normativo.

Sendo assim, pela redação do artigo 103-A é possível inferir que trata-se de um recurso, um instrumento de freio e contrapeso, de interação entre os Poderes, pois o caput do artigo ora em comento preceitua que o conteúdo da Súmula Vinculante será cogente para a Administração Pública de todas as esferas de Governo, de maneira que apresenta, portanto caráter abstrato e geral.

Todavia, embora possua caráter abstrato, geral e cogente a Súmula Vinculante não tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, posto que essa característica são próprias de lei, em sentido estrito, e demais espécies normativas afins, cuja elaboração é incumbência do Poder Legislativo, ressalvadas as situações especiais constitucionalmente previstas dentre as quais a Súmula Vinculante não se inclui. Ademais, é válido lembrar que em se tratando de matéria penal, o princípio da legalidade estrita determina que apenas lei em sentido estrito pode prever crimes e cominar penas.

5.1 O Ativismo do Poder Judiciário e o Direito Penal

Para que se possa abordar o ativismo do Poder Judiciário em primeiro lugar é necessário que se tenha claro o que vem a ser esse Poder e qual seu lugar face a programação delineada pela Carta Maior do Estado Brasileiro em vigor.

Nesse aspecto, tem-se que o Poder Judiciário figura como um dos três Poderes da República Federativa do Brasil, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, nos termos do art. 2º da CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Estabelecida esta etapa, importante se mostra apontar qual função foi outorgada, pela Constituição, a este Poder. Segundo José Afonso da Silva, a função dos órgãos do Poder Judiciário é solucionar conflitos de interesses em situações concretas (SILVA, 2005, p. 553).

Já o Ministro Alexandre de Moraes, parafraseando Sanches Viamonte, afirma que a função do Poder Judiciário:

Não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios ((VIAMENTE *apud* MORAES, 2003, p. 358)

Nesse diapasão, tem-se a vigente Constituição consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição ao concretizá-lo no art. 5º XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse modo, percebe-se que a Constituição concedeu ao Poder Judiciário a possibilidade de tratar de uma parcela da vida social muito abrangente, vez que a Constituição Federal atual buscou tratar de variados temas, sendo, por isso, classificada pela doutrina como Constituição analítica.

Essa enorme extensão de temas abrangidos pela Constituição permite ao Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo um órgão não eleito pelo povo, intervir em praticamente todos os assuntos da vida em sociedade, inclusive em políticas públicas e Direito Penal, ao interpretar e julgar as Ações de Constitucionalidade, assim como estabelecer interpretação conforme a Constituição e editar Súmulas Vinculantes.

Nesse contexto, os órgãos do Poder Judiciário têm, portanto, a incumbência de resolver conflitos que sobre variados temas, não apenas com fundamento em leis, em sentido estrito, mas também com base na própria Constituição Federal, em caso concreto, de maneira difusa, incidental, por juízes singulares e Tribunais, e no controle concentrado e abstrato pelo Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102 II).

A questão que se impõe é sobre os limites de atuação deste Poder da República, o Poder Judiciário. Posto que, ao passo que a CF atribui incumbências específicas a ele, também o faz em relação aos demais poderes – Legislativo e Executivo.

No que se refere à disciplina tratada neste trabalho, fundamental se faz consignar que a atuação do Poder Judiciário tem algumas delimitações expressas na legislação, bem como na Constituição. De maneira que, ao ser insculpido o princípio da legalidade da Lei Penal no art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal –, tem-se como consequência a impossibilidade de órgão do Poder Judiciário, face lacuna interpretativa de normas, prevê crime ou aplicar pena sem que haja prévia lei, *stricto sensu*, cominando-a.

No tocante ao termo ativismo, trata-se de palavra que se refere à atuação proativa do Poder Judiciário diante de ausência de disposição normativa acerca do tema envolto de conflito levado a seu tratamento.

Nesse cenário, é válido apresentar as observações feitas pelo Ministro do STF Luiz Roberto Barroso, em artigo intitulado Contramajortário, Representativo e

Iluminista: Os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas, que sugere a aceitação de uma concepção positiva da expressão ativismo judicial:

O ativismo 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 determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ou pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária. (BARROSO, 2017, p. 2184)

Abordagem importante é feita pelo jurista Rogério Greco que observa a atuação do julgador (singular ou colegiado) enquanto legislador positivo e negativo. Segundo expõe, o juiz, ao se deparar com uma lacuna e dispor do recurso da analogia *in bonam partem*, ampliando o alcance da lei, atua como legislador positivo. Ao passo que, “quando reconhece a inconstitucionalidade de determinado diploma penal, seja por meio do controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja por meio do controle difuso, inerente a todo julgador, estará exercendo as funções de um legislador negativo, impedindo, outrossim, a aplicação da lei ao caso concreto”. (GRECO, 2015, pp 95,96).

Contudo, é importante frisar que, embora haja previsão de controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, esta atuação não atribui ao Poder Judiciário a função de Poder Moderador, como era o quarto poder trazido pela Constituição de 1824 e não previsto na Constituição de 1988.

O Poder Moderador era previsto nos artigos 151 e 163 da Constituição do Império e conferia poder ao Imperador de intervir em caso de conflitos entre os demais poderes, de maneira que este poder preponderava sobre os demais. De pronto se percebe que esta estrutura não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, e que não possui nenhuma correspondência com qualquer dos poderes previstos na Constituição em vigor.

A despeito de tudo já demonstrado, percebe-se forte atuação positiva do Poder Judiciário, empenhando-se cada vez mais na elaboração de normas gerais e abstratas, seja através de edição de súmula vinculante, ou através de estabelecimento de julgados que se perfazem verdadeiros comandos. Como exemplo deste último tem-se o estabelecimento, pelo STF, de requisitos para reconhecimento do princípio da insignificância, sendo estipulados critérios

enumerados para reconhecimento do referido princípio no caso concreto, cujo resultado é a não aplicação da lei válida e vigente.

Outrossim, constata-se a atuação proativa do Poder Judiciário, por exemplo, ao decidir aplicar a Lei racismo, Lei 7.716/89 à discriminação contra homotransfobia, concluindo que o Congresso estava omissis (mesmo havendo projetos de lei a respeito em tramitação), no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e do Mandado de Injunção nº 4.733. Violando, portanto o mandamento da Carta Maior insculpido no art. 5º XXXIX, que positiva o princípio da legalidade penal estrita, segundo o qual, ao há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e fundamentando sua decisão por analogia *in mallam partem*, algo proibido nesta seara do Direito.

Neste episódio, reconheceu o SFT, portanto, a omissão do Poder Legislativo por não editar lei penal que objetivasse resguardar direitos da minoria denominada LGBTI+. E, optando por substituí-lo neste mister, estendeu a aplicação do art. 20 da Lei de Racismo 7.716/89 à homotransfobia, por analogia ao racismo, ou melhor, conforme construção firmada no julgado, estabeleceu que racismo compreende a homotransfobia.

Neste último caso, percebe-se clara extrapolação do âmbito de suas atribuições, considerando a disposição expressa do texto constitucional, que prevê, em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade:

Art. 103, § 2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Não se vislumbra, no texto constitucional, autorização para que o Poder Judiciário suplante a atuação dos demais poderes. E, além de reconhecer a ausência de norma constitucional nesse sentido, forçoso é admitir tal situação se configura tolerância a desrespeito não só ao princípio republicano, como verdadeiro golpe à democracia – embora o Poder Judiciário o faça a pretexto de defendê-la. Pois, a atual Constituição, além de incumbir aos representantes legitimamente escolhidos pelo povo a tarefa de elaborar leis no interesse da sociedade, permitiu sua participação direta, através dos instrumentos plebiscito, referendo e principalmente a iniciativa popular na edição de leis:

Art. 61. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Da análise do texto constitucional percebe-se que o povo prescinde da atuação excessivamente proativa do Poder Judiciário para iniciativa de elaboração lei (norma geral e abstrata), considerando que é possível a manifestação de sua vontade, como já ocorrera a exemplo das leis: 8.930/1994, que incluiu homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos; a Lei 9.840/1999, tratando do combate à compra de votos; e a Lei 11.124/2005, Fundo Nacional de Habitação.

6. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário possui papel fundamental na estrutura do Estado Brasileiro, com incumbências específicas para manutenção da coesão social e atingimento das aspirações da nação brasileira positivadas na Constituição Federal por intermédio dos princípios ali elencados, assim como por outros reconhecidos pelos estudiosos e aplicadores do Direito.

A partir do que foi posto neste trabalho, do confronto de opiniões de renomados doutrinadores, percebe-se que a norma penal possui características peculiares que as distingue daquelas atinentes aos demais ramos do Direito.

Essas características próprias, que se verificam desde sua formação, não comportam entendimento jurisprudencial como sua fonte criadora, a despeito do conteúdo do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Portanto, percebe a extrapolação das atribuições Constitucionalmente previstas, conforme demonstrado, quando o Poder Judiciário decide, dando amplitude a suas decisões, constituir normas gerais e abstratas. Pois, embora guardião da Constituição, nos termos do art.102 da Constituição, ao STF não foi dada prerrogativa de legislar.

O Poder Judiciário não é um Poder Moderador, tal qual previa a Constituição do Império. Guardar a Constituição, protegê-la, até mesmo do retrocesso, ou não acompanhamento das evoluções sociais, não se confunde com suplantar os demais

Poderes, não significar tomar-lhes suas prerrogativas quando entender que atuam de maneira deficiente ou deixam de agir quando deveriam. O Poder Judiciário não é maior que os demais.

Este é o entendimento lógico e cristalino proveniente do texto constitucional. Pois, se o poder constituinte originário, ou até mesmo o derivado, quisesse delegar ao Poder Judiciário, em especial ao STF, a tarefa de fiscalizar, modular, determinar a atuação dos demais poderes, assim o teria feito expressamente. Não seria necessário que se recorresse a tantos recursos lingüísticos, retóricos, vasta doutrina estrangeira em meandros até difíceis de acompanhar, tamanha complexidade, para justificar o exercício de tarefas do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

A partir do que foi apresentado neste trabalho, percebe-se que, embora alguma parcela de formação de normas de alcance geral, como no julgamento de ações de inconstitucionalidade e na elaboração de súmulas vinculantes, não é possível concluir que foi delegada ao Poder Judiciário a função de editar leis, em especial na seara penal, na qual o princípio da legalidade garante ao cidadão que só haverá crime se houver uma lei anterior que o defina.

. Pelo contrário, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, resta claro que os Poderes da República devem coexistir de forma harmônica, respeitando o espaço de atuação previsto para cada um.

Sendo, portanto, conforme significativa posição doutrinária, reconhecido o papel da Jurisprudência de fonte mediata de Direito Penal. Não podendo, assim, exercer papel integrativo em prejuízo do réu, e em benefício apenas de maneira excepcional, em respeito ao princípio da legalidade penal estrita imposto pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed, 3 reimpr. São Paulo: Malheiros. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, N 4, 2018, p 2171-2228.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 08 de setembro de 2020.
- BRASIL: Código Penal (1940). **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 de setembro de 2020.
- BRASIL: LINDB (1942). **Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n 26**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>
- SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102365**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626138/habeas-corpus-hc-102365-sp-stf>>
- ESTEFAN, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2011. Vol 1
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed.. São Paulo: Atlas. 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros. 2005
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.