

## **BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DEMOCRÁTICO E A ADO Nº 26**

Natália Boigues Corbalan TEBAR<sup>1</sup>

**RESUMO:** O interesse pelo tema surgiu pela comoção social que o julgamento da ADO nº 26, proferido pelo STF causou na sociedade brasileira como um todo. Ao tentar assegurar direitos de um grupo marginalizado, o STF ultrapassou das suas funções e usurpou uma decisão que deveria ter sido tomada pelo Poder Legislativo. Um dos princípios do sistema jurídico brasileiro, o princípio da legalidade, fora lesionado no momento em que o STF aplicou a analogia para abarcar a homofobia no tipo penal do racismo. Se trata de mais um caso do ativismo judicial no Brasil.

**Palavras-chave:** Tripartição dos poderes. Princípio da legalidade. Direitos fundamentais. Ativismo judicial.

### **1 INTRODUÇÃO**

O ativismo judicial nos últimos anos ganhou grande força no Brasil. Este movimento se caracteriza a partir do momento em que o poder Judiciário pratica uma função atípica da que fora elencada pela Constituição Federal.

O STF, como órgão máximo do Judiciário, é o que mais pratica o chamado ativismo judicial. A finalidade deste artigo foi buscar analisar um destes casos, mais especificamente, analisar a ADO nº 26, mais conhecida como “Criminalização da Homofobia”.

O Direito Penal naturalmente causa uma grande comoção social, porém ao buscar a proteção de um grupo marginalizado pela sociedade, essa comoção se torna ainda maior.

A ADO nº 26 tinha como finalidade criminalizar a homofobia, aplicando o tipo penal do racismo aos crimes que tivessem como motivação a homofobia ou transfobia.

Esta ADO se baseava no fundamento de que o Poder Legislativo estava praticando um ato de inconstitucionalidade. Na verdade, a inconstitucionalidade era gerada pela omissão.

---

<sup>1</sup> Discente do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Nataviatebar@hotmail.com.

Buscou-se fazer uma análise meramente jurídica sobre a decisão tomada pelo STF, que deu um parecer positivo para a expansão do tipo penal do racismo para também abarcar os crimes de homofobia e transfobia.

Para isto, utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de um preceito geral para analisar o caso específico desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **2.1 A tripartição dos poderes**

Na história da humanidade, houve muitos Estados que tiveram um poder centralizado na mão de um único governante. Este exercia todos os poderes e tomava todas as decisões, se auto intitulado legitimado para tanto.

Não havia nenhum tipo de controle ou limite sobre o poder exercido por este governante, o que fez com que muitos direitos dos cidadãos, até mesmo muitos direitos que hoje são positivados como fundamentais, fossem lesionados.

A descentralização do poder ocorreu após anos de lutas do indivíduo frente a Estados tiranos. Esta foi uma das alternativas encontrada para, teoricamente, tornar o poder exercido mais democrático e legítimo, o que resultou na divisão dos poderes.

Neste sentido, Charles Secondat Baron de Montesquieu (2008, p. 169) aponta que ao analisar um governo em que uma pessoa exerce o poder Executivo e Legislativo, não haverá liberdade, mas sim, tirania.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executa-las tiranicamente.

O mesmo autor também faz um apontamento quanto ao poder Judiciário. Este afirma que se o Poder Judiciário e Legislativo estiverem na mão da mesma pessoa, se trataria de um governo arbitrário, afinal o juiz seria também um legislador.

Conforme o que fora apresentado, Charles Secondat Baron de Montesquieu escreveu (2008, p. 170):

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor

O Estado Democrático de Direito tem como uma das bases do seu sistema a tripartição dos poderes. O Estado é dividido em três poderes, sendo eles o poder executivo, poder legislativo e o poder judiciário.

É nesse sentido que ensina Paulo Fernando Silveira (1999, p. 39):

À luz desses ensinamentos, e em prosseguimento da luta interminável do indivíduo contra a tirania, forcejando a criação do Estado Democrático de Direito, surgiu a doutrina da repartição dos poderes, manifestada, em eixo vertical, pelo federalismo (divisão do Poder entre a União e os Estados-Membros) e, em ângulo horizontal, pela alocação em órgãos específicos de mesmo ente político, do exercício de funções diferenciadas pela sua especialidade: legislativa, executiva e de julgamento (separação dos poderes). Incorporou-se, ainda, a ela, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)

No caso específico do Brasil, a Carta Magna de 1988 estabeleceu as competências e funções que devem ser exercidas por cada um destes poderes. Segundo Edinilson Donisete Machado (2011, p. 69), as decisões políticas e governamentais devem partir do Executivo e do Legislativo, sendo o Judiciário o poder competente para efetuar a revisão.

A conclusão que se chega é a de que a Constituição de 1988 estabelece os procedimentos e atribui competências a cada uma das funções, e que as escolhas cabem preponderantemente ao legislador e ao Executivo, que se submetem a um processo preordenado de discussão e de deliberação do qual cabe a revisão judicial, com o fito de verificar a compatibilidade vertical de sua atividade legiferante.

Na democracia brasileira, a representatividade política é exercida pelo poder Legislativo e Executivo, afinal são estes os cargos que são eleitos pelo voto popular. Já o Judiciário se trata de um poder não democrático.

O poder legislativo, para Thomas Hobbes (2008, p. 226), é o poder soberano em todas as repúblicas, pois o legislativo é o poder que cria as leis, e as leis seriam os ordenamentos prescritos pela república.

Em todas as repúblicas o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei, e apenas a república

prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis. Portanto a república é o único legislador

Para Carl Schmitt (2007, p. 19), o legislativo seria o guardião do Direito como um todo. Este poder seria o responsável pela origem da legalidade e também efetuar a proteção contra injustiças.

Em outros termos, o legislador, bem como o processo de legiferação por ele controlado, é o guardião último de todo Direito, garantia última da ordem existente, origem última de toda e qualquer legalidade, garantia última e proteção última contra a injustiça

Além do que fora apresentado por Schmitt, este poder é também responsável por positivizar os anseios da sociedade como um todo, assegurando e possibilitando uma resposta do Estado frente a conflitos.

A lei, conforme analisado, deve ser produzida pelo poder legislativo, sendo ele o poder legítimo para legislar. Por isto, uma norma jurídica criada por um poder ilegítimo será uma norma ilegítima.

Pode-se concluir que se os outros poderes ultrapassam suas competências e criam uma norma, se trata de uma norma não democrática.

Assim entende Eros Roberto Grau (2014, p. 91):

Teremos, destarte, que a norma jurídica (= *texto normativo*) será ilegítima se (a) ilegítimo o poder de onde emerge (a ilegitimidade do título de poder contamina de ilegitimidade o exercício do poder, o menos no nível teórico) ou (b) se carente de autoridade

Em consonância ao que fora apresentado, o princípio da legalidade, segundo Eros Roberto Grau, é um dos corolários da separação dos poderes. É este princípio que faz a limitação da atuação do Estado frente ao indivíduo.

Assim leciona Eros Roberto Grau (2014, p. 171): “O princípio da legalidade é desde então visualizado em termos estritamente formais, como corolário da separação dos poderes, importando exclusivamente a oposição de um limite à atuação do Estado”.

Após tudo o que fora exposto, deve-se atentar à discussão existente sobre a interferência que o judiciário exerce na esfera legislativa, interferência esta que também se apresenta no sistema brasileiro.

O poder judiciário faz uma verificação das leis confeccionadas pelo legislativo e sua respectiva conformidade com a Constituição, o que é comumente chamado no Brasil de “controle de constitucionalidade”.

Para Carl Schmitt (2007, p. 26), esses atos colocam em risco o sistema da legalidade, pois se tratam de duas esferas diferentes do poder estatal.

Em seu significado prático, volta-se atualmente, sobretudo, contra a verificação judiciária de leis, pois tal controle do Judiciário por parte do Legislativo impregnaria o Estado legiferante parlamentar de elementos próprios de um Estado jurisdicional, que, enquanto corpos estranhos, põem em risco o inequívoco sistema de legalidade daquele tipo de Estado e traz problemas ao Parlamento em sua posição central como fonte de legalidade

Pode-se concluir que no momento em que um poder ultrapassa suas atribuições e influi nas decisões e funções exercidas pelo outro poder, haverá um alto risco de que ocorra uma supressão de direitos.

## **2.2. Ativismo judicial**

Após ter sido estudada a separação dos poderes e o risco da violação deste corolário do sistema democrático, deve-se analisar a realidade da democracia brasileira e como o poder é efetivamente exercido.

Em um Estado Democrático de Direito, todos os poderes deveriam trabalhar em conjunto, praticando atos em harmonia com suas funções, ou seja, tomando decisões somente quando legitimados para tanto.

Neste momento, irá ser analisado o destaque que o poder Judiciário ganhou nos últimos anos da democracia brasileira e como isso afeta diretamente o sistema da democracia brasileira como um todo.

Luís Roberto Barroso aponta que o poder judiciário vive um momento de expressiva ascensão, tanto política, quanto institucional. Ainda segundo o autor, é o STF quem toma decisões sobre conflitos quanto a separação dos poderes, por exemplo.

Este autor também aponta um debate sobre a legitimidade democrática que surgiu após essa ascensão. Assim ensina Luis Roberto Barroso (2015, p. 14-15):

*O Poder Judiciário, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, dentre as quais se*

incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde e tarifa de serviços públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação

O STF ganhou um grande destaque após proferir sentenças de cunho político sobre diversos assuntos. Também ganhou destaque ao ultrapassar suas funções e usurpar decisões que deveriam ou não ser tomadas pelos outros poderes, ocorrendo assim o chamado ativismo judicial.

Conforme entende Luis Roberto Barroso, quando o poder Legislativo não atuar, haverá uma lacuna no ordenamento jurídico e o Judiciário será obrigado a resolvê-lo.

Segundo explica o autor, quando o Legislativo atua, o STF somente poderá invalidar a lei criada, no caso em que esta não esteja em consonância com a Constituição Federal. Por outro lado, quando o Legislativo não atua, não proferindo então uma decisão política sobre aquela matéria, o poder e função do Judiciário irá aumentar.

Este é o entendimento de Luis Roberto Barroso (2015, p. 19-20):

Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pode, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los. (...) Portanto, o papel do Judiciário, quando não tenha havido deliberação política, é mais abrangente do que quando ela tenha ocorrido. Se há lei, o STF só deve invalidá-la se a afronta à Constituição for inequívoca. Se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa. Nesse caso, seu poder se expande. Portanto, no fundo no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa

O ativismo judicial é criticado por Schmitt, pois ele entende que este movimento busca se apropriar da interpretação da constituição. Porém, a constituição, segundo este autor, se trata de uma decisão política, se tratando de algo parcial.

Já o poder Judiciário, deve ser um órgão imparcial, sendo competente para realizar somente a revisão, conforme já apresentado. As decisões e poderes que se aliam à política são o Executivo e Legislativo.

Neste sentido, apontou Felipe Daniel Amorim Machado (2013, p. 71):

Aí vem a crítica schmittiana de que o ativismo judicial, consubstanciado na tentativa de se apropriar da interpretação da constituição, não possui legitimidade. Isso porque a constituição resguarda uma decisão política, ou seja, uma decisão parcial, que possui um lado a ser defendido, o que não se conforma à função de um órgão que deve atuar com imparcialidade, simplesmente aplicando o direito posto

O ativismo judicial traz consigo uma grande incerteza sobre o que será ou não decidido por um dos membros deste poder. Teoricamente, o Judiciário deveria se basear na lei e aplica-la ao caso concreto, porém nem sempre é o que acontece.

Quando o Judiciário ultrapassa os limites impostos a sua função, haverá o risco de ser aplicada a opinião particular dos juízes, afinal este não está mais se baseando em um postulado objetivo.

Esta insegurança é apontada por Charles de Secondat Baron de Montesquieu (2008, p. 172):

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos

É esta insegurança um dos grandes problemas do ativismo judicial. Afinal, esta insegurança muitas vezes se concretiza, acarretando em uma limitação a direitos fundamentais, mesmo não havendo expressa previsão para tanto.

### **3 ADO Nº 26**

#### **3.1. O caso**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, com a finalidade de obter a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia.

Neste sentido, consta no Supremo Tribunal Federal (2019, p. 2):

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

Obviamente, este tema trouxe uma grande repercussão nacional, sendo visto como uma forma de reposta do Estado para com este grupo que vive marginalizado pelo estado brasileiro.

O STF (2019, p. 42) entendeu pela criminalização, sustentando que não há diferenciação entre o crime de racismo e o crime de homofobia.

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

Tomando conhecimento dessa decisão, será feita uma análise sobre a aplicação dos preceitos democráticos e constitucionais elencados pelo STF.

### **3.2. Omissão legislativa**

Na omissão legislativa há a inércia, o silêncio do legislador, ou seja, ele não produz leis que seriam necessárias para que a Constituição seja efetiva. O legislativo deixa de cumprir a sua função, que é editar leis quando estas se apresentarem necessárias.

Assim observou Flavia Piovesan (2003, p. 91):

A omissão legislativa resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar

Neste mesmo sentido, a mesma autora constata que se o Estado deixa de buscar a realização dos preceitos trazidos na Constituição, estar-se-ia diante de uma violação negativa do texto constitucional.

Flavia Piovesan constatou (2003, p. 90):

Se o Estado deixar de determinar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torna-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Deste *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providencia adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público

Essa violação negativa resulta em uma inconstitucionalidade por parte do legislativo, pois este é o representante do Estado que é encarregado de legislar. Esta omissão acarreta efeitos nos outros efeitos, principalmente no Judiciário.

Um dos exemplos dos efeitos dessa omissão é o caso que fora anteriormente analisado, a ADO número 26 e o Judiciário é acionado para decidir sobre essa inconstitucionalidade.

Um dos grandes problemas desse tipo de interferência que o Judiciário exerce no Legislativo é determinar o limite dessa intervenção. Porém, um entendimento que já foi fixado sobre este tema é que o Poder Judiciário não pode substituir a atividade normativa do legislador, mesmo que este esteja cometendo um ato de inconstitucionalidade com a sua inércia.

É assim que Eduardo Appio (2009, p. 80) entende:

Os limites dessa intervenção, no caso brasileiro, já foram definidos através da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal, especialmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458-DF (relator Ministro Celso de Mello), tendo-se fixando o entendimento de que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão não incumbe ao Poder Judiciário substituir uma atividade normativa do legislador

O STF, em sua decisão, não poderia ter ultrapassado esse limite fixado e utilizado a analogia para abarcar, no seu entendimento, um novo tipo penal incriminador.

Ao ocorre a invasão de competência de um dos poderes, há um impasse constitucional. No caso do Judiciário, de forma mais específica, as suas atitudes estão limitadas a Constituição Federal, ou seja, se este viola a Carta Magna e assume uma função de algum dos outros poderes, se trata de uma atividade reputada como inconstitucional.

Neste sentido apresenta Eduardo Appio (2009, p. 88):

A invasão de uma competência atribuída a um dos Poderes da República pode representar um impasse constitucional, o que de modo algum se coaduna com os objetivos da CF/88 e com o incipiente processo de redemocratização do Brasil. As atividades do juiz, a exemplo das desenvolvidas pelos membros dos demais Poderes, estão limitadas pela Constituição Federal, motivo pelo qual sua incursão em atividade privativa dos demais Poderes deve ser reputada como inconstitucional.

Houve uma invasão da competência, e mais do que isso, o poder Judiciário exerceu de forma expressa a função do legislador ao utilizar a analogia no Direito Penal.

### **3.3. Analogia**

A analogia foi um dos fundamentos utilizados pelo STF na prolação da decisão sobre a ADO número 26. Por este motivo, será analisado a definição, aplicação desta.

Inicialmente, deve ser feita uma distinção entre analogia e interpretação analógica. Enquanto a interpretação analógica é uma forma de interpretação do direito positivo, a analogia é utilizada quando não existe o direito positivo.

A analogia se apresenta como uma forma de integração do ordenamento jurídico. Haverá a aplicação de uma norma que já existe, que se baseie em um caso semelhante, para preencher esta lacuna.

Em consonância ao que foi dito, ensina Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019, p. 88):

Não se deve confundir analogia com interpretação analógica. Analogia não é forma de interpretação, mas sim forma de integração do ordenamento jurídico, consistente na aplicação de uma norma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja uma lacuna legal. Na analogia, o operador se vale de um método indutivo--dedutivo. Em primeiro, partindo de regras específicas busca a norma abstrata ou princípio que as orienta (indução, do particular para o geral). Reconhecido o princípio geral, o operador parte diretamente do princípio para resolver a situação de fato que revelou a lacuna na legislação (dedução, do geral para o particular).

Para Carlos Maximiliano (2011, p. 174), o processo analógico, na verdade, não cria um direito, mas sim descobre o já existente. A lacuna será integrada quando for encontrada uma semelhança com um caso que o legislador já tenha previsto.

O processo analógico, entretanto, não *cria* direito novo; *descobre* o já *existente*; integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteado pela vida social. O magistrado que recorre à analogia, não age *livremente*; desenvolve preceitos *latentes*, que se acham no sistema jurídico em vigor

A analogia é amplamente aceita nos ramos disponíveis do direito, quando for identificado um núcleo semelhante entre os casos. Porém, estamos diante do campo do Direito Penal, não se tratando de um direito disponível.

O princípio que rege o âmbito penal é o princípio da legalidade, não cabendo então a analogia. Afinal, como já fora evidenciado, a analogia preenche uma lacuna existente no ordenamento e se existe uma lacuna nos tipos penais incriminadores, então estes, na verdade, não existem.

Há um grande risco ao se aceitar que a analogia possa ser aplicada ao direito penal, pois este é o ramo do direito que por excelência deve ser expressamente positivado, sob pena de se tornar um ramo ainda mais antidemocrático.

E é nesse sentido que constata Thomas Hobbes (2008, p. 248):

Em segundo lugar, onde acaba a lei civil acaba também o crime, pois na ausência de qualquer lei que não seja de natureza deixa de haver lugar para acusação, sendo cada homem seu próprio juiz, acusado apenas pela sua própria consciência e desculpando pela retidão das suas próprias intenções

Não há como ficar configurado um tipo penal incriminador, sem uma expressa posituação por parte do poder legitimado para tanto, que é o legislativo.

#### **4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Conforme fora apresentado, o princípio da legalidade é um dos corolários do Estado Democrático de Direito. Este princípio, conforme aponta Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019, p. 84), teve origem na Carta Magna de 1215.

Em que pese haver divergência na doutrina, acredita-se que o referido princípio teve origem na Magna Carta de 1215, segundo a qual nenhum homem livre podia ser preso ou privado de sua propriedade, a não ser pela Lei da Terra

Após a Revolução Francesa, o princípio da legalidade passou a ser uma exigência para a segurança jurídica de um sistema democrático. É o princípio da legalidade que dá ao cidadão a garantia de liberdade frente a intervenção estatal.

É neste sentido que ensina Luiz Regis Prado (2019, p. 140):

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio de realização da certeza do direito

Este princípio encontra fundamento na Constituição Federal, mais precisamente no rol dos direitos fundamentais inerentes a cada cidadão. Há expressa posituação no artigo 5, XXXIX da CF e também artigo 1 do Código Penal.

Além disso, o Brasil também tem um compromisso internacional sobre a efetivação deste princípio, afinal este encontra fundamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU e também Convenção Americana de Direito do Homem.

Luiz Regis Prado (2019, p. 84) escreveu:

Modernamente, vem consagrado expressamente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), de 1948 (art. 11. 2), na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (art. 7.º) e na Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica (art. 9.º)

Marco Antonio Marques da Silva aponta que o princípio da legalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Para este autor, a base da legalidade é a proteção e desenvolvimento da pessoa.

No caso do direito penal, de forma específica, é este princípio quem traz os limites impostos a formulação normativa dos tipos penais.

Em consonância ao que fora apresentado, escreveu Marco Antonio Marques da Silva (2001, p. 7):

O princípio da legalidade é, no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois remota à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial. A clareza e o limite da formulação normativa dos tipos penais, no âmbito do direito penal, são exigências deste princípio, enquanto no processo penal, viabilizam as formas de intervenção do Estado na vida do cidadão, requerendo, como veremos mais

adiante, a observância, não só da legalidade desta intervenção, como também de outros princípios informadores do processo penal

A legalidade apresenta uma dupla função, sendo ela tanto política, quanto jurídica. Na sua função política, ela apresenta os aspectos já apresentados, servindo como uma proteção para o cidadão contra uma violência estatal. Já na jurídica, se trata de uma prevenção geral do delito.

Em consonância ao que foi dito, aponta Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019, p. 86):

O princípio da legalidade assume uma dupla função: a política ou extrínseca (ligada à dinâmica de poder entre o estado e o cidadão) e a jurídica ou intrínseca (relacionada à própria função da pena e do direito penal). Ambos os aspectos estão fortemente imbricados, mas é possível, para fins de estudo, examiná-los separadamente.

a) Política: a faceta política do princípio da legalidade é justamente a de garantia, ou seja, a de proteger o cidadão contra a violência estatal. Na verdade, o combate ao poder das monarquias absolutistas, como se viu, está na própria origem histórica da ideia de legalidade.

b) Jurídica: do ponto de vista da funcionalidade do sistema jurídico, o princípio da legalidade tem enorme relevância, na medida em que se assume, como função principal do Direito Penal e da pena, a prevenção geral de delito

Um dos resultados da legalidade é a necessidade da tipificação, ou seja, as condutas consideradas práticas ilícitas devem ser definidas, resultando na tipificação.

Somente com a determinação do que seria uma infração intolerável e o seu respectivo castigo que poderemos estar diante de uma punição praticada de forma segura.

Neste sentido constatou Michel Foucault (2014, p. 86):

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem-definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar

A reserva legal é um desdobramento do princípio da legalidade. A reserva legal se aplica no âmbito penal e traz alguns limites e imposições à tipificação.

Segundo este princípio, somente haverá crime ou pena, se houver uma lei que a contemple. Lei, segundo Luiz Regis Prado, deve ser interpretada como assim sendo, se for elaborada conforme a previsão constitucional.

A reserva legal tem um caráter absoluto, somente podendo ser delegada pelo Poder Legislativo, se tratando de uma competência exclusiva. O legislador é o único legitimado para produzir uma norma penal.

Conforme o que fora observado, analisou Luiz Regis Prado (2010, p. 141):

Não há crime nem pena sem lei em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista. O caráter *absoluto* da reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão dos poderes. Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal

O mesmo autor também constata que seria inconstitucional a utilização de qualquer outro ato normativo, que não a lei em sentido estrito, para a criação de crimes e penas. Neste sentido, não haveria como se utilizar de um argumento analógico in *malam partem* para condenar um réu.

Luiz Regis Prado (2010, p. 141-142):

Em resumo: a lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico in *malam partem* –exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)

Assim também corrobora Carlos Maximiliano (2011, p. 263) ao analisar que se uma falta não se enquadrar nos moldes trazidos pelos tipos penais incriminadores, mesmo que se aproxime do tipo, não será alcançado por este.

Só o legislador, não o juiz, pode ampliar o catálogo de crimes inserido no Código e em leis posteriores. O Direito Criminal é, como proclamam professores alemães, essencialmente *típico*: o Código concatena *tipos* de transgressões puníveis; qualquer falta que se não enquadre em algum daqueles moldes ou tipos, embora do mesmo aproximada, escapa ao alcance da justiça repressiva

Em consonância ao que fora apresentado, pode-se concluir que somente uma lei, em sentido estrito, pode criar um tipo penal incriminador. O poder Judiciário, como no caso do ADO nº 26, quando se utiliza da analogia para criminalizar uma conduta, está praticando um ato inconstitucional.

## 5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este tipo de direito pode ser configurado como um mínimo de direito assegurado que todo homem tem inerente a si.

Os direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 59), podem ser interpretados como uma limitação jurídica ao poder estatal. Além disso, é um elemento nuclear da constituição, podendo ser configurado como a base do Estado constitucional.

A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material

Estes direitos protegem o cidadão das ações do Estado como um todo. Assim, eles serão protegidos frente ao legislador e também ao aplicador do direito.

No Brasil, os direitos fundamentais, conforme já dito, são os núcleos da constituição, recebendo então um tratamento diferenciado. Eles ganham um caráter de imutabilidade, sendo chamados de “clausulas pétreas”.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 139-140) observa que este caráter faz com que, teoricamente, estes direitos não possam ser violados pelo legislador ou juiz a ponto de esvaziarem o seu conteúdo.

Ainda nesta fase de decisão, uma última diretriz a ser observada pelo intérprete diz respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como se sabe, a ideia de núcleo ou conteúdo essencial foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutem do *status* de clausulas pétreas

Estes direitos somente poderão ser restringidos por normas que tenham caráter constitucional, ou que não tenham, porém a sua criação tenha sido expressamente autorizada pela constituição.

Assim entende Robert Alexy (2008, p. 286):

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais

No caso da ADO número 26, houve uma violação a dos pilares do direito penal brasileiro, que encontra fundamento da Constituição Federal, sendo ele o princípio da legalidade. Conseqüentemente, violou-se um direito fundamental.

Se somente normas constitucionais ou normas que tiveram a sua criação autorizada pela constituição podem restringir direitos fundamentais, estamos diante de uma violação ilegal e altamente atentatória ao sistema democrático brasileiro.

O poder Judiciário, ao usurpar a função do Legislativo, que é a de legislar, restringiu direitos fundamentais de uma forma não contemplada pela Constituição, afinal ele não é o poder legitimado para este tipo de decisões.

O Estado, toma para si a função de praticar a aplicação de sanções, detendo o monopólio da coação, coação esta que segundo Miguel Reale (2002, p. 76), é incondicionada.

É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mais certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante ensinamento de Laband, tem “a competência da competência”.

A coação estatal se apresenta da forma mais extrema no âmbito do Direito Penal. Neste ramo do direito, a resposta do Estado para com o indivíduo é a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Alberto Jorge C. de Barros Lima (2017, p. 34-35) assim constatou:

O Direito Penal, por ter como principal resposta no mundo contemporâneo a pena privativa de liberdade, de extremo rigor para o indivíduo, máxime por afetar direito fundamental da mais alta densidade e se achar questionada em sua legitimidade, como já anotado, e com permanentes problemas, há de se cercar de vários instrumentos que limitem a aplicação da sanção somente para casos mais graves

Se a imposição trazida pelo direito Penal é a da privação da liberdade, ou seja, privação de um direito fundamental, devem haver instrumento para que a aplicação das sanções ocorra somente nos casos mais graves.

## **6 DIREITO PENAL COMO SOLUÇÃO SOCIAL**

O Direito Penal, acima de todos os ramos, evidentemente causa muita comoção social. As pessoas acreditam que quando uma conduta for tipificada, ela começará a ser analisada pela sociedade como uma conduta a não ser praticada.

Na Constituição Federal de 1988, após um clamor social, houve a tipificação do racismo. Com este clamor, pode-se concluir que a sociedade, como um todo, começou a ter uma maior compreensão e também busca do combate da discriminação no Brasil.

Neste sentido ensina Katia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 99):

Pela Constituição Federal de 1988, após uma pressão popular por mudanças, a prática do racismo foi considerada crime. Neste momento, verifica-se que a sociedade inicia a compreensão de toda a problemática da discriminação, bem como começa a perceber que a solução oferecida pelo legislador, não era adequada

Porém, após esta tipificação, percebeu-se que a solução apresentada pelo legislador não seria a atitude adequada para solucionar o problema da sociedade brasileira.

O Estado meramente criou um tipo penal incriminador, não buscou enfrentar as questões das desigualdades materiais. Segundo Katia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 99), a solução dada pelo Estado foi dar uma carga legislativa no Direito Penal.

Na realidade, o Estado não procurou enfrentar efetivamente a questão das desigualdades materiais e descarregou toda a carga legislativa no Direito Penal, cancelando o princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, para valorizar a lei penal antidiscriminatória como *sola ratio* ou *prima ratio* para a solução social dos conflitos resultantes de discriminações

Não é o Direito Penal quem dará uma carga socialmente reprovável a certas atitudes, afinal ele não tem finalidade pedagógica. Não será este âmbito do Direito que irá modificar a forma que a sociedade age frente a outros indivíduos.

A função pedagógica, na verdade, para Paulo César Busato (2015, p. 37), seria uma tarefa competente a esferas do controle social, e não controle judicial.

Por nossa parte, sustentamos que seria ingênuo revestir a função do Direito penal de uma tarefa pedagógica, uma vez que essa função compete a outras esferas do controle social como a família, a escola, a universidade etc. Não se pode utilizar a ameaça de pena para a formação de consciências, na medida em que se pode utilizar, para esses mesmos fins, mecanismos menos agressivos contra o indivíduo. Em resumo, se entendermos que só se recorre ao Direito penal como *ultima ratio*, a missão do Direito penal teria que ser outra

O Direito Penal é regido pelo princípio da *ultima ratio*. Este princípio ensina que a esfera Penal não intervira em casos em que caibam outros tipos de soluções, que não seja a sanção penal.

No caso das discriminações, as intervenções estatais deveriam ser no sentido de melhor educar e proporcionar um discernimento sobre a igualdade nas diferenças humanas.

Por isto, há como se concluir que o Direito Penal é extremamente limitado, ao se analisar os problemas sociais sob a perspectiva do que está por trás destes tipos de preconceitos.

E é neste sentido que entende Katia Elenise Oliveira da Silva (2001, p. 101):

O rompimento com o sistema atual somente será possível, havendo o reconhecimento de que o Direito Penal é limitado para resolver o problema da discriminação brasileira, expondo-se as suas impossibilidades e não se deixando pensar pelos saberes estabelecidos. Portanto, as visões simplistas que a lei penal pode resolver os problemas sociais e que o aumento da pena privativa de liberdade vai ocasionar a diminuição dos crimes de discriminação têm que ser desfeitas.

Conclui-se que o problema da criminalização ou não de certas condutas discriminatórias é a falsa esperança dada aos grupos vulneráveis abarcados pelo tipo penal, de que esta tipificação trará uma aceitação da sociedade.

## **7 CONCLUSÃO**

A tripartição dos poderes foi uma forma de trazer legitimidade ao poder estatal e também garantias aos indivíduos frente ao poder de sanção que o Estado tem a sua disposição.

Quanto ao ativismo judicial, pode-se concluir após tudo o que fora apresentado, que o Poder Judiciário, ao usurpar uma das funções do Legislativo, que é o de legislar, acabou por tomar uma decisão ilegítima e inconstitucional.

A decisão tomada na ADO nº 26 violou um dos principais princípios do sistema democrático, que é o princípio da legalidade. Também nesse sentido, houve a violação do princípio da reserva legal.

O direito fundamental que todos os cidadãos têm somente pode ser restringido por um meio contemplado pela Carta Magna brasileira, o que não foi o caso do processo analisado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: VINTE E CINCO ANOS DE VIDA**. *In*: 25 anos da Constituição de 1988: entre o passado e o futuro (BERNARDO GONÇALVES FERNANDES e BRUNO STIGERT). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp. 1- 21.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal- Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt**: diálogos sobre a política. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. **O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios & Contrapesos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STF. ADO nº 26. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Data de acesso: 30/08/2019.

STF, ADO nº 26. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Data de acesso: 30/08/2019.