



**Luana Colli Galiás Vargas**

**A EQUIPARAÇÃO DO ANTISSEMITISMO E DA  
HOMOTRANSFOBIA AO RACISMO: como nascem  
direitos de grupos minorizados no STF?**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob orientação da  
Professora Julia Lillo.**

**SÃO PAULO**

**2024**

## **Agradecimentos**

Gostaria de começar minha primeira monografia agradecendo as pessoas que me incentivaram e demonstraram animação pelas minhas conquistas e experiências como se fosse compartilhar o sentimento que tiveram com suas própria, além de apoiar durante os apertos e dúvidas: meus professores Rafael Bellem de Lima e Patrícia Pessoa, que fizeram a propaganda da Escola de Formação Pública, sem a qual eu não teria entrado. Gostaria também de agradecer meu professor Diego Werneck por ter me entretido com suas visões sobre minhas perguntas e questionamentos sobre os temas que me interessavam, além de ter sido fonte dos estudos. À professora Mariana Chies, que além de ter sido grande inspiração, incitou meu interesse em Direito Penal e me atura como orientanda de TCC sobre um tema que é filho deste projeto.

Gostaria de agradecer meus avós, minha mãe e principalmente meu pai, que sempre faz questão de me incentivar nos meus estudos e interesses e me assegurar de que possa me preocupar apenas com isso. Obrigada por entreter meus planos mirabolantes e dar realidade e encorajamento às minhas ideias que tenho medo de perseguir.

Finalmente, queria agradecer à Julia Lillo, minha orientadora e âncora durante o processo de monografia, que fez o que eu achava que seria o fim do mundo, parecer algo que eu tinha sob controle e conseguiria dominar, me poupando de cabelos branco e rugas prematuras. O processo e o resultado não teriam sido o mesmo sem ela e ter feito voluntariamente isto e se mostrar um apoio em tempos muito necessitados para alguém desconhecido demonstra muito de sua generosidade.

## **Resumo**

O objetivo da monografia foi analisar as decisões proferidas na ADO 26 e no HC 82424, visando compreender a relação entre estes dois casos que resultaram nas equiparações de outros crimes, homotransfobia e antissemitismo, respectivamente, ao crime de racismo. A pesquisa utilizou uma metodologia empírica baseada na análise documental de ambas as decisões, escolhidas pelos critérios de relevância e pelo fato de abordarem discriminação de grupos minorizados no contexto do crime de racismo. Como resultado, constatou-se que o HC 82424 inovou de fato em sua decisão, de modo a servir como precedente essencial para a ADO 26. A pesquisa discute como a atuação do STF pode ultrapassar seus limites, refletindo tensões entre os poderes Legislativo e Judiciário, especialmente em relação aos direitos de grupos minorizados. A monografia sugere a necessidade de investigar mais profundamente os impactos concretos dessas decisões e seus efeitos sobre a estabilidade das instituições jurídicas.

**Palavras-chave:** Racismo; Homotransfobia; Antissemitismo; Equiparação de Crimes; Supremo Tribunal Federal.

## Sumário

<b>1. Introdução .....</b>	<b>5</b>
<b>2. Metodologia.....</b>	<b>7</b>
2.1 Pergunta de pesquisa e subperguntas.....	7
2.2 Corpo empírico e critérios para delimitação.....	7
2.3. Coleta e análise de dados.....	9
2.4. Estrutura do trabalho .....	9
<b>3. Os casos (Ellwanger e criminalização da homotransfobia) .....</b>	<b>10</b>
3.1. O HC 82.424 – RS – caso Ellwanger.....	10
3.2 A ADO 26 – Criminalização da Homotransfobia .....	11
<b>4. A equiparação do antissemitismo e da homotransfobia ao crime de racismo .....</b>	<b>13</b>
4.1. Necessidade de tutelar direitos fundamentais.....	14
4.2. O conceito de racismo .....	16
4.3. A realidade brasileira   Endereçando problemas concretos .....	18
4.4. A discussão sobre os instrumentos mobilizados e a competência.....	20
<b>5. Reflexões sobre a decisão e o combate à discriminação contra grupos minorizados   Possíveis consequências e limitações do acórdão .....</b>	<b>30</b>
<b>6. Considerações Finais .....</b>	<b>32</b>
<b>7. Bibliografia .....</b>	<b>34</b>

## Introdução

A luta contra o preconceito cada vez mais se torna centro de discussões, preocupações e movimentos sociais. Mesmo assim, a lei brasileira não previa crimes contra essa maneira de opressão. Isto pôde ser observado no caso da homotransfobia e do antissemitismo, mesmo que por meios e épocas diferentes, estes casos acharam um caminho até o Judiciário. Como o Supremo Tribunal Federal (STF) lida quando alguma minoria está sendo discriminada e inexistente apoio normativo ou tipificação do crime?

O *Habeas Corpus* (HC) 82.424 – RS, ou Caso Ellwanger, foi ponto focal de discussões materiais e formais sobre o tema. O remédio impetrado pelo editor Siegfried Ellwanger Castan, e julgado em 2003 pelo Supremo, traz à tona discussões sobre liberdade de expressão e seus limites, com especial atenção ao discurso de ódio. Também levanta questões acerca do poder normativo<sup>1</sup> do STF, à medida em que sopesa seus valores e os aplica em seu caso, na falta de normas constitucionais.

Para além do sopesamento de direitos fundamentais, este trabalho também busca abarcar questões relacionadas à atuação do Supremo Tribunal Federal em casos como este e o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em que, ao reconhecer omissão legislativa, o STF enquadrava crimes de homofobia e transfobia como crimes de racismo. Embora esse enquadramento tenha sido realizado de maneira distinta entre os casos, ele consiste na extensão da tipificação do crime (de racismo previsto na Lei 7716/89 assim como no Art. 5º, inciso XLII) à discriminação de outros grupos minorizados, por meio de interpretação conforme a Constituição e do que o conceito de “racismo” significaria.

---

<sup>1</sup> Para fins deste trabalho, considera-se “poder normativo” a analogia à criação de regras ou normas.

O Brasil, como país que lidera o desrespeito e violência contra pessoas trans<sup>2</sup> e enquanto nação mais homotransfóbica do mundo,<sup>3</sup> carrega uma maior necessidade que medidas para crimes desta natureza sejam adequadas para sua realidade. Porém, como pôde ser visto pela ADO 26, até 2019 não havia norma vigente que tipificasse e previsse penalidade para a violência baseada em homotransfobia.

Esta equiparação a um crime imprescritível e inafiançável - racismo - foi a mesma solução encontrada no caso Ellwanger, muito embora as ferramentas utilizadas - HC e ADO - sejam distintas.

Nesse sentido, desperta curiosidade o fato de que a Corte, sem qualquer precedente anterior, tenha "criado"<sup>4</sup> tipificação para uma conduta e que a tenha aplicado imediatamente, quando do julgamento de um remédio constitucional, tipicamente utilizado em matéria penal e que tem por objetivo justamente a garantia da liberdade dos indivíduos. Assim, torna-se interessante estudar os por quês, as diferenças e as semelhanças entre os dois casos pragmáticos.

Este trabalho visa analisar comparativamente estes dois casos, a fim de explorar como crimes antes inexistentes foram criados pelo Supremo por meio da equiparação ao racismo. Como a Suprema Corte se posiciona quando recebe a oportunidade de defender direitos de minorias não normatizados, e como isto pode ter mudado de 2003 à 2019, tem uma relevância além do entendimento do funcionamento da mais alta instância do Judiciário brasileiro, mas também como a proteção de minorias como estas é inserida na legislação brasileira, como que o Supremo responde (ou deixa de responder) ao ritmo das pautas sociais. Diante deste contexto, o presente

---

<sup>2</sup> EULER, M. **Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-01/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo#:~:text=Em%20relat%C3%B3rio%20divulgado%20pela%20Antra>>. Acesso em 28 maio 2024.

<sup>3</sup> **Brasil registra 257 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+ em 2023, uma a mais que 2022, e segue como país mais homotransfóbico do mundo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2024/01/20/mortes-violentas-de-pessoas-lgbtqia-na-ba-2023.ghtml#:~:text=O%20Brasil%20teve%20257%20mortes>>. Acesso em: 28 maio 2024.

<sup>4</sup> Considera-se a equiparação a um crime como a criação de um tipo novo.

trabalho responde a pergunta de pesquisa “*O que as decisões proferidas na ADO 26 e no HC 82424 revelam sobre a extensão do conceito de racismo?*” a partir do método de análise documental e conclui que a ADO dependeu do HC para sua viabilidade, e que enquanto o HC se apoiou em precedentes externos, o julgado da homotransfobia se apoiou nele.

## **Metodologia**

### **2.1 Pergunta de pesquisa e subperguntas**

A pergunta principal, como demonstrado na introdução, surgiu de uma curiosidade em saber como que, por meio de dois instrumentos jurídicos distintos, o STF conseguiu equiparar meios de opressão contra grupos minorizados ao crime de racismo, já previsto em legislação e portador de penas graves de caráter imprescritível.

Sendo assim, busca-se descobrir como e com base em quais argumentos isto foi feito nestes dois casos. Nesse sentido, a pergunta principal é “*O que as decisões proferidas na ADO 26 e no HC 82424 revelam sobre a extensão do conceito de racismo?*”.

Para auxiliar o caminho até esta pergunta maior, foram utilizados critérios de análise, ou perguntas complementares. São elas: “*De que modo os grupos minorizados aparecem em cada uma das discussões?*”; “*Há discussão sobre o instrumento utilizado? Se sim, de que maneira esta aparece?*”; “*Há diferença entre as possíveis consequências dos efeitos aplicados?*”; “*Houve preocupação do STF em usurpar competência do Legislativo? Se sim, como que isto se apresenta?*”.

### **2.2 Corpo empírico e critérios para delimitação**

Para responder à pergunta de pesquisa adotou-se metodologia empírica, consistente em análise documental. Foi analisada a jurisprudência encontrada no site do STF a partir de pesquisa realizada no site oficial da Corte<sup>5</sup>, a partir das seguintes palavras-chave: “equiparação e racismo”, “equiparação” “racismo”, e “equiparação e racismo ~ 2”<sup>6</sup>.

A pesquisa devolveu 6 resultados encontrados, porém, entre estes, 2 casos que não se relacionavam à equiparação de crimes ao racismo, mas sim à questão de depositário infiel, sendo rejeitadas (RE 349703 e RE 466343). Os casos que compõem a análise foram selecionados com base na relevância em relação ao tema da equiparação de discriminação contra *outros grupos minorizados* ao crime de cunho racial, sendo quaisquer outros que não visassem estes objetivos sendo descartados por falta de adequação ao corpo empírico da pesquisa.

Em outra linha, foi encontrado na mesma pesquisa do site do STF o HC 154248/DF, no qual o crime de injúria racial é equiparado ao de racismo. Este foi rejeitado por conta do foco deste estudo, que é compreender como outros crimes são equiparados ao de cunho racial. Tendo em vista que injúria racial já traz este elemento em si, considerou-se desnecessário para a análise almejada, que parte da diferença entre os grupos vítimas dos crimes equiparados e o tipo já existente.

Assim, o universo de pesquisa compreende os acórdãos proferidos no âmbito das seguintes ações: (i) HC 82.424 – RS e a (ii) ADO 26, que foi votada em conjunto a (iii) MI 4733.

Com fins de analisar de que maneira esses casos se assemelham e se diferenciam, isto é, buscando entender como o Supremo Tribunal Federal lida com conflitos em que se entendeu necessária a equiparação de ofensas contra grupos minorizados a um crime já tipificado e existente na Constituição (Art.

---

<sup>5</sup> Disponível em:

<[<sup>6</sup> Data de busca dos termos em 21 de novembro de 2024.](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=equipara%C3%A7%C3%A3o%20e%20racismo&sort=_score&sortBy=desc.></a></p></div><div data-bbox=)



5º, XLII), assim como em Lei própria (Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

### **2.3. Coleta e análise de dados**

Guiada pelos critérios de análise, foi feita a leitura, coleta e análise de dados utilizando-se além dos critérios, possíveis discussões ou temas inesperados que fossem presentes nos votos e pudessem vir a ser úteis para a pergunta principal. Foram marcadas e fichadas em um documento para futuras referências as falas que viessem a discutir algum dos questionamentos relevantes para esta pesquisa, sendo um documento de fichamento para cada acórdão, e uma planilha de Excel com os critérios de análise como colunas para melhor visualização e comparação dos resultados encontrados em todos os acórdãos.

Os trechos de votos escolhidos para serem referenciados, foram então, consequência do conteúdo destes. Votos em que apenas outros critérios que não os de interesse foram proferidos, terão menos protagonismo, já que a ideia desta pesquisa é buscar e analisar se o instrumento e a possível usurpação de competência são preocupações trazidas nos votos, e então sim analisar como que estas são presentes. Se fazendo desnecessário, votos que não abordaram estas questões, ou ainda as partes que visam discutir a necessidade de proteção destes grupos minorizados, parte social que por mais que seja entremeada na discussão, não será objeto de análise em seu mérito.

### **2.4. Estrutura do trabalho**

Para fins da presente monografia, serão apresentados os históricos dos dois acórdãos, para que haja contextualização do ponto de partida da análise comparativa. Após apresentar individualmente os julgamentos, será iniciada a apresentação dos achados do fichamento baseado nos critérios de análise. A relação estabelecida entre estes achados será então apresentada em uma análise crítica e finalizada em conclusão.

## **Os casos (Ellwanger e criminalização da homotransfobia)**

### **3.1. O HC 82.424 – RS – caso Ellwanger**

Condenado com base no "caput" do Art. 20 da lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter sido escritor e sócio de empresa que editou, distribuiu e vendeu ao público obras antissemitas de sua autoria e de autores nacionais e estrangeiros, Ellwanger foi condenado a dois anos de reclusão.

Distribuído em 2002 e julgado em 2003, o *Habeas Corpus* impetrado em nome de Siegfried Ellwanger Castan buscava questionar as decisões dos tribunais anteriores alegando que suas ações não se encaixariam na Lei do Racismo pelo fato de que os judeus não são uma raça. Sendo assim, este teria que ser liberto pois seu a pretensão punitiva do Estado estaria prescrita, já que o que impediria seria a exceção da imprescritibilidade do crime de racismo, prevista no Art. 5º, XLII da Constituição<sup>7</sup>.

O impetrante fora condenado a dois anos de reclusão pelos crimes dispostos no Artigo 20, caput, da Lei 7.716/89<sup>8</sup>, porém com sua redação baseada na Lei 8.081/90, que desde então recebeu nova redação. Ao tempo da condenação, a norma dispunha que:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação e o preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos.

Isto, por conta de ter editado, distribuído e vendido, na qualidade de autor e sócio de uma Editora, obras de cunho antissemita.

---

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

<sup>8</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. \* Artigo, caput, com redação dada pela Lei nº 9.459, de 13/05/1997.

Como dado pelo Habeas Corpus e sua função, o pedido não era de uma reavaliação do mérito, alegando que não houve discriminação, mas sim de que esta discriminação não poderia ser tida como racismo e, sendo assim, estaria prescrita. O que se discute nesta ação, então, é a imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado.

Vale dizer, a questão maior neste julgamento era o conceito de raça, pois devia-se entender se judeus são uma raça para fins de enquadrá-los na condição de vítimas do crime de racismo. Para isto, trouxeram até figuras relevantes da religião para dizer se judeus são (ou não) uma raça, além de reconhecimentos científicos do que seria raça em si.

Este caso se tornou paradigmático, não apenas por ter sido utilizado como precedente na ADO, mas por iniciar uma série de discussões e estudos sobre a atuação do STF neste caso<sup>9</sup>, mérito, em grande parte, da ampliação do crime de racismo ao aplicar a interpretação conforme a Constituição para definir o que pode ser considerado como racismo, incluindo o antissemitismo.

### **3.2 A ADO 26 – Criminalização da Homotransfobia**

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão requerida pelo Partido Popular Socialista (PPS), distribuído em 2013 e julgado em 2019, foi arguido que havia uma injustificável inércia do Legislativo para a

---

<sup>9</sup> Exemplos de estudos feitos a partir desta discussão:

DE OLIVEIRA, Ygor Werner. O STF e o "caso Ellwanger": a interferência dos fatores extralegais no processo de delimitação das decisões judiciais / The supreme court and the "ellwanger case": the interference of extralegal factors for delimitation of judicial decision processes. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 46-56, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/757>. Acesso em: 21 nov. 2024.

DE PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. A atualidade do caso Ellwanger para os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão / The relevance of the Ellwanger case to the recent Brazilian Supreme Court judgments on freedom of expression. Revista Direito e Práxis. v. 15, n. 3, p. 1-28, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Vbk4BdGL7dx8XT3J6spTx8x/#>. Acesso em: 21 nov. 2024.

BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. Estudos constitucionais, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 21 nov. 2024.

implementação de normas que criminalizassem e previssem, como destacado pelo ministro Celso de Mello no acórdão, “punição para atos de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima.” (Brasil, 2020, p.17). Na ação pleiteava-se:

(a) que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88;

(b) que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (...), determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa;

(c) que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...), sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos;

(d) caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa;

(e) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação

sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas” e Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas” e

(f) que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia. (Brasil, 2020, p. 2 e 3)

Destes, foram entendidos como improcedentes os pedidos de indenização retroativa de todas as vítimas e a responsabilidade civil do Estado e dos parlamentares, assim como fixação de prazo para o Congresso. Sendo assim, a mora foi reconhecida e o Congresso notificado. As condutas entendidas como homotransfóbicas passaram, então, a serem enquadradas nas disposições da Lei do Racismo, até que lei específica seja editada pelo Parlamento.

A intenção neste acórdão era distinta do caso Ellwanger. Os instrumentos possibilitam discussões sobre aspectos diferentes, dado os limites do que cada um tem por objeto. A ADO, nesse sentido, se apoia no precedente criado pelo HC, se debruçando sobre o conceito de racismo mais brevemente por isso. O que se julga principalmente, é se há ou não mora indevida no Legislativo acerca do assunto, e o que deve/pode ser feito sobre isto.

### **A equiparação do antissemitismo e da homotransfobia ao crime de racismo**

Com o intuito de entender e comparar como que o Supremo Tribunal Federal equiparou o antissemitismo e a homotransfobia ao crime de racismo,

buscou-se analisar, durante a leitura e fichamento, quais foram os argumentos principais utilizados, tanto em semelhança quanto em dissonância entre os acórdãos.

Os subcapítulos a seguir delinearão as linhas de raciocínio que conduziram o Supremo Tribunal Federal às decisões de equiparar condutas antissemitas e homotransfóbicas ao crime de racismo, buscando identificar semelhanças e diferenças nas construções realizadas e nas razões de decidir.

#### **4.1. Necessidade de tutelar direitos fundamentais**

Verificou-se que o Direito Internacional e seus acordos e precedentes estiveram bastantes presentes em ambos os julgamentos, desde os princípios de Yogyakarta, resolução da ONU, declaração universal dos Direitos da Pessoa Humana e programa de ação de Viena até precedentes de julgamentos sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Este compromisso apareceu muito atrelado à ideia de que se precisa defender os direitos fundamentais, e, nestes casos, até os ampliar para que se atinja este fim. Neste sentido, o voto da ministra Rosa Weber na ADO 26 (Brasil, 2020, p.400), fortalece que seja evitado “método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais” (Freitas, JUAREZ, 2007).

Em sua fala no caso da homotransfobia, o ministro Luís Roberto Barroso ressalta, ainda, a postura do STF a ser tomada em relação à tutela de direitos fundamentais. Já tangendo na questão acerca dos limites entre os Poderes, ele afirma que a

regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. (Brasil, 2020, p.286)

Na peça inicial da ADO 26, já é algo presente como pedido subsidiário ao de subsunção ao crime de racismo, que se considere a homotransfobia um crime com base no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, “que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas”, dado que, unanimemente se entende tanto a homotransfobia quanto o antissemitismo como ofensas aos direitos fundamentais.

Mesmo assim, logo na defesa da AGU e posteriormente reforçado pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto na ADO 26, se argumenta que “os direitos garantidos pela Constituição Federal referem-se apenas à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio).” Trazendo à discussão o caráter amplo dos acordos do Direito Internacional e de nossas normas constitucionais que buscam esta defesa, deixando o “como” fazer em aberto. A ideia não seria, portanto, criticar este caráter, mas sim trazer atenção ao fato de que houve discussão de que uma legislação específica talvez nem fosse necessária, que talvez os direitos pudessem ser garantidos sem esta norma.

No HC, por sua vez, a discussão abrange, em grande medida, os precedentes e acordos internacionais, mas é mais afastado de debates acerca de métodos interpretativos, postura adequada do STF e se há como suprir a demanda pela proteção sem esta equiparação de crimes.

Quanto à necessidade de proteção dos direitos fundamentais, no entanto, é explorado o conceito de “constitucionalização simbólica”. Parafraçando Marcelo Neves, o ministro Marco Aurélio de Mello explica, em seu voto, que

Quando a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica. (Brasil, 2004, p.910)

O ministro sobre isso, estabelece a conexão com o caso Ellwanger pois “Sintonizado com tal esperança, o Judiciário delimita a liberdade de

expressão, demonstrando uma 'indignação' quanto aos pensamentos antissemitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos" (Brasil, 2004, p.2004). Desta maneira, ele está a criticar a grande exceção aos direitos fundamentais que é a imprescritibilidade do crime de racismo na Constituição brasileira.

Este conceito e posicionamento se fazem interessantes por apresentarem um contraponto à ideia de que a extensão do que se entende como crimes de racismo equivaleria a maior proteção de direitos fundamentais. Porém, também por trazerem a ideia de que há uma preocupação dos ministros em aparentar estar defendendo estes direitos fundamentais, e que nem sempre isto se atrela necessariamente a uma efetiva proteção.

Dentro da tutela de direitos fundamentais, em ambos os casos, encontrou-se o sopesamento entre estes direitos. Há a preocupação em balancear a incitação de ódio (nisto, a homotransfobia e o antissemitismo) e a liberdade de expressão, trazendo o princípio da proporcionalidade para mediar este tópico. Exemplificado em voto do ministro Marco Aurélio no HC, onde manifesta que

Parece-me temerário, ou no mínimo arriscado, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica. Assim sendo, também não pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada. (Brasil, 2004, p. 844)

#### **4.2. O conceito de racismo**



Algo que fica claro ao ler os dois acórdãos é o esforço para definir o que se entende por racismo no caso Ellwanger, o que não se verifica em igual proporção no caso da homotransfobia.

No *Habeas Corpus*, há extensa discussão sobre o que seria “racismo”, e ainda o que seria “raça”. Em seu voto, o ministro Nelson Jobim diz que:

Para dirimir esta controvérsia, é importante que se faça, ainda que de forma sumária, a recuperação da origem histórica do judaísmo. Essa incursão no tempo é necessária para poder se concluir se os judeus são um povo ou uma raça. (Brasil, 2004, p.732)

São trazidas, então, referências da ciência e religião para discutir o que se entende por raça e se judeus se encaixariam nesta definição, desde a concepção então atual da diferença genética entre um ser humano e outro até citações da bíblia e falas de rabinos.

Enquanto isso, na ADO, a discussão leva um tom mais de citação do que debate sobre conceito. A ideia de raça já tinha sido ampliada para abrigar o antissemitismo, então usa-se o caso Ellwanger como uma base válida para o entendimento de que a homotransfobia poderia ser lida como racismo, que não haveria nada novo sendo feito neste sentido de abrigar outras condutas discriminatórias no conceito de racismo.

No julgamento de Ellwanger, por exemplo, o ministro Maurício Corrêa cita conteúdo de voto anterior do ministro Nelson Jobim que “na Espanha a denominada ‘lei contra o racismo’ de 1995 tipificou como crime a negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas, ao holocausto” (Brasil, 2020, p.578). Utilizando-se de comparação do direito a países europeus para apoiar-se em algo meramente semelhante ao que se pretendia ao ampliar o crime de racismo, de modo a se aproximar de jurisprudência internacional como fonte do direito brasileiro.

Já na peça inicial se define o que seria racismo, diferentemente no de Ellwanger que nega ser racismo, mas não propõe definição:

A homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a

superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero. (Brasil, 2020, p.225)

Em voto do ministro Luís Roberto Barroso na ADO, utiliza-se da definição encontrada ao fim do julgamento de Ellwanger para se basear no que seria racismo e fortalecer o que fora sugerido em peça inicial:

No paradigmático Caso Ellwanger, o STF fixou o entendimento de que 'o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas'. Diante desse conceito, encampado por esta Corte, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+. (Brasil, 2020, p. 294)

O que esta definição ser aceita causa de preocupação é: se racismo é toda ideologia que pregue inferiorização de um grupo a outro, por que apenas o antissemitismo e a homotransfobia estão abordadas por ele? Há uma seleção sem critérios de grupos minorizados para que se proteja de maneira mais extensiva?

#### **4.3. A realidade brasileira | Endereçando problemas concretos**

Foi uma preocupação em votos dos dois acórdãos o contexto brasileiro em face do problema de direitos fundamentais nas mãos dos ministros. No caso do antissemitismo, houve maior contextualização sobre o genocídio judeu fora do Brasil, mas foram trazidas questões relacionadas ao fato de o Brasil ser signatário de acordos internacionais que buscam mitigar este perigo para além de onde ele teve origem.

Já no caso da homotransfobia, a questão é mais contextual para o Brasil. As questões sociais causam uma alarmante angústia, dado que o cenário brasileiro é de grande violação dos direitos de pessoas homossexuais e transexuais. Os Ministros trazem isso aos votos, inclusive listando notícias que relatam graves violações de direitos e episódios de discriminação contra este grupo. Com isso, vem o sentimento de que a proteção é mais necessária e urgente.

Como o problema já é um atraso na normatização da proteção, o tempo gasto para se judicializar esta proteção além de se reconhecer esta mora pode ser algo até de característica cautelar. Esta urgência é algo que agravado por conta da inércia do Legislativo, porém, há um jogo entre os poderes que talvez fizesse a ação de um ou de outro ser desnecessária.

Esta dinâmica fica aparente em debate sobre equilíbrio de poderes dentro da ADO 26, em que o Ministro Luiz Fux diz que “É claro que hoje tivemos um aceno de que o Congresso Nacional vai votar, mas como bem destacou o nosso decano, nós não temos certeza de que ele vai ser aprovado.” (Brasil. 2020. p.406)

Declarar a mora e produzir norma aditiva seria desnecessário caso o Congresso acabasse com a demora e produzisse a norma requisitada, fazendo a ADO perder seu objeto. No entanto, é precisamente este atraso que causa ansiedade, dado que a morosidade pode representar um perigo para as vidas das pessoas destes grupos e que não se tem garantia de que o Congresso de fato irá suprir esta lacuna legislativa. Isto é, a norma pode não ser aprovada pelos parlamentares e ainda causar o prolongamento da violação de direitos por conta da suspensão do julgamento no Judiciário, seguindo sem previsão para a solução.

É possível que a pressão feita pelo andamento do julgamento possa ser suficiente para que seja feito algo no Congresso, e, assim, a decisão não precisaria ser a mesma que foi e nem tão forte, ou ainda, não seria sequer necessária. A questão que se coloca, portanto, é: por mais que o jogo possa funcionar e que nem seja necessário de fato uma decisão do Judiciário, ao mesmo tempo, não há garantias reais neste jogo de que serão feitas as leis

sobre isto. Há, então, uma disputa sobre qual seria um meio efetivo de fato de se proteger estes direitos. Vale dizer, qual seria o melhor jeito de prover a tutela e a previsibilidade jurídica da proteção para estas pessoas: arriscar passar dos limites das competências do Judiciário ou arriscar a espera de algo que talvez não seja aprovado no Legislativo?

Observa-se assim, que para além da dinâmica social do Brasil, há uma dinâmica democrática entre os Poderes que também afeta decisões como esta.

#### **4.4. A discussão sobre os instrumentos mobilizados e a competência**

Esta discussão é de muita relevância para a pesquisa, já que busca entender como dois instrumentos tão distintos levaram a uma mesma decisão material. Sendo assim, buscou-se momentos em que este tópico é trazido nos acórdãos, e foi encontrado que não raramente ele veio acompanhado por discussão sobre qual seria o papel do STF ao julgar tal instrumento em tais condições.

Isto possa ser devido ao caráter formal das questões, podendo incitar questionamentos aos ministros como: qual é a função do que temos em mão e o que nos compete fazer com isso?

No habeas Corpus de Ellwanger, ele é negado já no STJ e, em sua ementa, traz insatisfação com o instrumento:

O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária

efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no decisum. (Brasil, 2004, p.698)

Estas afirmações iniciais são válidas, mas ao chegar ao Supremo não encontram sustento na parte em que se crê ser impróprio, pois teria que ser feita análise do significado de racismo e até considerações sobre a intenção do legislador, atividades que o STF se propõe a fazer. Isso pois, o que se fez foi uma interpretação conforme a Constituição, de modo que esta instância tem o poder de dizer o que o vocábulo significa e qual é o sentido a se tomar do escrito na Constituição.

Mesmo se entendendo como competente, o Supremo não deixa de questionar o instrumento e os limites desta atribuição, como pôde ser visto em questão de ordem trazida pelo Ministro Nelson Jobim. Em um debate durante o julgamento, ele questiona o Ministro Ayres Britto sobre este estar reexaminando “todo o juízo emitido em primeiro e pelo segundo grau em sede de habeas corpus” (Brasil, 2004, p.763) e que então estaria reexaminando toda a prova a fim de decidir sobre se a conduta foi atípica, ao que o Ministro confirma estar fazendo e sugere um *habeas corpus* de ofício. Após isso, Jobim argumenta que:

(...) V.Exa. está examinando toda uma prova sem ter os autos em mãos, pois tem os elementos que vieram no habeas corpus. V. Exa. Está revendo um juízo de material de valor emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação à matéria. Ou seja, estamos nos erigindo em terceiro grau de jurisdição para efeito de rever a decisão penal? Sendo que as condutas tipificadas não se realizaram em determinado momento e, se assim não aconteceu, não se caracterizava um crime? Estamos invertendo todo o processo. (Brasil, 2004, p.764)

Esta discussão é muito pertinente para que se evite seguir na linha que Ayres Britto tinha intenção, levando outros ministros a examinarem se seria cabível algo como a denegação de um HC de ofício, sobre o qual Sepúlveda Pertence expressa suas preocupações:

Se o Tribunal me permite uma reflexão, continuo um tanto preocupado, por ter aventado uma consideração que poderia envolver a concessão de um habeas corpus de ofício: estou cada vez mais constrangido porque o julgamento parece dirigir-se para uma denegação de ofício de habeas corpus, quanto a fundamento não invocado pelo impetrante. Evoluo, assim, para afastar qualquer outra consideração que não seja o fundamento da impetração. (Brasil, 2004, p.769)

Sobre isso, desenvolve-se um cuidado com o que poderiam ser os efeitos disso, que seja pela escolha de palavras na decisão do tribunal. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence enfatizam que uma coisa é afirmar não ter elementos o suficiente para conceder um *habeas corpus* de ofício, e que outra seria denegar esta ordem. Sugere-se uma “modificação vocabular”, pois não daria para “conhecer” algo que não se pediu.

A questão de ordem foi decidida no sentido de que não haveria condições suficientes para conceder um *habeas corpus* de ofício, tendo apenas o ministro Carlos Britto entendido que por anterioridade penal não haveria lei que punisse publicar livros de cunho racista.

No voto do ministro Marco Aurélio no HC, a preocupação com a tutela de direitos fundamentais é trazida novamente, mas acompanha um limite do que o Tribunal pode ou não pode fazer acerca das interpretações conforme:

Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer hermeneuta da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais. (Brasil, 2004, p.915)

Este mesmo argumento pode ser entendido a favor da decisão do julgamento, dado que ampliar o conceito de racismo pode ser considerado como uma estratégia para aumentar a eficácia de direitos fundamentais como a dignidade humana e a igualdade. Entretanto, ao ampliar ou, ainda, interpretar de forma aberta o termo racismo, entende-se que houve a diminuição da eficácia da liberdade de expressão e até do limite de atuação

do Estado. Isso pode ser entendido por conta da ampliação da única norma que previa imprescritibilidade de algum crime na legislação brasileira, que além de ser entendida do modo ampliativo ao invés do restritivo como de acordo com os princípios do Direito Penal, foi entendida assim pelo STF, não seguindo as ordens da criação de crimes formal, que seria atuação legislativa.

Esta linha de argumentação esteve menos presente no caso Ellwanger do que na ADO, no sentido em que se discutiria quais são os limites da Corte mesmo em face aos seus objetivos, em razão tanto de sua função como pelo instrumento com o qual está lidando.

Descabe ao Poder Judiciário, em sede de ação direta por omissão, impor prazo de cumprimento obrigatório ao Poderes competentes para a edição do diploma legal reclamado, ou mesmo suprir, por ato próprio, a suposta omissão do legislador inadimplente. (Brasil, 2020, p.10)

Esta foi a manifestação da Advogada-Geral da União em exercício na época da ADO, Maria Aparecida Araújo de Siqueira. Esta e mais falas se fazem presentes no caso da homotransfobia no sentido de trazer luz sobre questões que poderiam apontar para uma atividade do Judiciário que não a de Legislador negativo.<sup>10</sup>

Em seu livro "O STF e o Dogma do Legislador Negativo", Rodrigo Brandão expõe sobre os limites da atuação do STF em controle de constitucionalidade:

Assim, o controle de constitucionalidade teria uma função estritamente supressiva, no sentido de competir ao Judiciário apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais. Qualquer tentativa de adicionar novos conteúdos aos dispositivos em exame (através da criação ou alteração das respectivas regras) esbarraria na inviabilidade de o Judiciário atuar como

---

<sup>10</sup> BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 44, 2014. DOI: 10.17808/des.44.385. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385>. Acesso em: 13 nov. 2024.

legislador positivo, suposto corolário da separação dos poderes. (Brasil, 2014, p.190)

Há, nos pedidos da ADO, um reconhecimento de que ao atuar desta maneira o Supremo estaria saindo de suas limitações e “fazendo exceções” a princípios que regem a democracia, como a legalidade penal, que também é um direito fundamental, previsto no do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que busca proteger a liberdade e a limitação do poder punitivo do Estado, decorrendo da separação de poderes.

A ampliação do entendimento do que seria racismo já torna a decisão candidata à discussão sobre limites da separação dos Poderes e da anterioridade penal, mas logo no pedido inicial do caso de homotransfobia, adiciona-se que:

Caso não prevaleça esse entendimento, requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio segundo o qual “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”. (Brasil, 2020, p.41)

Esta opção subsidiária não foi acatada. Mesmo assim, é interessante no ponto em que traz a discussão estes princípios e a possível superação destes, amenizada por meio do termo “exceção”.

Em seu voto, acerca da “Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal” (Brasil, 2020, p.61), Celso de Mello reforça a ideia antes apresentada dos riscos do desvio do Tribunal de seu papel como legislador negativo, pois:

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim



agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento (J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 636, item n. 4, 1998, Almedina)

Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (Brasil, 2020, p.63)

Contudo, este mesmo voto foi o vencedor da ADO, que entende que a ampliação do conceito de racismo é válida, de modo a entender que por mais que o Ministro a entenda como anômala, não crê que não possa ser praticada.

Ele explica isto por meio de referência a julgados de sua relatoria, em que diferencia a interpretação conforme a constituição de uma elaboração legislativa por parte do Tribunal por conta da primeira buscar

extrair a interpretação dos diversos diplomas legais vigentes que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado, para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata aplicação do direito, não se confundindo, por isso mesmo, com o processo de elaboração legislativa (AI 161.396-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (Brasil, 2020, p.127)

E que, por estas razões,

o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição, ao contrário do que sustentam, nos presentes autos, os Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União, não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. (Brasil, 2020, p.128)

Este entendimento, porém, poderia ensejar questionamentos como: se este feito provém os elementos necessários à exata aplicação do direito, quais são os critérios para o que se entende como racismo? Um crime embasado em machismo, por exemplo, mesmo com leis previstas para este tipo, poderia ser considerado imprescritível por ter relevante história de opressão no Brasil e ser um grupo minorizado assim como as pessoas trans e homossexuais?

A necessidade de se apurar caso a caso para validar esta suposta “regra” poderia afastar dos objetivos de uma interpretação conforme a constituição e aproximar de um julgamento de caso individual, que não é o que se propõe a fazer o instrumento da ADO, mas sim que este possa se aplicar a todos outros casos.

O ministro tenta esclarecer e afastar outros entendimentos de irregularidade na ação que visa de equiparação, como o de que isto significaria penalizar por analogia ou formular tipos penais.

Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia ‘in malam partem’ em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2).

(...)

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal. (Brasil, 2020, p.129)

Dentro da discussão sobre quais limites esta decisão pode ter superado e em que esta se encaixa, há o debate sobre o próprio instrumento. Como dito por Gilmar Mendes, por esta ser uma “questão nova”, poderia caber ao invés da ADO, “uma ADIn ou uma ADPF, pedindo a interpretação conforme

do dispositivo da Lei do Racismo na temática. Em suma, há várias formas de abordar esse plexo desse sistema.” (Brasil, 2020, p.222)

Pontuação que, logo após, foi complementada pelo Ministro Luiz Fux de modo a apontar às diferenças entre o MI (que estaria sob discussão de ser votado junto com a ADO) e ação que busca declaração de omissão: “mutatis mutandis, no mandado de injunção, à semelhança do mandado de segurança, à época à míngua da lei, o Supremo tem que dar efetividade à norma constitucional e dar uma solução concreta individual, mas, no caso aqui, é coletiva.” (Brasil, 2020, p.222)

Esta fala remete ao ponto onde a interpretação constitucional deve prover regras para se aplicar a todos casos, porém, neste caso concreto pode ter sido gerada em uma visão mais próxima do caso concreto. Ao mesmo tempo, por ser uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não necessitaria deste resultado pois visa o reconhecimento de uma omissão e não uma ação direta da instância que compete reconhecer, como seria no caso de um MI que requer uma solução concreta individual.

Outro limite do instrumento que também pôde ter sido superado foi abordada em voto de Alexandre de Moraes, em que o ministro cita precedente de relatoria da ministra Carmen Lucia, que diz não ser “possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional”. (Brasil, 2020, p.230)

Tece a relação disto à separação de poderes, de maneira a entender

que a exigência constitucional de equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que esta CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*. (Brasil, 2020, p.258)

Mesmo assim, Luiz Fux traz opinião pessoal dizendo: “Eu, por exemplo, tenho entendimento de que o mandado de injunção tem de resultar numa

providência concreta e não só apenas concitar o Parlamento a legislar.”  
(Brasil, 2020, p.515)

Isto leva a entender que por mais que os instrumentos do Supremo tenham normas instituidoras, estes ainda estão sujeitos a visões pessoais dos Ministros sobre o que devem ou podem incitar.

Sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a jurisprudência do STF construída ao longo das últimas três décadas afastou-se da orientação inicialmente perfilhada no MI 107 (Rel. Min. Moreira Alves) de que o provimento jurisdicional buscado pela via do mandado de injunção limitar-se-ia à declaração da mora legislativa. (Brasil, 2020, p.537)

O Ministro, em parágrafo seguinte a este procede a contar como são entendidos estes parâmetros de Mandado de Injunção por diversas linhas, gerando preocupação sobre não haver doutrina oficial. Esta pulverização de entendimentos gera insegurança jurídica, tendo este caso como um exemplo dos riscos de que se aceite utilizar instrumentos constitucionais do jeito que entender pessoalmente ser adequado. A diferença entre ser aceito que se faça ou não uma providência concreta em MI pode ser a distância entre o Judiciário se destinar atribuições ou ainda alguém ser preso por tipo penal não antes legislado.

Esta falta de encontro é esclarecida no voto, que traz uma Lei que buscou exatamente mitigar este perigo existente na divergência entre o que se entende, o que se faz e o que devia ser feito.

Cabe ainda ressaltar que, acolhendo tais razões e atenta à jurisprudência do Supremo Tribunal, a Lei 13.300, de 2016, regulamentou, legislativamente, a ação constitucional do mandado de injunção, dando uma solução ao dissídio entre jurisprudência e doutrina em torno da possibilidade de adoção de sentenças de perfil aditivo. O diploma legal dispõe, em seu art. 9º, que a decisão proferida no mandado de injunção, em regra, terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma

regulamentadora'. O § 1º do mesmo artigo, contudo, prevê que 'poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração'. (Brasil, 2020, p.539)

Com isso, a preocupação que segue é: se há legislação para pacificar a questão, por que ela segue sendo questionada em julgamentos? E o que o "inerente ou indispensável ao exercício de direito" realmente impõem de obstáculo para que, por vontade dos votantes, a sentença aditiva seja *erga omnes*?

Há, ainda, uma questão acerca do esvaziamento dos núcleos em lei incriminadora. A ideia de que se possa ampliar um tipo penal para que ele se torne uma moldura tão aberta quanto esta está se mostrando poder extrapolar os limites do texto, além dos próprios identificadores que justificariam esta penalização. Ainda que "raça" possa ter sentidos mais abrangentes, deveria conceber tantos outros fatores a ponto de perder, talvez, seu caráter de exceção ou ainda seu objetivo em ter sido uma exceção? A fala do ministro Marco Aurélio busca apresentar este risco ao se debruçar sobre princípios penais.

O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2002. p. 58) (Brasil, 2020, p.554)

## **Reflexões sobre a decisão e o combate à discriminação contra grupos minorizados | Possíveis consequências e limitações do acórdão**

A conclusão inegável de ambos foi de que, após o julgamento, um grupo minorizado a mais teria a tutela jurídica da configuração do crime de racismo. Um nem foi pedido, mas o que teve isto como pedido, foi atendido. A maneira, os efeitos, as condições deste feito são discutíveis, como se pretendeu com esta pesquisa em certo nível. Ao mesmo tempo que é um passo grande e simbólico dado na tutela de direitos de grupos minorizados, este passo pode não ter sido tão concreto ou realista quanto se desejava.

Houve uma inovação dentro do Judiciário para que isto fosse possível, mas o Legislativo, originalmente responsável por legislar e proteger estes direitos, esteve em falta desde o primeiro julgamento. Esta tutela ter de ser forçada contramajoritariamente pelo Judiciário pode demonstrar falta de mudança na preocupação dos representantes responsáveis em atender esta demanda da sociedade, limitando o alcance do acórdão à realidade brasileira no qual é inserido.

Algo que foi antecipado pelo interesse no caso paradigmático Ellwanger, foi de que este teria sido o primeiro de sua natureza. No entanto, durante o fichamento dos acórdãos, verificou-se que a ADO, toda vez que necessitava de precedente para o entendimento de que sua decisão seria algo possível, assim como aceito, utilizava-se do HC.

Logo no voto vencedor do Ministro Relator Celso de Mello, já em seu início há apoio nos feitos do caso Ellwanger:

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no

juízo pleno do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)” (Brasil, 2020, página 37)

Utiliza-se, no mesmo voto, de obras doutrinárias, como a coordenada por Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada e hoje advogada, (“Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, 3ª ed., 2017, RT), em que se afirma, no mesmo sentido:

Ademais, percebe-se que, inegavelmente, a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de (ao menos) uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo (art. 5º, XLII, da CF/1988), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS (ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro), mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988). Isso significa que, (muito) longe de ser ‘inconstitucional’, criminalização é constitucionalmente obrigatória. (Brasil, 2020, p.43)

Neste trecho fica claro que a definição criada pelo Caso Ellwanger abriu uma porta para casos como este, além de outros possíveis. A questão com isso, além do caráter inovador, é de que talvez esta possa ter sido uma definição muito abrangente. Esta é uma limitação do próprio HC: para um instrumento que visa resolver um caso concreto, criar uma definição do crime mais excepcional previsto na legislação brasileira que seja possível de ampliação. Acompanhando esta limitação, a da ADO seria a de se apoiar neste precedente com estas características para fazer o que pretende: ampliar o conceito de racismo para que abrigue a homotransfobia.

Por conta destes dois acórdãos, algo que pode ter sido entendido como superexcepcional a ser feito, pode ter aberto as portas para que qualquer violência contra grupos minorizados seja entendida como racismo. Ou perigoso em mesmo nível, que não sejam todos entendidos como racismo. Se nem todos tiverem este mesmo direito, qual será o critério para os diferenciar? Ou ainda, por que crimes contra mulheres tem sua legislação e criminalização específica (de modo a seguir a lei constitucional que se invoca

na ADO), mas não faz parte dos grupos minorizados entendidos como vítimas de racismo? Ou ainda, se são, como que os crimes contra a mulher serão entendidos? Serão eles somados de imprescritibilidade além das penas específicas previstas na lei Maria da Penha?

Uma possível insegurança jurídica pode ter sido criada pelos acórdãos, de maneira que suas decisões podem ter sido dadas sem muita ponderação sobre possíveis efeitos e implicações futuras, como estas.

Ainda no voto do Relator, sustenta-se que o que afastaria a decisão de ser uma sentença aditiva seria a falta de inovação baseada no que foi feito no *Habeas Corpus*.

Inaccolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”). (Brasil, 2020, p. 134)

O que é interessante neste trecho é o fato de que, no HC referido, acreditava-se que estariam fazendo apenas uma interpretação conforme a Constituição, enquanto, na ADO, é reconhecido que agora sim poderiam fazer apenas uma interpretação pois o HC já teria reconhecido, em sentido amplo e geral, o racismo como uma conduta que abriga mais do que ofensas decorrentes da discriminação baseada em raça. Sendo assim, é reconhecido que há uma diferença essencial entre o que os dois chamaram em seu tempo de “interpretação”. Além disso, de que a ADO apenas teve reivindicação em seu pedido porque o HC o fez de maneira sem precedência, tendo que buscar de fontes estrangeiras para se apoiar.

## **Considerações Finais**



O objetivo deste trabalho era entender melhor o que as decisões proferidas na ADO 26 e no HC 82424 revelam sobre a extensão do conceito de racismo. Para tanto, elaborou-se metodologia de pesquisa empírica a partir do método de análise documental. Foram analisadas 2 decisões, selecionadas a partir dos critérios de relevância e decisão no sentido de abrigar discriminação de outros grupos minorizados dentro do crime de racismo.

A partir dos critérios de análise adotados, foi possível observar de que maneira o Supremo Tribunal Federal abordou as questões presentes nos dois casos, permitindo uma compreensão da dinâmica entre eles. Inicialmente, a suposição era de que o Habeas Corpus tivesse sido julgado de forma formalmente inusitada, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão seria materialmente inusitada. No entanto, ao examinar os materiais, foi interessante perceber como ambos se interconectam de maneira significativa. A ADO, em particular, não poderia existir sem o HC, e ficou evidente como o *Habeas Corpus* se tornou inovador, tanto na decisão quanto na forma como foi decidido.

Essa inovação, por um lado, pode ser vista como uma resposta à preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, ela pode gerar insegurança jurídica, ao comprometer a previsibilidade das decisões. Além disso, tal abordagem implica em um desgaste no equilíbrio entre os poderes, essencial para o funcionamento do sistema de pesos e contrapesos, vital para a manutenção da democracia.

Essas observações abrem um campo para reflexões mais amplas sobre os limites e desafios da atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se trata da tutela dos direitos fundamentais e da necessidade de garantir a estabilidade e previsibilidade das instituições jurídicas.

Por conta do recorte desta pesquisa e da extensão dos acórdãos, diversos outros temas interessantes e relevantes não puderam ser analisados, sendo esta pesquisa limitada a um pedaço desta comparação, visando entender como e por que dois instrumentos constitucionais tão distintos e em épocas distintas foram utilizados para o mesmo fim.

Ao fim destes achados, não se conclui nada tão assertivo como o que é certo e o que é errado no que foi feito. O que foi encontrado é o perigo nas formas em que o STF encontra para conseguir os resultados desejados, acima do que seria previsto e esperado de seus limites. No entanto, isto não pode ser visto apenas como algo individualista de pautas dos Ministros, pois de fato há uma difícil dinâmica entre este Poder e o Legislativo, onde pode ser que grupos minorizados acabassem sendo negligenciados por conta de uma disputa entre estes dois poderes.

Pensando em uma agenda de pesquisa futura, ainda resta saber, por exemplo, se os direitos adquiridos por meio destes acórdãos são efetivos e como estão sendo aplicados, quais foram seus impactos para as pessoas vítimas destas discriminações. Ou ainda, se houve implicações ao STF por conta desta sua atuação, e se sim, como que estas são lidadas.

## **Bibliografia**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº82424, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 mar. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 21 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº26, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 21 nov. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo., 3ª ed., 2017, RT.

EULER, M. Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-01/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo#:~:text=Em%20relat%C3%B3rio%20divulgado%20pela%20Antra>>. Acesso em 28 maio 2024.

Brasil registra 257 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+ em 2023, uma a mais que 2022, e segue como país mais homotransfóbico do mundo. Disponível em: <<https://q1.globo.com/ba/bahia/noticia/2024/01/20/mortes-violentas-de-pessoas-lgbtqia-na-ba-2023.ghtml#:~:text=O%20Brasil%20teve%20257%20mortes>>. Acesso em: 28 maio 2024.

DE OLIVEIRA, Ygor Werner. O STF e o "caso Ellwanger": a interferência dos fatores extralegais no processo de delimitação das decisões judiciais / The supreme court and the "ellwanger case": the interference of extralegal factors for delimitation of judicial decision processes. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 46-56, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/757>. Acesso em: 21 nov. 2024.

DE PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. A atualidade do caso Ellwanger para os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão / The relevance of the Ellwanger case to the recent Brazilian Supreme Court judgments on freedom of expression. Revista Direito e Práxis. v. 15, n. 3, p. 1-28, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Vbk4BdGL7dx8XT3J6spTx8x/#>. Acesso em: 21 nov. 2024.

BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. Estudos constitucionais, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 21 nov. 2024.