

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
ALAN ABDO ECKSCHMIEDT

A PERDA DO CARÁTER DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL: UMA LEITURA DO
ATIVISMO JUDICIAL PERPETRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
RELAÇÃO AO ALCANCE DO CRIME DE RACISMO

São Paulo
2023

ALAN ABDO ECKSCHMIEDT

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR(A): RODRIGO JOSÉ FUZIGER

São Paulo

2023

ALAN ABDO ECKSCHMIEDT

A PERDA DO CARÁTER DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL: UMA LEITURA DO
ATIVISMO JUDICIAL PERPETRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
RELAÇÃO AO ALCANCE DO CRIME DE RACISMO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): Rodrigo José Fuziger

Examinador(a): Marco Aurélio Genghini

Examinador(a): Henrique Tremura Lopes

Ao meu amor, por dividir as graças e os pesos desta vida comigo; às paixões, por me moverem pela existência; à minha família, pelo senso de legado e pertencimento; aos meus amigos, pelas muitas risadas; por fim, à eterna vontade de potência.

A PERDA DO CARÁTER DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL: UMA LEITURA DO
ATIVISMO JUDICIAL PERPETRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
RELAÇÃO AO ALCANCE DO CRIME DE RACISMO

Alan Abdo Eckschmiedt

Resumo: O presente trabalho tem como objeto de estudo o ativismo judicial crescente em torno do crime de racismo pelo Supremo Tribunal federal. Analisaremos três casos icônicos em torno da matéria, de forma que traçaremos uma tendência ativista de duvidosa legalidade, frente ao referencial teórico utilizado. Sob à ótica do princípio da legalidade estrita e da separação dos poderes, especialmente em matéria criminal, negaremos tais iniciativas e buscaremos introduzir a perspectiva conceitual do Direito Antidiscriminatório para tanto. Conceituar-se-á a discriminação racial e, posteriormente, a distinguiremos da discriminação por orientação sexual e da discriminação por identidade de gênero, com o fito de demonstrar que não houve interpretação, mas sim integração de normas em desfavor do réu nessas decisões.

Palavras chaves: Direito Penal; ativismo Judicial; Racismo; homotransfobia; Legalidade.

Abstract: The following work main study object is the growing Supreme Court's judicial activism regarding the crime of racism. We will analyse three iconic cases among this subject, in order to establish a trend of doubtful legality, considering the chosen theoretical framework. Under the scope of strict legality and the separation of powers, specially when facing criminal law, we deny such initiatives and seek to introduce the conceptual perspective of Anti-Discrimination Law to do so. After contemplating the meaning of racial discrimination, discrimination based on sexual orientation and discrimination based on gender identity, we aim to show that no valid interpretation procedure was made, but actually a integration procedure in detriment of the defendant.

Key words: Criminal Law; Judicial Activism; Racism; Homotransphobia; Legality; Analogy.

Sumário: 1. Introdução 2. Qual o conceito de ativismo judicial? A discricionariedade e o afastamento do arcabouço jurídico. 3. A negativa da discricionariedade judicial e o medo dos juízes. 4. O que o legislador entende por racismo? 4.1. A ADO 26 - criminalização da homotransfobia como racismo e a consagração da *analogia in malam partem* no direito penal brasileiro 4.2. O HC 154.248/DF e a imprescritibilidade da injúria racial antes da lei 14.532/23 - mais uma vanguarda do Supremo. 4.3. O RHC 222.599/SC e o não cabimento de acordo de não persecução penal no crime de racismo e na injúria racial. 5. Por que punir a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero como racismo é analogia in malam partem? 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não é arriscado afirmar que o dogma da completude jurídica foi superado. A forma de interpretar o direito típica dos juristas franceses do século XIX cedeu espaço, há muitos anos, para novas formas de encarar o fenômeno jurídico. Significa dizer que o positivismo jurídico que nos rege é muito distinto daquele que regia a Escola da Exegese. Não por outra razão, o cotidiano do direito impõe a constatação de lacunas e antinomias que obrigam o juiz a abandonar o posicionamento de mera “boca da lei” para efetivamente promover filtragens constitucionais e eleger significados válidos para as normas jurídicas com que trabalha, inclusive como medida de manutenção do Estado Democrático de Direito. (LOPES JR, 2021, p. 965)

Por outro lado, ao se imiscuir na seara criminal, o juiz deve se ater estritamente às regras do devido processo, uma vez que a constatação de que o direito é lacunoso não pode significar que a comunidade jurídica esteja à mercê da bondade ou bom senso individual do magistrado. Nesse diapasão, Aury Lopes Jr indaga: quem irá nos proteger da bondade dos bons? E a resposta é simples: o princípio da legalidade e seus corolários. De outra forma, seria dar azo à ativismos judiciais incompatíveis com o legítimo exercício de poder num Estado Democrático de Direito (LOPES JR, 2021, p. 966).

Com tudo isso em mente, apresenta-se este trabalho de conclusão de curso, no qual trabalha-se com julgados icônicos do Supremo Tribunal Federal em matéria de racismo. A lente pela qual analisar-se-ão tais decisões será a lupa da legalidade, uma vez que nota-se a

tendência manifesta de expansão jurisprudencial do direito penal, inclusive por meio de expedientes vedados, como a analogia em desfavor do réu - fato enquadrado como manifestações do ativismo e discricionariedade judicial.

Assim sendo, inicia-se este artigo conceituando de maneira objetiva o que é ativismo judicial e, no capítulo seguinte, are sobre o porquê esse tipo de conduta discricionária do magistrado ser maculada de ilegalidade em nosso sistema jurídico.

Nos capítulos seguintes, após apontar o que a Lei 7716/89 entende como racismo, trataremos de três decisões de cunho ativista proferidas pelo Supremo. Em síntese: i) a ADO 26, que permitiu a punição de atos de homotransfobia como racismo; ii) o HC 154.248/DF, que estendeu à injúria racial efeitos penais maléficos típicos do racismo, antes de surgir lei formal que assim o permitisse e; iii) o RHC 222599/SC, que proibiu o ANPP aos casos de racismo e injúria racial, a despeito de não haver previsão nesse sentido introduzida pelo Pacote Anticrime.

Em sequência, traremos a perspectiva do Direito Antidiscriminatório à seara penal aqui tratada, de forma que buscaremos isonomia informacional em torno de conceitos importantes acerca da temática da discriminação racial, por orientação sexual e por identidade de gênero. Ainda nesse capítulo, buscaremos trazer uma harmonização entre esses conceitos e as regras de interpretação permitidas em direito penal. Uma vez feito isso, conduziremos o leitor às conclusões.

2. QUAL É O CONCEITO OBJETIVO DE ATIVISMO JUDICIAL? A DISCRICIONARIEDADE E O AFASTAMENTO DO ARCABOUÇO JURÍDICO.

Bernardo Gonçalves Fernandes, nos apresenta um conceito técnico-jurídico de ativismo judicial, logo após definir o que não o caracteriza, a partir de determinadas balizas estabelecidas por Georges Abboud (FERNANDES, 2022, p. 191).

Em apertada síntese, essas são as principais: i) a atuação contramajoritária do poder judiciário como forma de proteção de direitos fundamentais não se enquadra como ativismo judicial por si só; ii) a interpretação não literal dos dispositivos legais não é ativismo judicial; iii) o ativismo judicial independe de ideologia, uma vez que tanto conservadores quanto

progressistas podem cometê-lo; iv) a consequência de uma decisão ativista recai na sua validade, por sofrer de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Ao analisarmos as consequências dessas premissas, concluímos que a concepção ideológica de que parte o julgador ou o resultado obtido por meio da decisão ativista pouco importam para o direito: por contrariar o direito posto, carecem de validade. Nesse sentido, cai por terra o antigo verbete cunhado por Luis Roberto Barroso, pelo qual “*ativismo é igual colesterol: tem o bom e o ruim*”. Não. Todo ativismo é ruim. No mínimo, é ilegal. Parte-se, enfim, para o conceito objetivo de ativismo judicial.

O ativismo judicial é a substituição discricionária da fundamentação jurídica pela argumentação meta-jurídica. A marca do ativismo, então, é a troca da ordem jurídica constitucional ou infraconstitucional por argumentos não jurídicos (econômicos, políticos, religiosos, ideológicos), ainda que dotados de aceitação social. Ou seja, é definido pelo desapego do arcabouço jurídico.

Nas palavras de Bernardo, identifica-se um juiz ativista:

“como aquele que julgador discricionário que abandona o direito em prol da sua ideologia e convicções pessoais sobre política, religião, economia e opinião pública, sendo irrelevante, para tanto, a análise acerca do resultado de suas decisões, bem como os seus respectivos enquadramentos político-ideológicos - progressista ou conservador. Isto é, o ativismo judicial reside especificamente na presença de discricionariedade no conteúdo da decisão em detrimento da legislação vigente”. (FERNANDES, 2022, p. 193).

A sobreposição de argumentos de ordem não jurídica, em detrimento da ordem jurídica, é o que caracteriza a discricionariedade e o que torna o ativismo judicial identificável (e reprovável). Mais a frente dessas linhas, convém destacar, traremos a contribuição teórica de Eros Grau acerca da negação da discricionariedade judicial, oportunidade na qual levaremos em conta o inevitável grau de criatividade do juiz na elaboração das normas jurídicas individualizadas. Cruzaremos essa ponte ao passarmos por ela.

Antes disso, porém, cumpre ressaltar o porquê de o ativismo judicial ser ilegal num Estado Democrático de Direito: o papel do poder judiciário é promover o direito, e não promover a Justiça, sob pena de ferir a tripartição dos poderes e, em matéria penal, se divorciar da legalidade estrita. Nas palavras de Bernardo Gonçalves, temos:

“Especificamente sobre o caráter ilegal e/ou inconstitucional de uma decisão de cunho ativista em termos qualitativos, urge ressaltar que referida constatação advém da adoção de uma perspectiva objetiva acerca do papel do poder judiciário em um Estado Democrático de Direito, de modo a posicioná-lo como agente de promoção do direito, e não agente de promoção de justiça. (...) Em outras palavras, aludida diferença traduz importante - e por vezes esquecida - tripartição dos poderes, a partir da qual identifica-se como papéis preponderantes e típicos dos poderes eletivos - Legislativo e Executivo - a criação e execução de políticas públicas, mediante a representatividade indireta concedida através do voto. A promoção de direito, pelo Judiciário, pressupõe a sua anterior criação pelos órgãos democraticamente eleitos. Lado outro, a compreensão do judiciário como agente de promoção da justiça transfere a este a própria criação e definição do direito, de forma não democrática, a partir das suas próprias convicções, utilizando, para tanto, concepções genéricas, abstratas e subjetivas do que vem a ser justiça, interesse público, conveniência e oportunidade etc”(FERNANDES, 2022, p. 194)

Para concluir este tópico, cita-se novamente Georges Abboud, que acerta quando diz que “nenhum entusiasmo ou desejo de mudança pode ser feito em detrimento do direito aprovado pelas regras democráticas”. Se se quer fazer justiça, um bom caminho é seguindo a lei.

3. A NEGATIVA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O MEDO DOS JUÍZES

“O magistrado é a lei falante; a lei é o magistrado mudo” (Cícero, De Legibus, III, I).

Eros Roberto Grau, em obra denominada “Por que tenho medo dos juízes (a interpretação / aplicação do direito e os princípios)”, expõe as razões pelas quais o poder judiciário, hoje, transforma-se num produtor de insegurança jurídica.

Ao explicar acerca do processo interpretativo que permite ao juiz inserir o texto da lei no mundo da vida, por meio da criação de uma norma jurídica individualizada solucionadora de casos concretos, Eros Grau aloca a atividade interpretativa do magistrado numa atividade de *prudência*. Isto é, a interpretação seria um saber prático, uma virtude (no sentido aristotélico de *phrónesis*) que acompanha a razão intuitiva determinante daquilo que é correto, e não necessariamente daquilo que é exato - uma vez que a atividade do juiz não seria demonstrável em moldes científicos, mas sim justificável em termos racionais.

Para Grau, a lógica jurídica seria a escolha entre várias possibilidades corretas de atuação, tendo em vista a incontornável conexão entre as questões de fato e o enunciado normativo pertinente à solução da controvérsia. Em outras palavras, é juridicamente inútil a solução jurisdicional que não leva em conta o conjunto de fatos (a realidade, o Ser) que pautam a demanda, especialmente diante do caráter geral e abstrato do texto legal. Aqui, então, temos o dimensionamento da atividade interpretativa do juiz: fazer incidir no mundo da vida a a solução jurídica que, a um só tempo, interprete a realidade fática e o texto normativo, aplicando-a por meio de uma norma jurídica individualizada.

Nesse sentido, supera-se a lógica interpretativa que vigorou até os anos 70, pela qual o juiz seria a “boca da lei” ou aquele que opera a subsunção jurídica. Até esse momento, assumindo a separação dos poderes como dogma liberal, a atividade do magistrado seria apenas a de revelar o direito ao caso concreto, segregando os momentos de interpretação do direito e o de sua aplicação. Atualmente, todavia, entende-se que a “clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada” (GRAU, 2021, p. 32).

Ou seja, o que se percebeu é a impossibilidade da lei satisfazer a complexidade do mundo por si só, uma vez que a ambiguidade, a imprecisão e outras situações cambiantes fazem parte da linguagem jurídica e nem por isso tais casos podem ser ignorados pelo juiz quando provocado a resolvê-los. Significa dizer que o brocardo latino do “*in claris cessat interpretatio*” deve ser revisitado: só funciona frente à isomorfia da norma - fenômeno tão raro que, se existente, poderia substituir o próprio magistrado.

A partir desse ponto, duas consequências são percebidas pelo autor: i) texto normativo e norma jurídica são coisas diferentes; ii) interpretar a lei é aplicá-la, operam-se simultaneamente, e não sucessivamente. Diz Eros Grau, citando Friedrich Müller, que:

“O texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo interprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O preceito jurídico é matéria que precisa ser ‘trabalhada’. Partindo do texto normativo, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito” (GRAU, 2021, p. 35).

Por conta disso, do fato da interpretação do direito ser a concretude da lei em cada caso, nota-se que o processo de interpretação e de aplicação são unitários. Interpretar a lei é aplicá-la. Dividi-los em dois momentos remonta-nos a ultrapassada lógica subjuntiva da interpretação.

Poeticamente, Grau desenvolve o raciocínio dizendo que o texto normativo é uma expressão artística alográfica, tal qual a música e o teatro, uma vez que a obra apenas completa seu sentido quando conjugada as figuras do autor dela e seu intérprete, numa relação necessária da compreensão da obra e sua reprodução. A contraposição se dá com as artes autográficas, como a pintura, na qual o autor encerra a obra em sua própria manufatura.

Grau procede com a constatação de que o texto normativo é alográfico pois sua completude depende do sentido atribuído a ele pelo intérprete. Dessa forma, quando o juiz intermedia o caráter geral da lei ao caso concreto, por meio de uma norma jurídica individualizada (norma de decisão), “opera sua inserção na vida” (GRAU, 2021, p. 38).

Percebe-se, então, que o desenvolvimento do direito depende da capacidade de os juízes interpretarem a lei de modo satisfatório à resolução dos conflitos sociais. Nesse ponto, Grau traz a salutar explicação de Maximiliano, com a qual fecho este tópico e passo a tratar do risco da subversão do texto legal por meio da atividade interpretativa:

“Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o autor. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro o artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico dos dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a lei morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim árbitro de adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social” (GRAU, 2021, p. 38)

Uma vez reconhecido este tanto acerca da atividade interpretativa do juiz, cumpre-nos destacar o seguinte alerta: a subversão da matéria-prima de que parte o intérprete, a lei, ainda que com o fim de promover Justiça, é o caminho mais rápido para ferir de morte a ética do direito: a legalidade.

O único mediador aceitável entre a Justiça e o Direito é a legalidade e o devido processo. A razão é clara: substituir a racionalidade formal do direito por uma racionalidade de conteúdo materialmente justo importa em trocar a lei pela ética, toda vez que a segunda conflitar com a primeira. Ademais, tentar responder a qualquer indagação no sentido de qual ética deve prevalecer seria um exercício de futurologia cuja ausência de legitimidade não pode fazer recair seu peso sobre o jurisdicionado, especialmente em se tratando de matéria penal. Daí o alerta de Eros Grau: “os juízes aplicam o direito; os juízes não fazem justiça! (...) Justiça é com a religião, a filosofia, a história” (GRAU, 2021, p. 21)

Justamente por conta disso que Eros Grau nega a ideia de “discrecionariade judicial”. Segundo o autor:

“Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discrecionariade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. (...) Qualquer interprete, assim como o juiz, estará sempre vinculado aos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo interprete autêntico resultará a subversão do texto”. (GRAU, 2021, p. 91)

O poder-dever do juiz é restrito à formulação de juízos de legalidade. Não cumpre ao magistrado escolher entre indiferentes jurídicos (ou seja, proferir juízos de oportunidade) quando sua ferramenta de trabalho é justamente a lei.

É nessa ordem de ideias que se insere a crítica ao método da ponderação de princípios, pois o que ocorre, em verdade, é a formulação de juízos de valor que beiram a arbitrariedade. Por conseguinte, citando Riccardo Guastini, Grau define a ponderação como o estabelecimento de “uma hierarquia axiológica móvel” e “isso implica que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior que o atribuído ao outro” (GRAU, 2021, p. 118). É móvel por não possuir valor em abstrato, apenas aplicável a determinada controvérsia particular, podendo inverter sua bússola valorativa diante de outro caso concreto.

A consequência disso é o exercício pelo magistrado de uma dupla discrecionariade (em tese, juízo de oportunidade não franqueado ao juiz): a primeira por estabelecer uma

ordem de preferência entre princípios; a segunda por alterar o valor comparativo desses mesmos princípios diante de outra controvérsia. No primeiro momento, então, ocorre um juízo de não legalidade, posto não haver hierarquia entre normas-princípio. Logo em seguida, quando abandona tal juízo comparativo em outra controvérsia, opta subjetivamente entre supostos indiferentes jurídicos.

Diz o autor, ademais, que a formulação de um juízo de valor comparativo esteriliza o caráter normativo que revestem os princípios, tendo em conta a maneira como os magistrados, por meio da ponderação, ora os tratam como valores (discricionários), ora como normas (legalidade). O resultado disso é a inevitável perda de racionalidade do sistema jurídico e o incremento das incertezas, incalculabilidades e inseguranças.

A título de exemplo, vale a análise do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, na ADPF 153, para que se possa compará-la ao Caso Ellwanger (HC 82.424/RS) e retomar, em outro capítulo, como seria a correta (“prudente”) interpretação sistêmica das normas penais nos casos tratados neste trabalho.

“Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porem de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores.” (GRAU, 2021, p. 26).

No caso Ellwanger, ou também conhecido como “caso do livro antissemita”, tem-se a evidência da insegurança jurídica provocada pela aplicação da técnica da ponderação de princípios (regra da proporcionalidade). No caso, sopesando colisão entre os princípios da liberdade de expressão de um lado, e o da dignidade do povo judeu, de outro, utilizando a mesma técnica, diferentes ministros alcançaram conclusões absolutamente distintas: o Ministro Marco Aurélio conclui se tratar de uma restrição indevida à liberdade de expressão a condenação pelo ato de publicar livro antissemita, reputando-o medida inadequada, desnecessária e irrazoável, não sendo, portanto, constitucionalmente permitida; sendo que, para o Ministro Gilmar Mendes, restringir a liberdade de expressão com o fim de coibir a

intolerância racial e preservar a dignidade humana seria, ao contrário, adequada, necessária e proporcional.

O medo dos juízes de que fala Eros Grau, então, é exatamente o processo interpretativo que toma como base para a produção da norma jurídica individualizada não a letra da lei positivada e as cores da realidade, mas antes os valores individuais e a discricionariedade judicial. É o medo da criação de um direito à margem do direito: “tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa...” (GRAU, pág. 141).

Talvez acima sejam outros nomes para ativismo judicial.

Superado este momento de negação da discricionariedade/ativismo judicial, avancemos agora rumo às inseguranças jurídicas que sua aplicação ocasionou ao longo da construção jurisprudencial do crime de racismo em nossa história.

4. O QUE O LEGISLADOR ENTENDE POR RACISMO?

A Constituição Federal brasileira de 1988 determina, em seu artigo 5º, XLII, que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da LEI.

Por sua vez, dando concretude à norma constitucional de eficácia limitada acima, surge, logo em 1989, a Lei 7716, que define os crimes resultantes de preconceito por raça ou cor.

Em seu artigo 1º, tal lei delimita o âmbito de incidência punitiva da norma, determinando que serão punidos, NA FORMA DESTA LEI, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

O dispositivo em questão, em outras palavras, delimita a eficácia objetiva dos tipos penais inseridos na lei 7716/89, de tal forma que o operador do direito é obrigado a conjugar, frente a qualquer caso concreto, o preenchimento dos pressupostos lógicos de aplicação desta lei impressos no artigo 1º com a reunião de todas as elementares dos tipos penais correspondentes na lei de racismo, em respeito ao artigo 14, I do Código Penal - sob pena de não haver consumação do delito ou tipicidade penal.

Assim sendo, cumpre-nos explicar o que se entende por i) raça, ii) cor, iii) etnia, iv) religião e v) procedência nacional, para que seja possível a delimitação típica de toda conduta criminosa que dogmaticamente se sustente com o título de "racismo".

Raça, de acordo com o escólio de André Estefam (ESTEFAM, 2020, p. 334), é a divisão dos seres humanos segundo critérios político-sociais, tendo em vista que, biologicamente, a raça humana é una - fato provado pelo mapeamento do genoma humano.

O problema desta constatação, contudo, é a impossível delimitação dogmática da figura típica do racismo, uma vez que a definição de raça por critérios político-sociais abre margem a um alargamento *ad infinitum* da subsunção ao tipo penal, em expediente que muito se assemelha a analogia *in malam partem*. Daí a ascensão das críticas doutrinárias e a necessidade de lei em sentido estrito que corrija tal situação.

É justamente por conta dessa problemática abertura conceitual que a punição da homotransfobia como racismo encontrou lugar na ADO 26/DF. Todavia, assim o fez por meio de uma violação de regra interpretativa básica em matéria penal: a vedação da analogia em desfavor do réu. Dedicaremos um capítulo próprio para a distinção entre a perigosa construção político-social do conceito de raça e a discriminação por orientação sexual. Por ora, continuemos.

A cor, por sua vez, diz respeito à coloração da pele. É a manifestação fenotípica do carácter somático de cor de pele: preto, branco, amarelo etc., que por meio do processo de racialização, passa a carregar conotações morais negativas. Trataremos disso em capítulo próprio também.

Etnia é o compartilhamento de aspectos comuns à história ou cultura de determinado grupo. De acordo com Guaracy Moreira Filho, trata-se do grupo de pessoas biológica e culturalmente homogêneas, pertencentes a uma raça ou povo (MOREIRA FILHO, 2020, p. 419).

Religião, basicamente, diz respeito à crença religiosa que um indivíduo deposita em forças sobre-humanas.

Finalmente, a procedência nacional diz respeito à origem geográfica do indivíduo.

Assim, a título de exemplo, tomemos o tipo penal do artigo 4º da lei 7716/89: "Negar ou obstar emprego em empresa privada". Para se verificar a tipicidade da conduta criminosa aqui assinalada, não basta que um indivíduo que negue emprego em empresa

privada a alguém, mas que assim o faça por discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Assim, a leitura de qualquer tipo penal da lei de racismo impõe sua conjugação com o artigo 1º, sob pena de alargamento da tipicidade penal em desfavor do réu - expediente vedado em sede de direito penal.

Em síntese, o artigo 1º da lei de racismo, em respeito ao princípio da responsabilidade penal subjetiva e do mais pedestre cumprimento ao princípio da legalidade, traz um elemento subjetivo de conjugação obrigatória com todo preceito primário desta lei: a motivação da ação do agente ativo em termos de preconceito ou discriminação pela raça, cor, etnia, religião ou origem do sujeito.

Contudo, num movimento expansionista da tutela penal de bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal vem atuando como legislador positivo ao alargar o âmbito de incidência da norma penal que trate de racismo, estendendo efeitos negativos ao réu, sem a correspondente previsão estrita em lei.

Essa é a tendência desenhada na ADO 26/DF, no HC 154248/DF e no HC 222599/SC: todos exemplificativos de um ativismo judicial temerário que, em nome da proteção de bens jurídicos essenciais, põe em xeque a racionalidade do sistema penal dogmático brasileiro - no mínimo ao que tange às normas-princípios da legalidade, da subsidiariedade e da separação de poderes.

Por meio de tais casos emblemáticos, teceremos as conclusões deste artigo. Antes disso, falemos sobre eles:

4.1 A ADO 26/DF - A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO E A CONSAGRAÇÃO DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM NO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

Aos 13/06/2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, decidiu o STF pela aplicação da lei 7716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas, levando em conta a dimensão social do racismo.

Em apertada síntese das mais de 500 páginas deste histórico julgamento, o STF decidiu que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar

¹ julgado acessível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>

os mandados de criminalização definidos no art 5º, incisos XLI e XLII da CF, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvam aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação na lei do racismo (lei 7716/89), constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (art 121, §2º, I, in fine, CP).

Trata-se de julgamento revolucionário no âmbito jurídico-normativo brasileiro, tendo em vista a aplicação inusitada da teoria concretista direta em sede de controle concentrado de constitucionalidade e pelas diversas críticas por parte da doutrina penal a que deu ensejo, ao violar a estrita reserva legal.

A tendência jurisprudencial da corte suprema da última década, especialmente, tem sido, sem dúvida, a de alargar a capacidade de concretização de direitos por meio de recursos hermenêuticos que expandem o arsenal normativo à disposição dos juízes. Em outras palavras, o cabedal teórico que vem sendo aceito pelos ministros costuma ser aquele que os tornem mais aptos à acumulação de poderes e funções federativas: julgar, legislar e administrar, sempre que, em nome da proteção de direitos fundamentais, assim entenderem necessário.

Tal tendência vem se desenhando especialmente por meio do controle de constitucionalidade, que mesmo em sua vertente difusa ou concreta, vem recebendo efeitos típicos do controle concentrado ou abstrato e este, por sua vez, vem adquirindo feições legislativas-positivas - isto é, não apenas expurgam do ordenamento as normas eivadas de inconstitucionalidade (legislador-negativo), mas verdadeiramente ressignificam as leis existentes num sentido totalmente novo.

Assim ocorreu na evolução das teorias que explicam os efeitos das decisões judiciais vocacionadas ao suprimento da mora legislativa: remotamente, usava-se a teoria não concretista, que foi caminhando rumo à teoria concretista intermediária (tal como ocorreu na ADO 25 e típica do mandado de injunção), até alcançar a teoria concretista direta, adotada na ADO 26, objeto deste estudo.

De maneira geral, pela teoria não concretista, o poder judiciário apenas recomenda a supressão da mora do Poder, órgão, entidade ou autoridade, mas sem concretizar o direito constitucional do autor.

Já pela aplicação da teoria concretista intermediária, uma vez constatada o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional, assinala-se prazo para que o Congresso purgue a mora e edite a lei faltante no ordenamento, sob pena de ver o direito concretizado pelo STF ou por quem este determine. Esse foi o posicionamento do STF quando impôs, na ADI 25, de 2016, o prazo de 12 meses para que o congresso edite lei complementar que regulamente o artigo 91 do ADCT, de forma a regular critérios de compensação de ICMS pelos Estados. Caso não o fizesse, cumpriria ao TCU executar a ordem de fazê-lo.

Finalmente, no bojo da ADO 26, a criminalização da homotransfobia foi consequência imediata da aplicação da tese concretista direta. Assim, enquanto não sobreviesse lei emanada do congresso que ponha termo a *inertia deliberandi* na implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas discriminatórias que atentem contra direitos e liberdades individuais (art 5º, XLI, CF) e práticas racistas (art 5º, XLII, CF), será tomada de empréstimo a lei 7716/89 para punir condutas homotransfóbicas, concretizando o direito desde logo.

O que se percebe, a despeito do nome dado a cada teoria e suas consequências jurídicas, é a tendência monopolizante do poder estatal em torno do poder judiciário. Explico. No afã de concretizar direitos fundamentais, de forma a não ficarem enclausurados na deontologia do Estado de Direito, a Corte Suprema sistematicamente vem usurpado funções de outros poderes da república e chamado de coisas como "função contramajoritária do STF", "proibição da proteção deficiente", "interpretação conforme à constituição", "diálogos constitucionais", "ponderação de interesses", entre outras.

A volta do anzol de toda criação teórica que expande demasiado o poder dos juízes na seara penal é que qualquer inovação deve ter como pressuposto o sistema penal vigente. Logo, por mais bem intencionada que seja a atividade criativa do juiz, se importar no descumprimento das normas-regras e das normas-princípios positivadas, a concretização do direito constitucional de um grupo importa, também, na quebra de coerência dogmática de todo o sistema penal. Se esse é o caso, talvez a tutela penal não seja a mais adequada para a concretização do direito em disputa.

O que se quer fazer compreender com essas linhas é o seguinte: conferir proteção jurídica aos integrantes de grupos LGBTQIA+ constitui missão institucional de suma importância para um Estado Democrático de Direito. Ademais, trata-se de papel do poder judiciário conferir efetiva proteção às minorias e aos vulneráveis, pois todos os modos de vida devem ser respeitados. O que não se deve admitir é a mitigação de princípios caros ao Direito Penal para tanto.

Caso os fins justificassem os meios, a racionalidade jurídica poderia ceder espaço à ideologia sem maiores remorsos dogmáticos do direito penal, uma vez que a existência da política criminal bastaria. Tal ponto levanta especiais preocupações, pois aceitar esse tipo de expansão jurisprudencial do direito penal representaria um retrocesso da maior conquista e marca distintiva do direito penal moderno: a racionalidade penal. Seria o primeiro passo para antes do Iluminismo. Beccaria se prostraria no túmulo.

Ao que tange a ADO 26, sem dúvidas, a maior violação de princípio constitucional-penal é o da Legalidade, uma vez que se admitiu, ainda que afirmando o contrário, a analogia em desfavor do réu.

Para o Ministro Celso de Melo, a decisão se limitou à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (lei 7716/89), pois os atos de homofobia e transfobia constituem, nos dizeres do relator, concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social.

Tal decisão provocou um debate doutrinário generalizado acerca da tese da analogia penal. Ainda que negada pelo relator, foi conclusão incontornável de muitos. Dentre as vozes receosas com o descompromisso com princípios garantidores, tal como o da garantia penal básica da legalidade, cita-se Maria Lúcia Karam, que nos expõe uma severa contradição e a quem se presta deferência neste trabalho de conclusão de curso:

"pediu-se declaração de existência de omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia com enquadramento enquadramento de tais condutas nos tipos penais definidos na Lei 7716.89. Ora, se tais condutas pudessem ser enquadradas naqueles tipos penais não haveria omissão a ser declarada. Como é possível reconhecer a existência de uma omissão legislativa e, ao mesmo tempo, se valer de uma lei existente para afirmar a criminalização que diz faltar? Única forma

de fazê-lo é empregando a vedada analogia in malam partem". (KARAM, 2021, p. 35).

Tal constatação exemplifica de forma contundente uma crítica criminológica mais profunda da autora ao movimento neorrealista de esquerda. Pondera que ao se afastar das tendências abolicionistas ou de minimalismo penal, em resposta aos anos em que vigoraram o neorrealismo de direita (movimento Lei e Ordem, tolerância zero e *tutti quanti*), a esquerda punitiva acabou:

"limitando-se a lamentar as injustiças de perseguições penais a seus representantes, mas sempre silente ou mesmo satisfeita quando residualmente atingidos terceiros, a 'esquerda de estado' não só não percebe sua evidente vulnerabilidade, como ingênua e malevolamente permanece cultivando o vão desejo de utilizar os mesmos meios contra seus adversários". (KARAM, 2021, p. 25).

O escólio de Karam, ainda que motivado por um viés de reducionismo penal que prestigia a chamada justiça penal consensual, não peca por trazer excelentes lições referentes à ciência penal como um todo. A pretensão de coerência do sistema normativo há de ser superior a manifestação coletiva de expectativas - aquilo que é. Não por outra razão, o Direito atua com o dever-ser. Dessa forma, mesmo os exercícios válidos de manifestações ideológicas, movimentos populares e outras reivindicações sociais, caso não passem pelo crivo do devido processo legislativo, não podem ser punidas penalmente. Forma é garantia. Legalidade é garantia.

Dessa forma, exponho mais uma passagem da autora que resume de forma precisa as preocupações acima:

"quando até aqueles que se intitulam defensores dos direitos humanos [a esquerda social] transformam justas reivindicações político-sociais em intrinsecamente injustos desejos punitivos, não hesitando em paradoxalmente compactuar -e, pior, pleitear - a violação de normas garantidoras, como até mesmo as que positivam o próprio princípio da legalidade, a destruição daqueles direitos fundamentais caminha irremediavelmente se consumir" (KARAM, 2021, p. 36-37).

Sintetizando o quanto foi dito neste ponto: "pau que bate em Chico, bate em Francisco", e é a dogmática penal que nos protege da bondade dos bons.

A mitigação do princípio da legalidade por meio de "analogia maléfica *com outros nomes*", abre precedente perigosíssimo em nosso sistema normativo penal. A dogmática penal há de ser respeitada enquanto há tempo de diferenciarmos procedimentos hermenêuticos de verdadeira elaboração legislativa pelo julgador.

Para concluir o presente capítulo, adianta-se que o atrasado é grande nesse quesito. A tendência é clara: a construção jurisprudencial do direito penal em torno do crime de racismo avança a passos largos. Do caso Ellwanger à ADO 26, seguimos para o HC 154248/DF (que equiparou a injúria racial ao racismo, estendendo-lhe a imprescritibilidade) até o HC 222599/SC (que proíbe o ANPP aos casos de racismo). Nada indica que parará por aqui.

Tratemos agora, sucintamente, destes casos adiante.

4.2. O HC 154248/DF E A IMPRESCRITIBILIDADE DA INJÚRIA RACIAL ANTES DA LEI 14.532/23²

Aos 28/10/2021, o Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus de relatoria de Edson Fachin, "decidiu que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo e é imprescritível. Por maioria de votos, o colegiado negou o Habeas Corpus (HC) 154248, em que a defesa de uma mulher condenada por ter ofendido uma trabalhadora com termos racistas pedia a declaração da prescrição da condenação, porque tinha mais de 70 anos quando a sentença foi proferida".

O caso em questão guarda uma peculiaridade notável que há de ser mencionada *an passant*: além de dar continuidade a longa marcha expansionista do direito penal jurisprudencialmente, o faz por meio de um remédio constitucional cuja função é justamente proteger o réu.

Uma vez superada a triste ironia, necessário analisar os fundamentos do voto.

Em apertada síntese, entende o ministro que não há distinção ontológica entre a injúria racial (art 140, §3º, CP) e o racismo (lei 7716/89), uma vez que o primeiro seria espécie do segundo, que é gênero.

Em ambos, utiliza-se elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliciticamente constitui raça, de tal forma que "meras considerações formalistas

² julgado acessível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>

desprovidas de substancia, por uma leitura geográfica apartada da busca e da compreensão do sentido e alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe a vigência".

Dessa forma, entenderam os ministros, com exceção honrosa ao Ministro Nunes Marques, que em sendo a injúria racial categoria de racismo, o martelo da imprescritibilidade que pesa sobre este haveria de atingir aquele.

Antes de continuar, vale cumprir com o prometido linhas acima e retomar a lição de André Estefam, que nos ajudará a diferenciar as duas condutas, ao menos antes da inovação do STF.

Explica o autor o seguinte:

"na injúria racial há o assaque de expressões ofensivas, como "branquelo", "preto", "macaco", "amarelo" etc. Atinge-se a autoestima da vítima. ocorre a imputação de termos pejorativos. No racismo, o agente nega o exercício de algum direito ao ofendido por motivos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional ou, de alguma maneira, incita o preconceito" (ESTEFAM, 2020, p. 335).

Trocando em miúdos, no caso da injúria qualificada pelo preconceito, trata-se de crime contra a honra subjetiva de individuo determinado. Lado outro, a criminalização do racismo tutela, além da dignidade da pessoa, o predicado da igualdade, de forma que intenção de ofender dirige-se a uma coletividade de pessoas de mesma raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

Inclusive, continua Estefam, tamanha a distinção ora compreendida entre as condutas, que o próprio Supremo já entendeu que "se num mesmo contexto fático o agente ofende a honra de outrem utilizando-se de elementos ligados a preconceito, comete injúria, que ficará absorvida por delito de racismo que seja praticado em seguida" (pág. 337). Ou seja, diante da progressão criminosa, seria o caso de aplicar o princípio da consunção e punir apenas o crime de maior gravidade. Tal foi o entendimento prolatado no Inq. 1.458, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em idos de 2003.

Ademais, pondera Cezar Roberto Bitencourt que é especialmente relevante a atenção ao elemento subjetivo especial da injúria qualificada pelo preconceito, que seria o especial fim de discriminar por razões de raça, cor, etnia, religião ou origem. Alerta o autor que:

"A simples referência aos "dados discriminatórios" contidos no dispositivo legal é insuficiente para caracterizar o crime de racismo, que é, bom que se diga, inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, CF). Enfim, recomenda-se muita cautela para evitar excessos e coibir transgressões legais efetivas, sem contribuir para o aumento das injustiças" (BITENCOURT, 2022, p. 488).

Perceba, caro leitor, que a data das obras utilizadas neste capítulo propositadamente foram ultrapassadas pelas inovações legislativas na matéria atualmente. Isso cumpre a função de expor com maior acurácia qual era o oxigênio mental dos doutrinadores ao tempo da inovação maléfica ao réu perpetrada pelo Supremo. Com as leis disponíveis à época, tais eram os entendimentos de nossos professores.

Ato contínuo e em conclusão, tem-se que o Supremo perpetrou no Habeas Corpus em comento uma equiparação das consequências penais maléficas entre crimes distintos, por entender se tratar de condutas ontologicamente pares. Outro nome para tal expediente é, mais uma vez, analogia *in malam partem*.

Apenas com a lei 14.532/2023, publicada alguns anos após o julgamento deste caso, a razão de decidir trazida pelo STF encontraria respaldo dogmático. Tal lei surge para formalmente equiparar a injúria racial ao racismo, removendo o artigo 140, §3º do Código Penal e o inserindo no 2º-A da lei 7716/89. Agora, sim, a decisão haveria encontrado legitimidade democrática na prorrogação da imprescritibilidade. Pena que a anterioridade penal e a reserva do parlamento já havia sido violada.

Mais um acréscimo na coleção de tropeços de nossa dogmática penal ...

Para prosseguirmos com o encerramento do capítulo, finalmente, passemos agora ao tratamento do HC 222.599/SC, com o fito de analisar brevemente a absorção pelo Supremo, também, da dogmática processual penal em matéria de racismo.

4.3. O RHC 222599/SC E O NÃO CABIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CRIME DE RACISMO E NA INJÚRIA RACIAL³

Aos 6 de fevereiro de 2023, a 2ª turma do STF entendeu pela denegação da ordem no Recurso em Habeas Corpus 222.599/SC, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Mais importante que o caso concreto para nós, todavia, é o pano de fundo jurídico da controvérsia:

³ julgado acessível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766490810>

a argumentação de Fachin no sentido de ser incompatível o acordo de não persecução penal para crimes que violam a dignidade da pessoa humana, em específico como ocorre no crime de racismo.

Nas palavras do relator:

"Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo "despenalizador" e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física –, e ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui não apenas às mulheres mas também às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades.

Nesse trilhar, importante, ainda, rememorar a expressa previsão no texto constitucional de que "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais*".

Seguindo esse raciocínio, no tocante ao cabimento de proposição de Acordo de Não Persecução Penal, a legislação ordinária, de maneira escurteira, penso eu, afastou sua aplicação nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (inciso IV do art. 28-A do CPP). Seguindo a teleologia dessa excepcionalidade, todavia, e não a sua literalidade, essa reserva não deve ser compreendida como a única.

Afinal, não se trata de singular hipótese a demandar o reconhecimento da incompatibilidade do "ANPP" com o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais e com todos os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro para a preservação e fortalecimentos dos direitos humanos junto à comunidade internacional.

Em outras palavras, o relator impõe um procedimento hermenêutico no qual analisa a vedação legal expressa do cabimento de ANPP (Art 28-A, §2º, IV, Código de Processo Penal) - pertinente aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor -, e vê aí uma mesma razão para vedar o instrumento de justiça negocial aos casos de racismo.

A argumentação de Fachin se inicia com a necessidade de "ruptura com a *práxis* de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e do desrespeito à dignidade da pessoa humana". O problema visível deste argumento é que a *práxis* em questão têm sido a

letra da lei, uma vez que tal critério hermenêutico não foi apontado pelo legislador no Pacote Anticrime, que possuía pretensão exauriente sobre a matéria.

O argumento prossegue, trazendo justificativas para tal desrespeito com nossos códigos internos, em compromissos internacionais que o Brasil assumiu: a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas Correlatas de Intolerância (ratificada pelo Senado no Decreto Legislativo 1/2021). Alega o Ministro que tal ratificação reafirma a decisão do Brasil em reprimir severamente o racismo.

Mas não somente. Esclarece o ministro, por conseguinte, que não foi outra sua motivação no HC 154248/DF, abordado linhas acima. Transcrevendo suas palavras, temos exatamente isto:

"Foi sobre esse espectro, inclusive, que o Plenário desta Suprema Corte, em 28/10/2021, ao julgar o Habeas Corpus 154248, sob MINHA RELATORIA, decidiu ser também imprescritível o crime de injúria racial. É preciso não perder o fio condutor do avanço alcançado pelo colegiado maior com a conclusão daquele julgamento".

E agora, novamente, encampou uma nova interpretação conforme a constituição que limita direitos previstos constitucionalmente. Temos que à despeito do tratamento exauriente que a Lei 13964/2019 pretendeu prescrever, na forma de uma norma processual híbrida do art 28-A do CPP, o STF inseriu novas vedações ao instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

Seguindo o fio condutor referido, ainda, temos a seguinte lógica: como a lei diz não caber o ANPP na violência doméstica (que não necessariamente requer violência física para se configurar, bastando alguma forma de agressão), a mesma razão de decidir foi estendida ao racismo e a injúria racial, de forma a alegar que a agressão moral cometida na discriminação ou preconceito impossibilitaria a aplicação do ANPP.

A medida é louvável, mas infelizmente carece de previsão legal. E a história se repete. Em desfavor do réu, claro.

5. POR QUE PUNIR A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E POR IDENTIDADE DE GÊNERO COMO RACISMO É ANALOGIA IN MALAM PARTEM?

Adilson José Moreira inaugura, em meados de 2020, seu “Tratado de Direito Antidiscriminatório”. Tal obra veicula uma sistematização única do conhecimento em torno da temática da discriminação em suas várias formas, jogando luz à comunidade jurídica brasileira ao objeto de pesquisa pelo qual o professor dedicara sua carreira.

Em suas primeiras páginas, somos introduzidos às definições pertinentes ao conceito de Direito Antidiscriminatório como ramo autônomo do direito, individualizando seus elementos sem deixar de reconhecer, logo de início, que tais elementos demandam, ainda, a devida sistematização, embora quase todos estejam presentes em nosso sistema jurídico. (JOSÉ MOREIRA, pág. 50). Nas palavras do autor, temos que:

“Devemos também compreender o Direito Antidiscriminatório como um campo que opera a partir da mesma lógica que regula o nosso sistema constitucional: ele deve ser visto como um sistema aberto de regras e princípios, de normas que possuem diferentes níveis de concretização. Dessa forma, temos dentro desse campo do Direito aquelas normas que possuem diferentes níveis de abstração, diferentes graus de determinação, que ocupam funções distintas dentro da estruturação do sistema jurídico, aquelas que expressam parâmetros juridicamente vinculantes enquanto outras expressam conteúdo funcional, além das que operam enquanto fundamentos de regras e as que apenas possuem um comando jurídico positivo”. (MOREIRA, 2020, p. 99).

Em apertada síntese, a natureza específica do direito antidiscriminatória é a pretensão de reduzir disparidades significativas entre grupos com vulnerabilidades sistêmicas, manifestando-se como um subsistema do direito constitucional.

Dentre suas principais características, definitivamente, a interdisciplinaridade é um elemento necessário do direito antidiscriminatório, uma vez que sua função passa, inevitavelmente, pela articulação de normas constitucionais, infraconstitucionais e convencionais e as respectivas teorias sobre a igualdade. Não por outra razão, é o ramo do direito com a nobre pretensão de entremear os diplomas normativos numa democracia substantiva, evitando a marginalização e concretizando objetivos da nossa república por meio da inclusão social.

Por conseguinte, em se tratando de um campo jurídico e, como tal, fundamenta-se no princípio da legalidade, o professor Adilson tece as seguintes observações:

“Estamos diante de um campo jurídico que encontra fundamento no princípio da legalidade, preceito que ordena a vinculação dos poderes estatais às normas inscritas no sistema constitucional. Há uma clara correlação entre a noção de legalidade e a noção de democracia: as normas jurídicas são tidas como legítimas porque expressam a vontade popular e também porque são produto de um processo político deliberativo legítimo. A noção de legalidade possui uma relação constitutiva com a igualdade porque expressa a necessidade de que o processo de produção de normas observe o dever de que a legislação esteja de acordo com os direitos fundamentais. O princípio da legalidade está baseado na noção de que a legislação deve ser vista como o resultado do processo democrático, mas também que ela é a forma mais adequada para a regulação dos direitos fundamentais, um dos elementos do princípio da segurança jurídica” (MOREIRA, 2020, p. 55).

Justamente pelo fato da legalidade constituir fundamento de todo o ramo do Direito Antidiscriminatório é que decisões do STF, como as narradas neste trabalho, não podem ser toleradas. Esse tipo de desconfiança perene que os ministros possuem com as leis que regem seus trabalhos não pode significar o abandono do arcabouço jurídico, mesmo que para colmatar expectativas sociais legítimas. O ativismo judicial perpetrado especialmente na ADO 26 parece não conseguir compreender o fato de que as fontes normativas do Direito Antidiscriminatório possuem diferentes graus de concretização no mundo da vida, especialmente as do âmbito penal, com suas regras interpretativas próprias e a necessidade de observação de todos os elementos do tipo penal para caracterizar determinado fato como penalmente típico.

Da perspectiva do Direito Antidiscriminatório, inclusive, percebe-se diferenças entre a discriminação racial e a discriminação por orientação sexual, como a homofobia.

O conceito de discriminação racial foi evoluindo conforme o devir histórico. Passa-se da concepção tradicional de raça como categoria biológica e alcança-se a dimensão da raça como construção cultural, ou, melhor dizendo, uma prática discursiva. Isso se deve, em grande medida, à constatação de que diferentes grupos humanos passaram por distintos processos culturais de racialização, na qual os seres humanos são classificados em pérfida ordem de preferência social em dado momento histórico.

Nesse aspecto e nas palavras de Adilson, a lógica de funcionamento do racismo é o de:

“Um sistema de dominação que almeja reproduzir vantagens materiais e culturais para os membros do grupo racial dominante. Mecanismos de discriminação racial procuram garantir que pessoas brancas tenham acesso a privilegiado ou exclusivo a

oportunidades sociais, o que pode ser alcançado por meio da diferenciação de status cultural. Esse processo não se resume a circulação de preconceitos e estereótipos; sua motivação está nos mecanismos utilizados por pessoas brancas para garantir seus interesses coletivos, o que opera pelo investimento nos processos responsáveis pela construção da identidade racial como uma forma de construção de vínculo social”. (MOREIRA, 2020, p. 556)

O autor prossegue a definição de racismo como ideologia social, cujo objetivo é a manutenção da situação de assimetria de poder entre grupos sociais, explicando que o fenômeno em questão possui uma dimensão discursiva e outra dimensão material:

“(…) a primeira serve de substrato para legitimar a segunda. Esse conceito de racismo leva em consideração a raça como uma categoria socialmente relevante em função dos persistentes processos de racialização fundados em uma política cultural que procura privilegiar aqueles classificados como brancos”. (MOREIRA, 2020, p. 580).

Assim, conclui o professor a visão do racismo como uma narrativa cultural. Como tal, formam-se elementos para classificar pessoas conforme critérios raciais, variantes ao longo do tempo, cujas consequências são deletérias para fins de oportunidades e respeitabilidade social - fato que inclusive influencia diretamente a autoimagem do indivíduo, que não mais é visto como um ator social competente.

Lado outro, ao tratar da discriminação por orientação sexual, entende Adilson que é semelhante a outras formas de discriminação ao que tange suas consequências deletérias, mas aponta divergir a respeito de sua motivação. Neste recorte, entende que ela:

“opera de forma similar às outras manifestações anteriormente analisadas. (...) Entretanto, a discriminação por orientação sexual possui características que a distinguem de outros tipos de exclusão social porque ela está baseada na expressão do desejo sexual e suas relações com os sentidos sociais de gênero”. (MOREIRA, 2020, p. 620).

A principal peculiaridade desse tipo de manifestação discriminatória é a negação da identidade individual do homossexual. Tal fato se dá por meio da rejeição deste à situação de invisibilidade social por não atender a expectativa impositiva da heterossexualidade como identidade compulsória. Dessa forma, conclui-se que a discriminação em comento é baseada

na oposição entre homossexualidade e heterossexualidade, que reflete diretamente na atuação desses indivíduos no espaço público.

Nas palavras do autor:

“A heterossexualidade se torna então um requisito para o alcance de direitos porque é construída como um tipo de identidade natural e universal. Assim, a identidade homossexual só pode ter expressão no espaço privado, desde que não contrarie as normas de direito público, as quais também regulam essa instancia da vida privada. Por esse motivo, certos autores afirmam que a discriminação por orientação sexual ocorre por meio de uma escravidão moral: pessoas homossexuais são forçadas a esconder a orientação sexual para que possam evitar práticas discriminatórias”. (MOREIRA, 2020, p. 625).

Uma vez estabelecidas as peculiaridades que atingem essa pratica, cumpre agora distingui-la de uma vez por todas da discriminação racial. Nas palavras de Adilson:

“Apesar de a orientação sexual não ser um tipo de traço socialmente saliente, como a raça e o sexo, a discriminação baseada nela decorre de um sistema institucionalizado de humilhação que atinge todos aqueles que não se conformam com a norma heterossexual. Se minorias raciais são discriminadas porque não são membros do grupo racial dominante, minorias sexuais são desprezadas porque não se adequam aos padrões identitários do grupo social dominante. (...) A discriminação por orientação sexual difere das duas manifestações exploradas nos capítulos anteriores [racial e sexual] porque ela está baseada na invisibilidade social forçada, nas praticas sociais que obrigam as pessoas a se manterem em silencio sobre aspectos da sua identidade. Enquanto a raça e o sexo são elementos socialmente salientes que geram reações sociais imediatas, a orientação sexual não se expressa da mesma forma no caso da maioria das pessoas homossexuais” (MOREIRA, 2020, p. 626-627).

O que se percebe é que a luta contra tal forma de discriminação simboliza um incremento de legitimidade democrática, no sentido que promove igualitarismo enquanto valor republicano coerente com nossa constituição federal. Tal luta amolda-se perfeitamente aos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, estampados no artigo 3º, I e IV da CF88: construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e *quaisquer formas de discriminação*.

Contudo, o que não se pode admitir é a adoção de qualquer providência com esse desiderato. As regras do jogo democrático impõem observância à legalidade e à separação dos

poderes, tal como foi estabelecido linhas acima. A mesma lógica se aplica ao ramo do Direito Antidiscriminatório, subsistema do direito constitucional pautado no princípio da legalidade.

Ademais, devido a grande pulverização do arcabouço normativo que compõe o âmbito do Direito Antidiscriminatório, espalhado entre tratados internacionais, normas constitucionais e a legislação infraconstitucional, constatou-se desde logo os diferentes níveis de concretização que cada fonte deste campo jurídico possui. A consequência incontornável desse fato é que os objetivos específicos deste ramo do direito deve se harmonizar com as características da fonte normativa que lhe dá fundamento em cada caso concreto.

Em outras palavras, a pretensão de reduzir disparidades sociais de grupos que sofrem de vulnerabilidades sistêmicas (natureza específica do direito antidiscriminatório), ao bater às portas do Direito Penal para lhe requerer providências, deve observar o nível de concretização que as normas penais possuem ao tempo da requisição. Isso é uma imposição do aspecto democrático que permeia a legalidade, além de um dever interpretativo do magistrado quando instado para aplicar normas penais.

Dessa forma, o juiz que ignora a legalidade estrita que mantém de pé a racionalidade da dogmática penal, ainda que com o fim de fazer justiça, incorre em ativismo judicial que macula sua decisão de ilegalidade. No frígir dos ovos, quando a ADO 26 tomou de empréstimo normas penais que tratam da discriminação racial para punir a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, irremediavelmente empregou expediente proibido em sede de direito penal: a analogia em desfavor do réu.

O que o Supremo fez não foi interpretar os dispositivos para lhes inserir no mundo da vida por meio de uma norma jurídica individualizada. Em verdade, procedeu com um método de integração de normas em nosso sistema, frente à clara lacuna contida na lei 7716/89. Essa diferença entre interpretação e integração é explicada mais à fundo por Cezar Roberto Bitencourt, a quem se faz menção agora:

“Nenhuma legislação, por mais abrangente e completa que seja, é capaz de contemplar todas as hipóteses que a complexidade da vida social pode apresentar ao longo do tempo. O direito é lacunoso sob o aspecto dinâmico, já que se encontra em constante transformação, pois vive em sociedade, evolui com ela, recebendo permanentemente os influxos de novos fatos: as normas são sempre insuficientes para disciplinar toda a variedade de fatos que a vida é pródiga em oferecer. Nenhum sistema jurídico positivo é imune à presença de lacunas, especialmente um ramo

fragmentário como é o Direito Penal. Como destacava Aníbal Bruno, ‘a vida, na sua evolução, se distancia do direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não ocorrem para cobri-las. É ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo da analogia’. (...) A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas interativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais de direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei”. (BITENCOURT, 2020, p. 213)

Contudo, tal técnica só pode ser utilizada na esfera penal frente à normas penais não incriminadoras. Ou seja, a integração das normas penais por meio da analogia só se dá a favor do réu. É o que Bitencourt explica nas seguintes linhas:

“Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela [analogia] resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alcançadas pelo princípio *nullum crime nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator. Trata-se, nesses casos, da conhecida *analogia in bonam partem*” (BITENCOURT, 2020, p. 216).

Para exemplificar tudo o quanto foi dito nessas linhas, retomemos o exemplo contido no artigo 4º da lei 7716/89, pelo qual constitui crime negar ou obstar emprego em empresa privada por motivos de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, tratado anteriormente. Antes da referida decisão do STF na ADO 26, uma conduta penalmente típica seria a de negar emprego em empresa privada, discriminando o candidato à vaga por conta das razões taxativamente listadas acima. Ou seja, o empregador é racista, por exemplo, quando nega a oportunidade de emprego pelo fato do candidato ser negro, preto, cigano, umbandista, mineiro. Incorre, sem dúvida, em fato penalmente típico.

Após a ADO 26, contudo, surge o entendimento integrativo pelo qual além dos exemplos listados acima, será penalmente típica a conduta de quem nega ou obsta emprego em empresa privada pelo fato do candidato ser homossexual. A medida, do ponto de vista da Justiça, vai de encontro à expectativas legítimas. Lado outro, do ponto de vista do direito,

ignora as lições mais comezinhas de direito penal e as peculiaridades que diferenciam a discriminação por raça e a discriminação por orientação sexual, alocando-as todas juntas no mesmo balaio da “dimensão social do racismo”. Trata-se, por certo, de ampliação da figura típica do crime de racismo por meio de integração de normas penais, isto é, *analogia in malam partem* - ainda que o Ministro Celso de Melo tenha negado tal tese em seu voto.

A decisão assume contornos dogmáticos ainda mais problemáticos quando o voto acrescenta, sem maiores considerações, a discriminação por identidade de gênero ao lado da discriminação por orientação sexual, tomando-as como espécies do gênero racismo.

Logo, a analogia foi ainda mais longe, tendo em vista que pune pela mesma regra situações que doutrina especializada jamais trata como sinônimos: a orientação sexual (atinente à homossexualidade, heterossexualidade ou bissexualidade do indivíduo) não se confunde conceitualmente com a identidade de gênero (que diz respeito à situação dos travestis, transexuais e cisgêneros). É o que explica Paulo Iotti, em artigo publicado na revista virtual Jotta, em 07/07/2016, no qual apresenta fundamentos em prol da criminalização da homofobia e transfobia⁴.

O autor supramencionado apresenta posicionamento divergente ao deste trabalho de conclusão de curso, defendendo que a decisão da ADO 26 não incorreu em analogia, uma vez que apenas teria feito interpretação literal, mas evolutiva, do conceito de raça enquanto categoria politico-social⁵ (com a qual não concordamos). Entretanto, entendemos que suas contribuições conceituais são essenciais, pois traduzem expressões mundialmente consagradas e cuja especificidade deve ser inserida nos debates democráticos, enquanto medida de segurança jurídica definidora dos limites dogmáticos de acusação e de defesa.

Ainda assim, a falta de lei específica sobre o tema não poderia conduzir a tal decisão por parte do STF, especialmente porque tramitavam no Congresso Nacional projetos de lei que tratavam justamente da inclusão na lei 7716/89 de condutas classificadas como discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, tal como o PLC 122/06.

A demora de tramitação e a resistência de alguns setores do congresso nacional para legislarem sobre o tema impeliu o STF a tomar um passo maior que a perna, tropeçando na

⁴ Acessível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016>.

⁵ Acessível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>.

dogmática penal pelo caminho. De um lado, a decisão teve o mérito de combater a situação de invisibilidade social que o grupo LGBTQIA+ sofre sistematicamente, jogando luz à discussão. De outro, tal decisão simboliza o primeiro grande passo na marcha rumo a uma temerária construção jurisprudencial do direito penal, conforme demonstrado pela tendência desenhada pelas decisões abordadas neste trabalho.

Com isso em mente, é o momento de fecharmos este artigo, amarrando as teses ancoradas em cada capítulo numa conclusão.

6. CONCLUSÃO

No ponto de partida deste artigo, definimos que ativismo judicial é a substituição discricionária da fundamentação jurídica pela argumentação meta-jurídica, com a substituição dos argumentos de ordem legal por outros de ordem social, econômica, política, religiosa etc. Ademais, concluímos se tratar de atuação que macula a decisão judicial de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

No capítulo seguinte, nos ancoramos em Eros Grau para explicar o porquê é prudente negar o ativismo judicial em nossa ordem jurídica (a negação da discricionariedade judicial). Aduzimos que a atuação do juiz, em sua função típica, é emitir juízos de legalidade, uma vez que um juízo de oportunidade é a escolha entre indiferentes jurídicos que não existem quando seu instrumento de trabalho é a lei.

Na sequência, passamos a expor o que o legislador entende por crime de racismo, tomando como base a constituição federal de 1988 e a lei 7716/89. Na sequência, passamos a analisar a tendência expansionista do direito penal em matéria de racismo por meio de três decisões icônicas do Supremo Tribunal Federal: a ADO 26/DF, o HC 154248/DF e o RHC 222599/SC. Sintetiza-se o *bottom line* a seguir.

Na primeira, foi aberta a temerária possibilidade do Poder Judiciário utilizar da analogia em desfavor do réu, punindo como racismo atos de homotransfobia.

Na segunda, foi estendida à injúria racial do extinto artigo 140, §3º do CP os efeitos maléficos típicos do crime de racismo, como a imprescritibilidade e inafiançabilidade, nos termos da lei 7716/89 e da CF88, antes de existir lei formal que tratasse do tema. Tal marco foi alcançado apenas com a lei 14.532/2023, anos depois.

Na terceira, foi vedada a utilização do instituto despenalizador do acordo de não persecução penal (ANPP) aos crimes de racismo, a despeito da Lei Anticrime ter tido a pretensão de esgotar o tratamento da matéria ao dizer expressamente os casos incabíveis e os respectivos requisitos de cabimento. Na decisão, a vedação do ANPP aos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, prevista na lei, foi utilizada como fundamento para vedar a possibilidade de propositura do acordo também aos casos de racismo, por considerar que aí existe a mesma razão de decidir e o mesmo propósito protetivo de diplomas internacionais: a vulnerabilidade sistêmica de mulheres e de negros - fato não veiculado na lei.

No capítulo seguinte, a perspectiva do Direito Antidiscriminatório é trazida ao trabalho, situando-o como subsistema do direito constitucional, fundado na legalidade, cujas fontes normativas possuem diferentes graus de concretude jurídica e cujo objetivo é diminuir a situação de desvantagem e vulnerabilidade sistêmicas que atingem determinados grupos. Nesse ínterim, é estabelecido que ao adentrar na seara do direito penal, a validade jurídica do direito antidiscriminatório está adstrito ao respeito à legalidade que lhe é próprio. Logo, o respeito às regras de interpretação das normas penais, enquanto corolário da reserva legal e da separação dos poderes, é pressuposto de racionalidade de todo o sistema jurídico, inclusive ao que tange o direito penal antidiscriminatório.

Conclui-se este trabalho, pois, retomando a afirmação de Eros Grau: “os juízes não fazem justiça, os juízes aplicam o direito”. Se a pedra de toque para a interpretação e aplicação do direito penal for o senso individual de justiça de cada magistrado, por expedientes discricionários, o Poder Judiciário transforma-se na maior fonte de insegurança jurídica de nossa República.

7. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

———. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 154-b). 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 244-b). 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação / aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Código de processo penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

KARAM, Maria Lucia. **A esquerda punitiva**: 25 anos depois. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Ridel.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, ALAN ABDO ECKSCHMIEDT,

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31942393, período matutino, turma 10A11, tendo realizado o TCC com o título: “a perda do caráter dogmático do direito penal: uma leitura do ativismo judicial perpetrado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao alcance do crime de racismo”, sob a orientação do(a) Professor(a) Rodrigo José Fuziger, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de Novembro de 2023

ALAN ABDO ECKSCHMIEDT

Assinatura do discente