

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-843-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza-CE teve como tema central “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento”. O evento foi marcado pelo encontro de pesquisadores, coordenadores de programas de pós-graduação stricto sensu, professores, estudantes de pós-graduação e de graduação de todo o Brasil.

Os artigos apresentados no GT “Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II” tiveram como característica principal uma abordagem interdisciplinar, em que a ciência política serviu de instrumental teórico, juntamente com o instrumental teórico jurídico, para a compreensão da atuação da jurisdição constitucional brasileira em seus desafios contemporâneos.

O artigo “Ensino superior no contexto neoliberal: de direito constitucional a mercadoria” teve como objeto refletir sobre o ensino jurídico no contexto neoliberal, em que o papel do Estado tem diminuído na execução de políticas públicas estrategicamente relevantes como a educação. A análise trata da mercantilização e da privatização do ensino, redirecionando o sistema educacional para atender as necessidades de lucratividade do mercado.

O artigo “Direito à privacidade no Brasil e as dificuldades impostas pela deep web” se propõe estudar os desafios impostos à devida proteção do direito à privacidade na deep web, um ambiente não indexado da internet. Devido à ausência de supervisão, a ineficácia da Lei de proteção de Dados (LDPD) não tem tanta eficácia. O texto fundamenta as implicações jurídicas da falta de supervisão e as práticas de coletas de dados.

O artigo “Diálogos institucionais com o Superior Tribunal de Justiça: efeito backlash e leis in your face” utiliza a doutrina dos diálogos institucionais como proposta metodológica para analisar as tensões entre uma democracia deliberativa e a jurisdição constitucional. Considerando a doutrina dos diálogos institucionais como uma solução viável a essa problemática, o texto contribui ainda apresentando as possibilidades de backlash e de leis in your face no Superior Tribunal de Justiça.

O artigo “Democracia participativa no Brasil e a (in)utilização dos mecanismos diretos pelos cidadãos” estuda a forma pela qual os mecanismos de participação são inutilizados no constitucionalismo brasileiro. Destacando o plebiscito, a iniciativa popular e o referendo, o

texto conclui que esses dispositivos acabam caindo no descaso e no desconhecimento da população, enfraquecendo o esforço constitucional de participação popular.

O artigo “Suprema função: passos e compassos do STF na consolidação dos direitos fundamentais” estuda o Supremo Tribunal Federal na sua função de garantido da princípios democráticos estabelecidos na constituição. O texto destaca que há uma evolução dessa função, mas que há pouca utilização do controle de convencionalidade e na atuação na vedação do retrocesso dos direitos já consolidados.

O artigo “O papel da doutrina dos precedentes para controle do ativismo judicial no STF em casos de judicialização da megapolítica” parte da questão da insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade dos precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Os precedentes, então, são vistos como uma forma de garantir a segurança jurídica. Os exemplos trazidos são os relacionados aos mandados de segurança nº 37760 MC/DF e nº 38217/DF.

O artigo “Constituição como árvore viva e o desenvolvimento do direito antidiscriminatório: o caso da criminalização do discurso de ódio no Brasil”, de forma inovadora, propõe debater o constitucionalismo vivo de Wil Waluchow de forma crítica e contextualizada ao contexto brasileiro. Partindo de um olhar que aprofunda a participação popular em precedentes judiciais, ele sugere compreender a criminalização do antissemitismo e da homotransfobia como uma proposta de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro.

O artigo “A separação de poderes e a atuação expansiva do Poder Judiciário” estuda a questão da expansão do Poder Judiciário dentro dos clássicos da teoria política. O texto destaca que a doutrina norte-americana introduz um novo olhar para o problema, haja vista que confere um papel jurídico-político às cortes. Essa expansão, explicada por novas doutrinas, fundamentam essa expansão por meio da técnica, da racionalidade e da argumentação jurídicas.

O artigo “Acessibilidade ao meio físico como direito fundamental e pessoas com deficiência” questiona se o ordenamento jurídico brasileiro garante o acesso ao meio físico às pessoas com deficiência como direito fundamental. Partindo de um estudo relacionado à dignidade humana e à evolução histórica dos direitos fundamentais, o texto conclui que o acesso ao meio físico é um direito garantido no ordenamento brasileiro.

O artigo “A descolonização jurídica da América Latina a partir do plurinacionalismo” estuda o plurinacionalismo dentro do Constitucionalismo Latino-americano como uma prática que rompe com a tradição liberal ao construir um espaço jurídico baseado na cultura de povos

marginalizados na região. Tudo isso, logo, é defendido como uma experiência jurídica descolonial do poder e da justiça.

O artigo “A dignidade da pessoa humana e o Supremo Tribunal Federal: uma análise da decisão na ADPF 976” estuda a violação de direitos de pessoas em situação de rua a partir da dignidade humana e da teoria do estado de coisas inconstitucional. A proposta do texto é aferir o nível de correção e de transformação da realidade na ADPF nº 976. A conclusão é que o caso guarda sentido com uma nova compreensão de normatividade.

O artigo “Inaplicabilidade do acordo de não persecução penal nos crimes raciais: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” estuda a decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela inaplicabilidade do acordo de não persecução penal em casos de incidência de crimes raciais. Defendendo a sua adequação constitucional, o texto sustenta sua tese por meio dos conceitos de dignidade humana e de cidadania racial.

O artigo “Presidência do STF e a construção da pauta do plenário: impactos na decisão de questões de megapolítica”, de forma inovadora, analisa o arranjo institucional do Supremo Tribunal Federal e o poder que é conferido à instituição por meio dele. Nesse contexto, o poder decisão da pauta do plenário é inserida para explicar a judicialização da megapolítica. Tal poder, conferido ao presidente do STF, é estudado em seus mecanismos e em como sua utilização interfere na opinião pública brasileira.

O artigo “35 anos da constituição federal de 1988: do lobby do batom ao constitucionalismo feminista” estuda a participação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e, também, os reflexos dessa atuação atualmente. Reconhecendo a relevância dessa notícia histórica, o texto também conclui que é necessário continuar evoluindo, especialmente no que se refere aos direitos relacionados ao gênero e à superação da suposta neutralidade do sistema jurídico.

Finalizando o GT, o artigo “(Des)Cabimento das decisões monocráticas em ações diretas de inconstitucionalidade: análise da liminar que suspendeu trechos de decretos flexibilizadores de regras sobre armas de fogo” investiga a medida na qual o Supremo Tribunal Federal protegeu a liberdade ao abordar a regulação de armas de fogo por meio de decisões monocráticas. A conclusão foi que elas não contribuíram para a preservação do direito fundamental e relativizaram por meio de atuação moral e do desrespeito a textos legais.

Dessa forma, pelos temas abordados, é possível deduzir que os debates foram calorosos e que os textos dão subsídio para novos estudos a respeito dos temas abordados. A qualidade dos

argumentos trazidos demonstrou a concatenação do estudo da jurisprudência do STF com a doutrina política e jurídica a respeito da relação entre constituição, teoria constitucional e democracia.

Boa leitura a todos!

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior (Centro Universitário Christus). Email: tarcisiorg@gmail.com

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Dom Helder – Escola Superior). Email: lgribeirobh@gmail.com

CONSTITUIÇÃO COMO ÁRVORE VIVA E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

CONSTITUTION AS LIVING TREE AND THE DEVELOPMENT OF ANTI-DISCRIMINATION LAW: THE CASE OF CRIMINALIZATION OF HATE SPEECH IN BRAZIL

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior ¹

Resumo

A perspectiva do common law permite a visão de precedentes como uma construção lenta e prática de concepções e conceitos jurídicos relevantes. Essa visão é o pressuposto metodológico do constitucionalismo como árvore viva sugerido por Wil Waluchow. Dentro de uma leitura crítica para a América Latina, sua utilização é muito útil para a devida compreensão do direito antidiscriminatório brasileiro. Um exemplo disso é o caso da criminalização do discurso de ódio a partir do HC nº 82.424/2. Por meio de pesquisa bibliográfica, o objetivo principal deste artigo é demonstrar que, por meio desses pressupostos teóricos, o constitucionalismo vivo baseado no common law explica e justifica de maneira eficiente a evolução do direito antidiscriminatório brasileiro no caso da criminalização do discurso de ódio. A conclusão é que o STF, por meio da técnica da distinção, inseriu a homotransfobia como crime de racismo na ADO nº 26 e que outros grupos podem ser inseridos no futuro.

Palavras-chave: Discurso de ódio, Constituição como árvore viva, Common law, Precedentes, Wil waluchow

Abstract/Resumen/Résumé

The common law perspective allows the view of precedents as a slow and practical construction of relevant legal conceptions and concepts. This view is the methodological assumption of constitutionalism as a living tree suggested by Wil Waluchow. Within a critical reading for Latin America, its use is very useful for a proper understanding of Brazilian anti-discrimination law. An example of this is the case of the criminalization of hate speech based on the case HC nº 82.424/2. Through bibliographical research, the main objective of this article is to demonstrate that, through these theoretical assumptions, living constitutionalism based on common law efficiently explains and justifies the evolution of Brazilian anti-discrimination law in the case of the criminalization of hate speech. The conclusion is that the Brazilian Supreme Court, through the distinction technique, included homotransphobia as a crime of racism in ADO nº 26 and that other groups may be included in the future.

¹ Professor de Teoria da Constituição, Teoria do Direito e Direito Eleitoral na Unichristus. É doutor em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: fcotarcisiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hate speech, Constitution as living tree, Common law, Precedentes, Wil waluchow

1. INTRODUÇÃO

Diariamente, críticas em relação a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) são realizadas tendo diferentes conclusões. Algumas o julgam como ativista, outras consideram que sua atuação desrespeita o poder Legislativo. O consenso é que dificilmente há consenso a favor ou contra as suas decisões mais importantes. Uma grande questão que gira em torno desse tema é a de saber se há critérios jurídicos válidos pelos quais seja possível avaliar quando o STF está atuando dentro ou fora de suas funções legítimas estabelecidas na constituição de 1988.

Este texto almeja, de maneira descritiva e propositiva, sugerir uma forma de compreensão do atual momento do constitucionalismo brasileiro, o constitucionalismo vivo ou constitucionalismo como árvore viva. Dentro dessa proposta, a constituição é vista metaforicamente como uma árvore, ou seja, seu significado pode crescer por meio de precedentes, mas apenas dentro de seus limites naturais estabelecidos institucionalmente.

Essa defesa não será feita por meio de debate teórico, mas com a análise de duas decisões que são os principais precedentes a respeito da criminalização do discurso de ódio, tema relevante dentro do direito antidiscriminatório. O ponto a ser levantado aqui no debate acadêmico é que o debate recente em torno da criminalização do ódio a minorias não é um tema que deve ser analisado de maneira independente. Os precedentes em torno do discurso de ódio contra judeus (HC nº 82.424-2), por exemplo, tem relação direta com a criminalização da homotransfobia (ADO nº 26). Para se entender o problema adequadamente, as ferramentas do constitucionalismo vivo são bem interessantes.

O texto está dividido em três partes. Na primeira, os parâmetros básicos do constitucionalismo vivo são estabelecidos desde sua origem na obra de Wil Waluchow até suas adequações no que se refere ao contexto brasileiro. Na segunda parte, os fundamentos do constitucionalismo vivo são aprofundados por meio do debate em torno do método *common law* pressuposto em seu sistema de precedentes.

Por fim, a terceira parte analisa experimental e detalhadamente as decisões que envolvem a criminalização do discurso de ódio no Brasil, o HC nº 82.424-2 e a ADO nº 26. Aqui, os votos e as relações entre os votos dos ministros são estabelecidos de tal forma a demonstrar que elas se relacionam diretamente. Essa relação é explicada por meio das ferramentas do constitucionalismo vivo.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL EM UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL: O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Adilson Moreira (2019, p. 92) explica que, para compreender o direito na perspectiva de um negro é preciso reconhecer o seu lugar de subalterno. Isso significa dizer que o fato de uma pessoa negra participar de uma maneira ativa de uma democracia liberal não o exclui da condição de subalterno. Por mais que um negro possa ter conquistado o reconhecimento de direitos formais, mas a hierarquização social continua seja por conta de classes sociais, seja por conta de estigmas sociais.

Por isso, por mais que membros de grupos vulneráveis possam ter acesso a direitos formais, as classes dominantes sempre criam estruturas para que as decisões políticas relevantes continuem em suas mãos. Nesse sentido, o “subalterno é um sujeito construído a partir de ideologias sociais (...) e de projetos políticos que os situam em uma situação de alteridade permanente para que processos de dominação possam ser reproduzidos” (MOREIRA, 2019, p. 93).

Um dos elementos trazidos por Adilson Moreira (2019, p. 99) a respeito da discriminação é que ela possui um efeito intergeracional, ou seja, mesmo que uma pessoa negra possua a mesma qualificação profissional de uma pessoa branca, ela provavelmente terá metade do seu salário. Isso resulta em uma possibilidade menor de acumular patrimônio, o que interfere diretamente nas decisões tomadas por seus descendentes.

Outra consideração trazida envolve o fato de processos de subordinação de membros de minorias raciais não acontecerem de maneira consciente. Adilson Moreira (2019, p. 101) explica que, por meio da discriminação indireta, normas e protocolos que não possuem nenhum tipo de critério de tratamento diferenciado realizam um impacto desproporcional em grupos minoritários. O simples fato de morar em locais periféricos e de difícil acesso já é um impedimento na competitividade do mercado de trabalho, por exemplo. Um horário flexível para grupos específicos e mais vulneráveis seria mais justo.

Dentro desse raciocínio, Adilson Moreira (2019) conclui que:

Pressupor que a uniformidade de status jurídico pode significar a homogeneidade de experiências sociais permite que relações de subordinação sejam reproduzidas dentro da sociedade, mantendo classes de pessoas em uma condição de subalternidade ao longo do tempo. Assim, um jurista que pensa como um negro precisa considerar que há grupos que estão em condição de exclusão estrutural, fato de que deve guiar a forma como ele interpreta o princípio da igualdade para que possa ter a força transformadora que lhe confere o texto constitucional.

Assim, o autor constata que há grupos sociais que são vítimas de exclusões estruturais e socialmente vexatórias. Para que o texto constitucional brasileiro seja efetivamente respeitado

e cumprido, é preciso que esses grupos sociais sejam considerados na interpretação constitucional, especialmente no que se trata do princípio da igualdade. Sem essa condição, as cláusulas de transformação social não serão cumpridas.

Dentro de uma perspectiva relevante dentro de um constitucionalismo transformador, está a proposta de Wil Waluchow (2008, p. 180). O autor canadense defende que o constitucionalismo não seja considerado como algo fixo e acabado, devendo, então, ser aplicado exegeticamente pelas cortes em casos concretos. Essa proposta seria, de certa forma, considerar as cortes como as verdadeiras guardiãs do significado das constituições, excluindo os parlamentos do debate a respeito de seu devido cumprimento.

As cortes não são guardiãs eternas do significado das cartas de direitos. Elas não são capazes de propor os ajustes necessários entre diferentes grupos políticos, que, muitas vezes, é determinante para o devido cumprimento de uma política pública exigida constitucionalmente. Esse tipo de circunstância da política limita a atuação das cortes na efetividade de cláusulas que garantem direitos sociais complexos. Esse é o motivo pelo qual a constituição não deve ser compreendida como um ponto fixo e completo de significado.

Wil Waluchow (2008, p. 208) propõe que vejamos as cortes constitucionais como uma concessão à complexidade da natureza de direitos fundamentais. Essa perspectiva – superior à ideia de constituição como ponto fixo e acabado – permite que a corte atue como um elemento dentro de um diálogo institucional com o parlamento no qual é permitido estabelecer diretrizes e mecanismos para a melhor forma do cumprimento das constituições. Assim, as cortes serviriam como uma ponte de diálogo voltada ao melhor cumprimento das diretrizes constitucionais.

Waluchow (2008, p. 20) considera que sua proposta pode ser vista com vendo o constitucionalismo como uma árvore viva. Essa metáfora permite que os dispositivos constitucionais podem se desenvolver por meio das decisões das cortes constitucionais, mas dentro do crescimento natural da constituição. Da mesma forma que os galhos de uma árvore crescem naturalmente para deixa-la mais forte e dar frutos, a interpretação constitucional permitiria que a constituição crescesse em direção do seu melhor cumprimento.

Naturalmente, para a sua devida execução no Brasil, é preciso ir além. O constitucionalismo vivo de Waluchow serve como ponto de partida, mas merece ser adequado às questões estruturais brasileiras (GOMES JÚNIOR, 2022b). No crescimento da árvore viva constitucional, é preciso considerar dentro do diálogo institucional não só as cortes e o parlamento, mas também a população, os movimentos sociais e os diferentes entes estatais

envolvidos nas querelas. Do contrário, seria possível decisões ilegítimas, ou fora do que os grupos vulneráveis realmente necessitam¹.

Dentro dessas premissas básicas, considera-se possível compreender o constitucionalismo dentro de uma interpretação subalterna ou decolonial (GOMES JÚNIOR, 2022a). Dentro dessa proposta, não só as demandas tradicionais relacionadas ao reconhecimento de direitos individuais são reconhecidas, mas também às relacionadas aos direitos sociais e multiculturais, típicos de comunidades indígenas e outros grupos vulneráveis.

Dentro dessa proposta é que o direito antidiscriminatório brasileiro pode ser compreendido dentro da racionalidade constitucional (MOREIRA, 2020, p. 105). O direito constitucional aqui surge como um instrumento pelo qual é possibilitada a transformação constitucional dentro de uma perspectiva democrática. O fato de possibilitar novos sentidos dentro de um diálogo institucional, permite que atores normalmente excluídos sejam considerados importantes no processo de interpretação constitucional.

3. DIFERENTES MÉTODOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO E O *COMMON LAW*

Este tópico almeja aprofundar o debate em torno do constitucionalismo como árvore viva de tal maneira a explicar o seu pressuposto metodológico, o sistema de precedentes inspirado no *common law*. Dentro dessa proposta, o significado de *common law* e de suas técnicas são estabelecidos em um primeiro momento. Em um segundo momento, esse sistema é defendido por meio da experiência canadense no que se trata de direito antidiscriminatório. Isso é feito para que, posteriormente, esse exemplo sirva de base para a interpretação da realidade brasileira.

3.1 O sistema de precedentes no *common law*

Dentro do constitucionalismo como árvore viva, é possível considerar que um sistema de precedentes tal como o *common law* é uma maneira eficiente de lidar com os problemas do excesso de formalismo, que é a tese de que todas as respostas já estão previstas no texto constitucional. Isso acontece porque os precedentes não funcionam com a interpretação ou a aplicação de textos canônicos que estão positivados em estatutos jurídicos previamente estabelecidos pelos parlamentos.

¹ Agradeço ao próprio professor Waluchow pelos comentários realizados em relação a este argumento durante visita ao Centro Universitário Christus em Fortaleza em 2019.

As decisões tomadas em um sistema de precedentes se fundamentam em um sistema de princípios que são resultado da interpretação não de um dispositivo legal, mas de um longo sistema de precedentes anteriores, que tratavam de questões específicas e concretas. O resultado disso é a construção de enunciados que são considerados claros e objetivos a respeito de determinadas questões por um longo período de tempo. Essa racionalidade permite, inclusive, a consideração de uma interpretação como absurda e a sua superação em um caso concreto específico.

Sobre o tema, Schauer (1991, p. 178) explica que a melhor forma de compreender o *common law* é por meio da compreensão dos casos específicos por meio do qual os precedentes surgem. A justificativa utilizada entre os casos é a maneira mais tecnicamente adequada para se aplicar precedentes bem sedimentados nas decisões de um tribunal. Com isso, o autor não quer dizer que os textos famosos de precedentes não são importantes na construção de seu significado, mas que sem o caso concreto não é possível a sua devida compreensão e aplicação.

Isso também não significa que os juízes não são constrangidos ou limitados pelo direito quando estão aplicando precedentes. Segundo Schauer (1991, p. 179), o que acontece é que a limitação jurídica acontece de maneira diferente da que ocorre com textos legislativos canônicos. O autor explica que é possível explicar que, nesse método, as razões entre previsibilidade e justiça no caso concreto são ponderadas de maneira a confiar muito mais no processo decisório dos juízes – sem perder de vista a segurança jurídica inerente à prática institucional de tribunais.

As principais técnicas de interpretação de precedentes são duas, de acordo com Raz (1979, p. 183). O autor explica que a chave para o entendimento de um sistema de precedentes é a diferença entre as técnicas básicas da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*) de precedentes. A distinção se define por possuir duas características. A primeira é que a distinção acontecerá em um precedente que já existe, enquanto a segunda é que o novo caso deverá justificar uma consequência jurídica possível no caso anterior.

Dessa forma, um precedente que estabelece as condições *A, B e não-C*, então, *D* não poderia resultar em um precedente que estabelecesse *A, B e não-C*, então, *D*. Isso aconteceria porque esse segundo precedente não resulta de uma consequência jurídica possível no precedente anterior. Essa é a caracterização ideal de uma distinção segundo Raz (1979). Aqui, há uma transformação do precedente, mas dentro de um limite tecnicamente possível do precedente anterior.

A superação de um precedente, por outro lado, transforma o precedente de uma maneira diferente. Aqui um precedente só pode ser superado dentro de duas condições. A primeira é que

a superação só pode acontecer sobre um precedente de uma corte inferior ou, então, de um precedente estabelecido pela própria corte. Nunca poderá ser superado um precedente estabelecido por uma corte superior. A segunda condição é que a superação do precedente só pode acontecer para que o sistema jurídico se torne melhor, nunca será feito para que o sistema piore. Dentro dessas condições, a superação poderá acontecer. Gomes Júnior (2022, p. 130) explica:

Dessa maneira, Denise Réaume (2002) compreende que o *common law* é uma forma de direito válida para o desenvolvimento do direito antidiscriminatório. E ela alcança essa conclusão exatamente por ser essa forma de produção de proposições jurídicas bem diferente da legislativa. Sua capacidade de delimitação de princípios gerais por intermédio de casos concretos possibilita uma atuação jurídica eficiente e capaz de cumprir os objetivos políticos de garantia da estabilidade política e a proteção de minorias.

Dentro desses esclarecimentos, é possível dizer que a abertura que o constitucionalismo vivo necessita para se desenvolver pressupõe o equilíbrio entre a flexibilidade e a segurança trazidos pelo sistema de precedentes tal como explicado por Schauer (1991) e por Raz (1979). A abertura a novos casos por meio das técnicas da distinção e da superação de precedentes permite o desenvolvimento jurídico de diretrizes constitucionais por meio de caso concretos específicos e dentro de seus limites.

3.2 Constitucionalismo vivo, precedentes e interseccionalidade

A respeito do sistema de precedentes e a sua possibilidade de resolver problemas complexos com segurança jurídica, muito interessante é a contribuição de Denise Réaume (2002). A autora estabelece uma relação entre precedentes e o melhor desenvolvimento do direito antidiscriminatório canadense. Para explicar seu argumento, Réaume (2002, p. 118) pressupõe dois tipos de produção do direito. O primeiro é chamado de modelo de cima para baixo (*top-down fashion*) e o segundo é de baixo para cima (*botton-up model*).

O modelo de cima para baixo é visto como um modelo no qual o direito é definido previamente dentro de justificativas gerais para que sejam alcançadas várias situações possíveis. Por outro lado, o modelo de baixo para cima, por mais que pressuponha algum nível de acordo prévio, reconhece que é impossível prever todos os casos. Esse é o motivo pelo qual este segundo modelo estabelece que apenas em caso concretos é possível estabelecer as devidas consequências jurídicas.

Enquanto o sistema de cima para baixo se demonstra como sendo de mais difícil construção e desenvolvimento judicial, o modelo de baixo para cima permite uma melhor atualização e construção de novos significados a partir de cada novo caso. É possível defender essas características como sendo a fraqueza ou fortaleza de cada modelo, mas o fato é que os sistemas jurídicos contemporâneos, de certa forma, compartilham de ambos. O argumento de Réaume (2002, p. 124) é que o modelo de baixo para cima, mais próximo de um sistema de precedentes, se adequa melhor ao desenvolvimento do direito antidiscriminatório canadense.

O melhor exemplo da autora é o que se refere ao caso de grupos vulneráveis que sofrem por discriminação dentro de diferentes contextos existentes – é a chamada interseccionalidade. Para justificar essa tese é citado o caso de uma mulher que não foi atendida em uma loja no Canadá por conta de o atendente pensar que ela estava bêbada. Essa mulher possuía deficiências físicas que afetavam a sua comunicação e seus movimentos, mas também possuía origem indígena. Após a devida judicialização, o atendente foi condenado apenas por capacitismo, sendo desconsiderado suas origens nos povos originários.

Erros judiciais como esse possuem diferentes justificativas. Uma delas é o fato de que as legislações a respeito do tema dificilmente possibilitam um agravante na condenação por justificativas baseadas na interseccionalidade. Situação como essa são problemáticas porque essas condenações poderiam resultar em precedentes que possibilitassem uma compensação justa a pessoas em extremo grau de vulnerabilidade, mas são limitadas por textos canônicos de difícil atualização.

Dessa forma, é possível dizer que o sistema de precedentes, ou de baixo para cima, possibilitaria a construção de precedentes que envolvesse a vulnerabilidade perceptível por meio da interseccionalidade Réaume (2002). Considerando juízes que possuam condições de entender esse tipo de vulnerabilidade, um sistema de precedentes seria ideal no desenvolvimento de teorias que fossem capazes a reconhecer novos direitos e novos enquadramentos a partir de caso concretos específicos (GOMES JÚNIOR, 2022, p. 130).

4. O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO RELACIONADO À CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

O objetivo deste tópico é a descrição e análise das duas decisões do STF mais relevantes a respeito da criminalização do discurso de ódio no Brasil. Primeiramente, os votos dos ministros e suas relações entre si são descritas, assim como as relações entre os dois precedentes, o HC nº 82.424-2 e a ADO nº 26. Em seguida, um novo olhar é realizado dentro

das lentes do constitucionalismo como árvore viva de tal forma a esclarecer que estão sendo estabelecidos precedentes relevantes no que concerne à criminalização do discurso de ódio no Brasil.

3.1 O caso Ellwanger: HC nº 82.424-2

Siegfried Ellwanger é um brasileiro, descendente de alemães, que fundou uma editora – chamada Editora Revisão – em Porto Alegre. As obras publicadas por esta editora estão pautadas pela defesa de uma tese revisionista em relação a questões sensíveis da história do povo judeu no século XX como a negação do Holocausto. Uma dessas obras, inclusive, foi lançada em uma livraria localizada em uma das praias mais frequentadas pela comunidade judaica da sua região – o balneário de Capão de Canoas (VIOLANTE, 2010, p. 43).

Por conta do comportamento de Ellwanger, a comunidade judaica pressionou o Ministério Público para oferecer uma denúncia baseada no art. 20º da lei 7.716/89² – que criminaliza o racismo. Após absolvições e condenações em diferentes instâncias, um Habeas Corpus foi impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) para a proteção da liberdade de Ellwanger.

A grande questão trazida aqui é a de saber se o antissemitismo promovido por Ellwanger por meio de sua editora pode ser considerado crime de racismo ao ponto de ser imprescritível e inafiançável nos termos do art. 5º, XLI³ e XLII⁴ da constituição de 1988 (CF/88). Essa tese era importante para que o paciente do HC continuasse ou não preso.

3.1.1 Votos dos ministros do STF no julgamento do caso Ellwanger

Para o relator do caso, o ministro Moreira Alves, a questão principal era se definir se o antissemitismo realizado por Ellwanger era ou não racismo ao ponto de ser imprescritível e inafiançável nos termos da constituição. Em sua perspectiva, não cabe ao Legislador determinar livremente o significado de racismo por meio da lei ordinária. Isso porque a lei 7.716/89 está

² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))

³ Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

⁴ Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

diretamente relacionada com o art. 3º, IV da CF/88⁵, que determina como objetivo constitucional promover o fim do preconceito de diferentes maneiras (BRASIL, 2003, p. 535).

O ministro afirma, por meio da interpretação histórica, que o significado de raça na constituinte de 1987 fazia referência exclusivamente à cor, ou seja, racismo na constituição significaria apenas o preconceito contra o povo negro. Além disso, também é justificado que o povo judeu não é biologicamente uma raça, já que a humanidade não é dividida em raças – há apenas a raça humana (BRASIL, 2003, p. 540). Não sendo, então, o povo judeu uma raça e o constituinte tendo feito referência apenas ao povo negro, o ministro concede o HC a Ellwanger.

Em perspectiva diametralmente oposta, o ministro Maurício Corrêa dirigiu o seu voto. Dentro de sua argumentação e após pedir vista, os argumentos trazidos iniciavam concedendo aos fundamentos de que, primeiro, o povo judeu não é uma raça no sentido biológico e, segundo a emenda que deu resultado ao art. 5º, XLII da CF/88, há uma referência ao povo negro dentro de uma perspectiva formal e direta (BRASIL, 2003, p. 546).

Ressaltando a história do povo judeu e a necessidade de se fazer justiça em relação à perseguição história que ele sofria, o ministro Corrêa destaca a necessidade de se ir além do aspecto biológico para que se faça uma devida compreensão do racismo na CF/88. É defendida a tese de que o racismo possui elementos sociológicos e antropológicos determinantes para o seu significado, além do aspecto biológico (BRASIL, 2003, p. 557).

A ideia de divisão de raças, dentro de uma perspectiva sociológica, segundo o ministro Corrêa, vem de uma subdivisão político-social que se originou em um processo de intolerância entre os homens. Dentro dessa perspectiva, então, a discriminação contra o povo judeu possui características relevantes para a configuração do racismo (BRASIL, 2003, p. 564).

Dentro dessa perspectiva, o racismo persiste na história brasileira como um fenômeno de natureza social, política e histórica – com o aspecto biológico se tornando, na prática, irrelevante. O racismo se tornou uma construção social (BRASIL, 2003, p. 568). Logo, o antissemitismo é uma forma de racismo, haja vista que ele seria uma forma de hierarquizar valores de maneira arbitrária (BRASIL, 2003, p. 569).

⁵ Art. 3º, IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Baseando-se também na Carta das Nações Unidas⁶, na Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁷, no Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos⁸ e no Pacto de San Jose da Costa Rica, o ministro Maurício Corrêa defende que negar o sentido social do racismo é negar a própria igualdade e os direitos humanos internacionalmente protegidos (BRASIL, 2003, p. 588). Com esses fundamentos, o HC foi indeferido.

O ministro Celso de Melo, em seu voto, concorda na tese de que o racismo tem uma dimensão sociológica (BRASIL, 2003, p. 625) e segue o voto do ministro Maurício Corrêa (BRASIL, 2003, p. 629). O ministro Gilmar Mendes também, em seu voto, adere à tese do racismo social (BRASIL, 2003, p. 648) e utiliza a proporcionalidade para fundamentar sua posição (BRASIL, 2003, p. 672).

O ministro Carlos Velloso, em seu voto, determina que racismo, na CF/88, significa designar características a grupos específicos para promover a desigualdade e a discriminação, seguindo Maurício Corrêa (BRASIL, 2003, p. 685). O ministro Nelson Jobim, em seu voto, seguindo a divergência, afirma de maneira direta que editar livros com caráter negacionista e antisemita configura crime de racismo, sendo, conseqüentemente, imprescritível e inafiançável (BRASIL, 2003, p. 696).

Algo que também é feito pela Ministra Ellen Gracie em seu voto (BRASIL, 2003, p. 756). O ministro César Pelluzo, em seu voto, também segue o ministro Maurício Corrêa e destaca que a CF/88 tem o objetivo de guardar a integridade biopsicológica de grupos minoritários (BRASIL, 2003, p. 759). O ministro Sepúlveda Pertence também segue a maioria já formada (BRASIL, 2003, p. 1009).

Seguindo o voto do ministro Moreira Alves, estão os ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio. O primeiro argumenta em seu voto que, de fato, o racismo na CF/88 possui uma dimensão histórico-cultural (BRASIL, 2003, p. 822), mas afirma também que as obras de Ellwanger estão dentro da liberdade de opinião e de produção intelectual (BRASIL, 2003, p.

⁶ Artigo 1, 1. Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

⁷ Artigo. I, 1. 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

⁸ Art. 20, 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

838 e 839). O segundo destaca em seu voto que a publicação de um livro não pode ser um risco ao povo judeu (BRASIL, 2003, p. 889) e que não houve a prática de racismo (BRASIL, 2003, p. 924).

3.2 Criminalização da homofobia e da transfobia: ADO n° 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n° 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) em face de alegada inércia do Poder Legislativo na promulgação de textos legais que criminalizassem todas as formas de homofobia e de transfobia para a devida proteção de grupos LGBT -termo utilizado pelo Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (BRASIL, 2023). Na ação eram postulados i) o reconhecimento da homofobia e da homotransfobia como crime de racismo; ii) que fosse declarada a mora do Congresso Nacional; iii) que fosse dado prazo razoável ao Congresso Nacional para a promulgação de uma lei que criminalizasse expressamente as práticas citadas e, por fim, iv) que, caso o Congresso Nacional continuasse a ser inerte, o próprio STF tipifique as práticas citadas como racismo.

3.2.1 Votos dos ministros do STF no julgamento da criminalização da homofobia e da transfobia

Para o relator do caso, o ministro Celso de Mello, faz parte da função contramajoritária do STF fazer prevalecer sempre a autoridade da constituição (BRASIL, 2019, p. 37). Também é citada a oposição do Senado Federal ao pedido formulado por conta de projetos legislativos que tramitam na casa legislativa (BRASIL, 2003, p. 38 e 39). Além disso, o ministro inicia seu voto desconsiderando as críticas relacionadas ao termo “ideologia de gênero” (BRASIL, 2003, p. 53) e também descaracterizando a possibilidade de indenização por conta da natureza da ADO (BRASIL, 2003, p. 57). No mesmo sentido, também é descartada a possibilidade de o STF tipificar qualquer tipo de delito (BRASIL, 2003, p. 61).

Em seguida, o ministro afirma que os integrantes da comunidade LGBT tem o direito de receber a igual proteção das leis e da constituição, demonstrando-se arbitrário e inaceitável qualquer forma de exclusão por conta de orientação sexual (BRASIL, 2003, p. 71). A violência contra a comunidade LGBT no Brasil é citada como motivada pela diferença do padrão heteronormativo prevalecente na sociedade (BRASIL, 2003, p. 72).

Após explicar questões processuais relacionadas à ADO, o ministro Celso de Mello afirma que este caso é semelhante ao que aconteceu no HC n° 82.424 – também conhecido

como caso Ellwanger. Neste ponto, é reforçada a tese do racismo como sendo um elemento de natureza histórico-social e incluindo o preconceito em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero (BRASIL, 2003, p. 115).

Está presente no voto o reconhecimento pela doutrina contemporânea do direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero baseada em “hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo) (...)” (BRASIL, 2003, p. 138). Essa tese é acompanhada pela repulsa à intolerância por regimes democráticos (BRASIL, 2003, p. 140) e também pelo respeito à liberdade religiosa – que não abrange o discurso de ódio (BRASIL, 2003, p. 154).

Dentro dessa proposta, o relator i) determina que o Congresso Nacional comete omissão inconstitucional; ii) utiliza a técnica da interpretação conforme a constituição para enquadrar a homofobia dentro do conceito jurídico-constitucional de racismo com suas consequências cabíveis; iii) e declara que os efeitos da decisão são *ex tunc* (BRASIL, 2003, p. 191).

O ministro Edson Fachin, em seu voto, afirma, desde logo, que acompanha o voto de Celso de Mello (BRASIL, 2003, p. 199). O ministro reforça a tese de há um mandamento de criminalização da homofobia e da transfobia no art. 5º, XLII da CF/88 mesmo que não exista uma jurisprudência clara a respeito do tema no STF (BRASIL, 2003, p. 202) e também a tese de que a sexualidade é inerente à dignidade humana (BRASIL, 2003, p. 241).

Em relação aos precedentes, a relação direta com o caso Ellwanger é fundamentada por Fachin dentro da ideia de que o racismo não tem natureza biológica - mas social - e da ideia de que ele também abrange as práticas de homofobia e de transfobia, além do antissemitismo (BRASIL, 2003, p. 216).

O voto do ministro Alexandre de Moraes indica a necessidade de se tratar do problema da síndrome da inefetividade da constituição e coloca a ADO nº 26 como instrumento para combater essa situação (BRASIL, 2003, p. 234). O ministro também concorda com o mandamento incriminatório do art. 5º, XLI e XLII da CF/88, com a insuficiência da proteção conferida pelo sistema jurídico conferida à comunidade LGBT (BRASIL, 2003, p. 244), com a omissão do Senado Federal (BRASIL, 2003, p. 251) e com a relevância da liberdade religiosa (BRASIL, 2003, p. 270).

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, rechaça a tese da indenização (BRASIL, 2003, p. 280), destaca a função iluminista da constituição de proteger os direitos fundamentais das minorias (BRASIL, 2003, p. 287) e defende que a liberdade religiosa não alcança o ódio (BRASIL, 2003, p. 290).

Em relação ao caso Ellwanger, o ministro também adere à tese de que o racismo não é um conceito biológico, mas social e argumenta que o conceito de racismo alcança “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, 2003, p. 294).

O voto da ministra Rosa Weber adere à tese do mandamento constitucional de criminalização da homofobia e da transfobia. De acordo com a ministra, o “direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (art. 1º, III, da CF)” (BRASIL, 2003, p. 367).

Em relação ao caso Ellwanger, além de adotar a tese de que o racismo possui natureza social, a ministra afirma que “acolhimento do pedido de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, nos termos do voto do eminente Ministro Celso de Mello” (BRASIL, 2003, p. 394). De maneira mais direta, afirma a ministra que

O que ora se propõe é que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo, a partir do delineamento que lhe foi conferido no referido precedente deste Plenário, absorve, em sua abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual e de gênero, às quais nos referimos como discriminação por homofobia e transfobia (BRASIL, 2003, p. 400).

O voto do ministro Luiz Fux inicia com a explicação do papel do STF de proteção de minorias em matéria penal (BRASIL, 2003, p. 416). Em seguida, ele destaca o conceito de homofobia:

Em linhas gerais, a homofobia pode ser definida como uma construção ideológica que promove uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), com viés de hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles que contrariem as práticas sexuais ou de exteriorização de identidade de gênero do grupo hegemônico. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel socialmente imputado a seu sexo biológico, organizando uma hierarquização das sexualidades com consequências políticas (BORILLO, Daniel. *Homofobia*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2011, p. 36).

O ministro também adere à tese da criminalização da homotransfobia afirmando que acompanha o “Relator também na inclusão, com efeitos *ex nunc*, das práticas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la” (BRASIL, 2003, p. 437).

A ministra Carme Lúcia, em seu voto, concorda com a tese do mandamento constitucional de criminalização da homotransfobia (BRASIL, 2003, p. 471) e pela sua inserção

no crime de racismo a partir do precedente do caso Ellwanger (BRASIL, 2003, p. 476). O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, defende que orientação sexual e a identidade de gênero fazem parte do exercício de uma liberdade fundamental que deve ser protegida contra o preconceito (BRASIL, 2003, p. 519).

Além de aderir à ideia de mandamento constitucional de criminalização (BRASIL, 2003, p. 527) e da mora legislativa (BRASIL, 2003, p. 527), o ministro também ressalta a necessidade de que o caso promova um diálogo institucional na medida em que “a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avaliza a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas” (BRASIL, 2003, p. 523). Por fim, o ministro adere à ideia de racismo social (BRASIL, 2003, p. 531) e da inserção da homofobia (BRASIL, 2003, p. 535).

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, iniciando os votos divergentes, ressalta a importância do princípio da reserva absoluta da legalidade ao dizer que ele é determinante “no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal(...)” (BRASIL, 2003, p. 513). Dessa forma, o ministro fundamenta sua decisão contra a criminalização da homotransfobia e sugere que o Congresso Nacional seja informado da mora em relação ao mandamento constitucional para que tome uma iniciativa legislativa a respeito do tema da ADO.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, também vota pela improcedência dos pedidos da ação a opção pela criminalização da homofobia e da transfobia de acontecer em “esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor” (BRASIL, 2003, p. 557). Por fim, o ministro Dias Toffoli “Vou pedir vênias à maioria, que proferiu doutíssimos votos, para acompanhar o voto hoje proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski” (BRASIL, 2003, p. 558).

3.3 A construção de precedentes sobre discurso de ódio no STF no olhar do constitucionalismo vivo

Analisando brevemente o caso Ellwanger, é possível concluir que as técnicas tradicionais de interpretação indicavam que o voto do ministro Moreira Alves estava correto, ou seja, os constituintes se referiam apenas às minorias raciais negras ao constitucionalizar a

criminalização do ódio. A questão é que não foi esse o entendimento que prevaleceu no STF. Dessa forma, foi reconhecido institucionalmente que a interpretação não está apegada a pontos fixos de significado acessíveis, por exemplo, por meio de atas da constituinte.

O STF reconheceu que uma interpretação construtiva produzida pela corte e voltada a efetivar os direitos pode servir para desenvolver precedentes de acordo com o plano constitucional. Dentro desse contexto, o constitucionalismo vivo pode servir de pressuposto teórico e metodológico para melhor compreender essa realidade. Isso acontece porque a construção de significados por meio de precedentes judiciais deve acontecer de maneira juridicamente segura tal como o crescimento de uma árvore, que respeita seus limites naturais.

Da mesma forma, os precedentes garantem que esse crescimento aconteça dentro de parâmetros técnicos claros, ou seja, por meio da possível utilização da distinção ou da superação. A construção jurisprudencial de precedentes resulta de um constante diálogo do presente com o passado, voltando-se ao melhor desenvolvimento e realização da constituição. Os casos concretos demonstram a melhor base para a interpretação dessa fonte jurídica.

Os precedentes relacionados ao discurso de ódio no Brasil são bons exemplos no que se referem ao devido desenvolvimento da constituição de 1988 dentro de seus limites naturais. O caso Ellwanger estabelece parâmetros determinantes para futuros casos em torno desse tema. Além de demonstrar a possibilidade de uma interpretação construtiva, também estabelece o conceito de racismo como tendo um significado sociojurídico e não simplesmente biológico.

Isso foi determinante no caso da criminalização da homotransfobia. Considerando que o racismo é um conceito sociojurídico, é possível dizer que outras formas de ódio podem ser consideradas dentro dos parâmetros constitucionais de criminalização. Dentro desses parâmetros, como foi descrito acima, está a homotransfobia. Essa justificativa juntamente com a inércia do Congresso Nacional para tratar sobre o tema possibilitou o reconhecimento da homotransfobia como uma espécie de racismo passível de criminalização.

O diálogo realizado nos votos dos ministros na ADO nº 26 com o HC nº 82.424-2 é didático em relação a esse tema. Dentro da doutrina de precedentes, o debate não era simplesmente a respeito da criminalização da homotransfobia, mas a respeito da adequação desse tipo de ódio aos parâmetros estabelecidos no caso Ellwanger. A resposta do STF foi clara a esse respeito e a maioria dos ministros votou pela adequação do precedente ao novo caso concreto.

Nos parâmetros de Raz, houve uma distinção. Isso porque os parâmetros estabelecidos de racismo como prática sociojurídica foram mantidos e um significado possível foi inserido. A construção de precedentes dessa forma e dentro dos parâmetros constitucionais é importante

porque demonstra que não há ativismo judicial, mas o debate da corte a respeito de seus próprios precedentes a partir de novos casos concretos. A árvore viva da constituição de 1988 está crescendo dentro da melhor compreensão do direito antidiscriminatório brasileiro e do princípio da igualdade material a ele inerente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de tudo é preciso dizer que este texto não tem a intenção de finalizar o estudo do tema, mas de estabelecer pressupostos teóricos de análise se questões constitucionais e demonstrar a sua relevância em situações reais. É sabido que a questão em torno da criminalização do discurso de ódio no Brasil não acabou e que outros grupos almejam estabelecer judicialmente a mesma proteção. Aqui, o principal objetivo é demonstrar que o constitucionalismo como árvore viva sugere uma perspectiva de análise relevante sobre o tema e que merece ser considerada no debate público.

Dentro dessa proposta, é possível, resumidamente, finalizar o texto com as seguintes afirmações:

1. O constitucionalismo como árvore viva proposto por Wil Waluchow sugere que a constituição não é um simples ponto fixo de significados a serem simplesmente aplicados pelas cortes a casos concretos. As cortes são parte de um diálogo institucional em torno do melhor significado da constituição, que é construído caso a caso por meio de precedentes e dentro dos seus limites naturais.
2. O constitucionalismo compreendido dentro de uma perspectiva decolonial, subalterna ou dentro da perspectiva de um negro, nos termos de Adilson Moreira, é visto como um instrumento transformador da realidade, especialmente dentro do que se compreende como igualdade material. Nessa proposta, não há uma visão estanque e simbólica do texto constitucional, mas proativa e desafiadora em relação às necessidades sociais de grupos vulneráveis perante os poderes políticos, inclusive a corte constitucional.
3. O constitucionalismo vivo dentro de uma visão decolonial é uma teoria relevante para a manutenção da segurança jurídica e da legitimidade no meio do processo de

concretização de um constitucionalismo transformador e antidiscriminatório. A proposta dialógica radicalizada envolvendo, além da corte e do parlamento, mas também de grupos vulneráveis diretamente confere a realização mais eficiente das promessas constitucionais dentro de limites constitucionais.

4. Os precedentes, visto na perspectiva do common law, são um pressuposto relevante nesse processo. Isso porque eles permitem, por meio das técnicas básicas da distinção e da superação, a construção de respostas jurídicas para problemas específicos e concretos de maneira a respeita a flexibilidade e a coerência de uma tradição judicial consolidada.
5. Os precedentes do STF em torno da criminalização do discurso de ódio no Brasil são um exemplo relevante da capacidade teórica do constitucionalismo como árvore viva de explicar e justificar decisões judiciais a respeito de grupos minoritários constitucionalmente protegidos. Nessa análise, dois casos são essenciais, o HC nº 82.424-2 e a ADO nº 26.
6. O HC 82.424-2 foi relevante porque possibilitou a estrutura dinâmica da interpretação construtiva para a realização de determinações constitucionais. Aqui, se nega a perspectiva puramente aplicadora de significados fixos da constituição e se permite compreendê-la como algo a ser construído pelo STF dentro de parâmetros constitucionais.
7. Dentro de parâmetros formais e tradicionais de interpretação – acesso a atas de constituintes, por exemplo -, era possível provar que a intenção psicológica dos constituintes era proteger grupos vulneráveis negros por meio da criminalização do discurso de ódio, mas essa não foi a tese que prevaleceu no STF. A tese vencedora foi a que outros grupos vulneráveis como os judeus poderiam ser inseridos dentro do conceito de racismo, que não é um conceito biológico, mas sociojurídico. Logo, o antissemitismo foi considerado como crime de racismo.
8. O precedente estabelecido no HC nº 82.424-2 sobre o conceito sociojurídico de racismo é determinante para uma análise da ADO nº 26. Considerando o racismo como uma construção social e não biológica, é possível inserir outros grupos

vulneráveis como vítimas de discurso de ódio. Dentro desse raciocínio, a homotransfobia foi considerada como racismo pelo STF.

9. Por meio da teoria do *common law* do constitucionalismo vivo, é possível dizer que houve uma distinção, ou seja, o precedente sobre racismo social estabelecido no HC nº 82.424-2 foi distinguido na ADO nº 26 com a adesão de um novo significado, a inclusão da homotransfobia. Essa perspectiva é muito relevante porque permite que grupos vulneráveis possam ser protegidos de maneira mais eficiente e sem sofrer com a demora de negociações, pressões e acordos entre políticos no parlamento.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Nova Iorque, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

_____. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 08 mar. 2023.

_____. **Carta das Nações Unidas**. Nova Iorque, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.424. Impetrante: Ellwanger. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26. Impetrante: PPS. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt>. Acesso em: 08 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

RÉAUME, Denise. Of Pigeonholes and principles: a reconsideration of discrimination law. **Osgoode Hall Law Review**, [s. l.], v. 40, n. 2, p. 113-143, fev. 2002.

MATOS, Saulo de; COELHO, André; BUSTAMANTE, Thomas. (Org.). **INTERPRETANDO O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.

SCHAUER, Frederick F.. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oup Oxford, 1991.

GOMES JÚNIOR, F. T. R.. O imperativismo na sua melhor forma: Esclarecimentos e problematizações sobre a generalidade do direito em Hart. In: Saulo de Matos; André Coelho; Thomas Bustamante. (Org.). **INTERPRETANDO O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023, v. 1, p. 75-96.

_____. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: entre emergência e autoritarismo**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022a.

_____. Poderia o constitucionalismo ser decolonial? In: **Decolonização de conceitos sociojurídicos**. (org). Raquel Coelho Freitas. Fortaleza: Editora Mucuripe, 2022b.

_____. Democracy and Adjudication in Latin America: A Critical Analysis of Wil Waluchow's Common Law Theory of Judicial Review. In: BUSTAMANTE, Thomas; MATOS, Saulo de; COELHO, André L. S. (ed.). **Law, Morality and Judicial Reasoning: essays on W. J. Waluchow's jurisprudence and constitutional theory**. New York: Springer, 2023? [No prelo].

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2010. Cap. 1. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-09-28T08:39:33Z-10045/Publico/Joao Luis Mousinho dos Santos Monteiro Violante.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

WALUCHOW, Wilfrid. **A common law theory of judicial review: The living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.