

# Paulo Iotti: STF não legislou ao considerar homofobia como racismo

## 1. A decisão do STF e o conceito de racismo

Vejamus o *conceito constitucional de racismo*, afirmado pelo STF na *tese* fruto do julgamento que reconheceu a homotransfobia como tal (ADO 26 e MI 4.733):

“3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”[\[1\]](#).

Tal conceito não foi *inventado* pelo STF. Decorre da concretização da *literatura negra antirracismo*, trabalhada no memorial[\[2\]](#) e captada com maestria pelo ministro Celso de Mello[\[3\]](#), redator da tese referendada pelo Plenário. Remeto a artigo em que explico tal literatura[\[4\]](#) e mostro que o conceito do STF é com ela coerente. E, se *racismo* é conceito político-social, também é o de *raça*, enquanto dispositivo político-social de poder, que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, afirmado como “degenerado” e, assim, discriminado de maneira estrutural, sistemática, institucional e histórica, para o fim de *estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos* as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de *opressoras ideologias normalizadoras*, mediante *alterocídio* discriminatório. Logo, o *heterossexismo* e do *cissexismo* são *ideologias racistas* ao pregarem a heteronormatividade e a cisnormatividade, ou seja, a heterossexualidade e a cisgeneridade *compulsórias*, punindo simbólica, moral e/ou fisicamente quem “ousa” viver a vida de outra forma.

Como no célebre HC 82.424/RS, que afirmou que o *antisemitismo* é conduta racista ao aduzir que *racismo é a inferiorização de um grupo social relativamente a outro*, o STF partiu da *constatação* de que a CF (artigo 3º, IV) e a Lei Antirracismo falam em “raça” e “cor” em palavras diferentes (conforme máxima hermenêutica, *a lei não possui palavras inúteis*, donde “raça” não pode significar apenas “cor”) e do fato de o *Projeto Genoma* ter enterrado a tese de que a humanidade seria formada por “raças biologicamente distintas entre si”. Então, para o racismo não virar *crime impossível*, pela unicidade biológica da humanidade, afirmou-se ser conceito político-social — histórico, antropológico e sociológico (*ratio decidendi* da decisão).

Logo, a homotransfobia foi considerada espécie de racismo e enquadrada nos crimes raciais (“por raça”, por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89): não por “analogia”, pois “criminalizar por analogia” demandaria dizer que a homotransfobia seria “tão grave quanto” o racismo, a merecer mesma punição, mas não foi isso que o STF reconheceu. Fez-se interpretação literal do termo legal raça e do termo constitucional racismo, ainda que evolutiva, caso se entenda que a compreensão biológica teria sido a “original”. *Interpretação integrante do limite do teor literal (Roxin) da moldura normativa (Kelsen)*, e não por “ato arbitrário de vontade”, mas por conceito afirmado em precedente do STF e referendado pela literatura negra antirracismo, donde inexistente “intolerável vagueza”, violadora do *princípio da taxatividade* — leis penais desde sempre criminalizam por *conceitos valorativos*, carentes de concretização interpretativa, e isso sempre foi aceito, quando não *intoleravelmente vagos* (conforme terminologia alemã e Roxin; no Brasil, Cezar R. Bittencourt).

Entendimento contrário ressuscita o anacrônico e irreal “silogismo perfeito”, de Beccaria, negando ao Judiciário *qualquer* labor interpretativo, algo incompatível com o *mundo real*. A técnica legislativa cria crimes desde sempre por *conceitos valorativos* (conforme *ofender a dignidade ou o decoro*, da injúria, e o crime de rixa), bem como os usa como qualificadoras/agravantes ou elementos normativos do tipo (por exemplo, “motivo fútil ou torpe”). A definição de tais conceitos não está na lei penal, ela é feita por doutrina e jurisprudência. Quem discorda dessa técnica legislativa precisa enfrentar essa concepção *hegemônica* na jurisprudência constitucional *mundial* sobre a *validade* do uso de conceitos valorativos criminalizadores à luz da taxatividade penal.

## 2. Descabimento das críticas, que não enfrentam a fundamentação do STF

Em suma, pela tese acolhida pelo STF, só será *racismo a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, em sistema de relações de poder em que grupo dominante oprime grupo dominado*, em opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica, geradora da qualificação artificial e ideológica de um grupo como “dominante”, atribuindo-lhe qualidades de “natural, neutro, bondoso e modelo de pessoa ideal”, bem como de outro grupo como “dominado”, atribuindo-lhe qualidades de “antinatural, ideológico, perigoso e pessoa degenerada” (pessoas LGBTI também já o foram, pela “teoria da degeneração sexual”). Daí ser equivocado falar em “racismo reverso”.

*Nenhuma das críticas se digna a enfrentar esse conceito de racismo. Aparentemente por puro senso comum, quando muito dizem que os termos “raça” e “racismo” não abarcariam a população LGBTI+ e a homotransfobia*<sup>[5]</sup>, sem se dignarem a dizer o que entendem por uma coisa ou outra. Pregam uma diferenciação, mas não explicam sua pertinência lógico-racional, como exige o princípio da isonomia, ao impor o ônus de argumentação a quem defende o tratamento diferenciado (conforme Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*).

Configura arbitrariedade (e desrespeito) afirmar que o STF teria feito “ilusionismo”<sup>[6]</sup> na interpretação de tipo penal. Descabido falar que se teria “interpretado extensivamente” tipo penal<sup>[7]</sup> ou “legislado” em tal decisão<sup>[8]</sup>. Afinal, o STF partiu do conceito de *racismo* para afirmar que o crime *positivado* de discriminação *por raça* abarca a homotransfobia. *Nenhum* destes fundamentos da decisão foi enfrentado por tais críticas.

Simplista e incorreta a tese de não haver “mandado de criminalização” que incida pelo “fato de que a [CF] não elenca a LGBTfobia como bem jurídico a ser protegido penalmente”<sup>[9]</sup>, porque ela se enquadra nos mandados de criminalização relativos ao racismo (artigo 5º, XLII) e à repressão a todas as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI — que está na parte penal do artigo 5º e demanda proteção penal quando incide a proibição de proteção insuficiente (princípio da proporcionalidade), sendo que o STF citou precedente pretérito nesse sentido (HC 104.410/RS).

Descabido falar que haveria violação da teoria do *Direito Penal Mínimo*<sup>[10]</sup>, pois ela traz um critério *qualitativo*, sobre o que pode ser crime, não *quantitativo*, proibitivo de novos crimes. Ela exige que a criminalização vise evitar a *ofensa a bem jurídico indispensável à vida em sociedade*, ante a ineficácia dos demais ramos do Direito para protegê-lo. O bem jurídico-penal protegido pela criminalização da homotransfobia é a *tolerância* à livre orientação sexual e identidade de gênero — nem se fala em *respeito*, a saber, *tratar como igual*, ainda que discorde, pois *tolerar* implica considerar a pessoa “inferior”, mas *pelo menos* sem agredir, ofender, discriminar e/ou matar (proteção a *bem jurídico penal*). Outrossim, os poucos estados que possuem leis antidiscriminatórias que punem administrativamente a homotransfobia (como SP e sua Lei 10.948/01) não têm conseguido reprimir de maneira eficaz tal opressão (*ultima ratio*).

Com isso, não se quer cair no erro das direitas, de achar que a criminalização seria a “panaceia de todos os males”, mas ser coerente com o pressuposto da teoria minimalista, que legitima a criminalização quando atendidos seus critérios. Mas muitos(as) se dizem “minimalistas” apenas quando a teoria justifica a descriminalização ou não criminalização, sendo incoerentes com seus ditos pressupostos teóricos quando ela legitima a criminalização.

Equivocado falar que o Código Penal seria suficiente para coibir a homotransfobia<sup>[11]</sup>, pois as condutas de *discriminar alguém* e praticar *discursos de ódio* não são punidas por ele, só pelo artigo 20 da Lei 7.716/89. O crime de *constrangimento ilegal* exige violência ou grave ameaça, não abarca qualquer discriminação. Os crimes de *injúria e difamação* supõem vítimas individualizadas, não ofensas a grupos sociais e coletividades. Tais condutas são punidas penalmente apenas pelo artigo 20 da Lei Antirracismo, pelo crime de “*praticar, induzir ou incitar o preconceito ou a discriminação*” por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (lembre-se, a homotransfobia foi considerada uma discriminação *por raça*, na acepção político-social de raça e racismo). Um crime constitucional, embora merecedor de *interpretação conforme a Constituição e aos tratados internacionais* para considerar o *taxativo* conceito da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Racismo (artigo 1º, parágrafo 1º), pela qual “*‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública*”<sup>[12]</sup>.

Descabido dizer que o STF *agora* poderia “dar [outra] interpretação equivocada e criminalizar outros comportamentos”. Ora, partiu-se de *conceito estrito* de racismo, à luz da *literatura negra antirracismo*, de *precedente* do STF na definição de “raça” e “racismo” e de *taxativo* conceito de discriminação racial de tratado internacional. Logo, trata-se de temor *arbitrário*. Afinal, a lei precisa conter algum conceito positivado para permitir a interpretação judicial: se a interpretação se enquadra na *moldura normativa* do *limite do teor literal*, a responsabilidade é do Legislativo, que aprovou o texto normativo (e pode alterá-lo se discordar da exegese judicial). Mas afirmar a homotransfobia como crime de racismo *nem de longe* abre um tal precedente, dados os pressupostos da tese (ordem *constitucional* de legislar, existência de conceito valorativo *positivado na lei* e conceito *estrito* de racismo, conforme supra).

*Portanto, é decepcionante ver juristas de qualidade criticando a decisão sem se dignarem a enfrentar seus fundamentos concretos, que tornam a decisão coerente consigo mesma (coerência interna) e com o Direito (coerência externa).*

### 3. Conclusão

Raça e racismo são conceitos legais, a serem concretizados por exegese judicial, mesmo para quem (irresponsavelmente) acha que “racismo não existe, porque somos todos humanos” (*sic*). Existe, como conceito político-social. A orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas LGBTI+ são *marcadores sociais* que as fazem ser inferiorizadas de forma estrutural, sistemática e institucional ao longo da história. São tratadas como “exóticas”, relegadas a papéis sociais e trabalhos secundários (com demissões ou não contratações quando se descobre serem LGBTI+), consideradas pessoas “degeneradas” (longe do “modelo” heterossexual cisgênero) e “perigosas” por grande parte da sociedade, uma “raça do demônio” como neonazista afirmou, certa vez, no SBT, em 2014. Enquadram-se, assim, em todos os elementos do racismo, não por “analogia”, mas por precisa identidade conceitual.

As condutas que se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo reconhecido pelo STF (em suma, a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, no contexto de relações de poder social de grupo dominante relativamente a grupo dominado) merecerão esse qualificativo. *O reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo não viola o princípio da legalidade penal estrita*, por ser subsumível a tipo penal já previsto em lei (por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89, de praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação *por raça*), donde respeita a *legalidade penal formal* (lei escrita), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo, referendado por precedente histórico do STF (HC 82.424/RS) e pela literatura negra antirracismo, de sorte que não pode ser considerado como “intoleravelmente vago”. Inexiste violação ao princípio da taxatividade, pois este sempre admitiu a criminalização por “conceitos valorativos” (conforme supra), donde a interpretação do STF respeita a *legalidade penal substancial*, relativa aos princípios da taxatividade e anterioridade (lei certa, estrita e prévia), pois modulados os efeitos da decisão.

Longe de permitir que “qualquer coisa” seja considerada como racismo (ou outro crime), tal compreensão aumenta a dignidade constitucional do conceito de racismo, evitando que *qualquer* discriminação assim considerada, mesmo por lei. Então, a decisão deve ser celebrada, por não prejudicar o combate à opressão contra pessoas negras e possibilitar a proteção de outros grupos vulneráveis pela repressão constitucional ao racismo, quando se enquadrem nesses *taxativos* requisitos.



- 
- [1] <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>.
- [2] ADO 26, peça eletrônica 146: último anexo.
- [3] Votos dos ministros Celso de Mello e Edson Fachin *in* <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296790,31047-Congresso+e+omisso+por+nao+tipificar+condutas+homotransfobicas+dizem>>.
- [4] Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, *in* <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019)>.
- [5] Streck, Sarlet, Clève, Coutinho e Pansieri, *in* <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Artigo que refutei em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>.
- [6] Gustavo Badaró, *in* <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>>.
- [7] João Paulo Martinelli, *in* <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml>>.
- [8] Leonardo Yarochevsky, *in* <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>>.
- [9] Rogério Gesta Leal, *in* <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtphobia-nao-racismo-enquanto>>.
- [10] LEAL, *Op. Cit.*
- [11] LEAL, *Op. Cit.*
- [12] *Insight* de **Thiago G. Viana**, Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal e Criminologia.