

O CASO SIEGFRIED ELLWANGER: INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE E DO CONTEÚDO DO CRIME DE RACISMO

Tatiana Lages Aliverti¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar, com base no caso Siegfried Ellwanger, condenado por racismo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a verdadeira interpretação do alcance e do conteúdo do referido crime.

Inicialmente, faremos uma breve abordagem sobre os Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, a fim de delimitar os verdadeiros critérios de interpretação do texto constitucional, em especial do seu art. 5º, XLII, que trata da inafiançabilidade e da imprescritibilidade do crime de racismo.

Em seguida, discorreremos sobre a contribuição do Direito Internacional Público para a exegese do referido artigo constitucional, já que o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, consagra os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte como direitos e garantias fundamentais.

Por fim, analisaremos a legislação infraconstitucional sobre o crime de racismo e a amplitude do termo “racismo”.

1 – BREVE RELATO SOBRE O CASO SIEGFRIED ELLWANGER:

O autor e editor de Porto Alegre, Siegfried Ellwanger, dedica-se, de forma sistemática, a reeditar livros de conteúdo anti-semitista, como: *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A história secreta do Brasil e Brasil Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os protocolos dos sábios do Sião*; *Hitler –culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S.E. Castan.

Os referidos livros pregam, indistintamente, a discriminação racial, induzindo o ódio aos judeus e os responsabilizando por todos os males do mundo, incitando a inferiorização e segregação do povo judeu. Além disso, o livro *Holocausto*

¹ Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais – São Paulo/SP.

judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século, obra de sua autoria, nega o crime de genocídio ocorrido durante o regime nazista de Hitler.

Processado perante a 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, por infração ao art. 20 da Lei n. 7.716/89, modificada pelas Leis nº 8.081/90 e 9.459/1997, Siegfried Ellwanger foi absolvido (Processo Crime nº 01391013255/5947). Entendeu a magistrada Bernadete Coutinho Friedrich, que “os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu”. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica” (fls. 02 da Sentença prolatada em 14/06/1995).

Apresentado Recurso de Apelação, decidiu a 3ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dar-lhe provimento, para condenar o apelado pela prática do crime do racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 e leis posteriores. A pena aplicada foi a de dois anos de reclusão, com o benefício do *sursis*.

Entenderam os Desembargadores - após exame exaustivo dos textos publicados - ter havido discriminação racial, “a execração de uma raça”, como salientou o Desembargador Revisor, José Eugênio Tedesco, ressaltando, também, em seu voto, que a “intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo”.

Contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpôs o réu Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual não foi admitido por falta de prequestionamento dos artigos de lei federal (Código Processual Penal) levantados, por parte do réu-recorrente, como violados.

Impetrou-se, então, perante esse Tribunal Superior, em favor do condenado, ora paciente, *Habeas Corpus*, no qual não se contestou a configuração do crime de discriminação contra a comunidade judaica, mas se argumentou - em especial frente a declarações de próceres do povo judeu - que este não constitui uma raça. No *Habeas Corpus*, criou-se a figura de um racismo brasileiro, tendo em vista o teor da justificativa do constituinte que propôs a Emenda convertida no art. 5º, XLII, da Constituição de 1988.

Assim, buscou o paciente o reconhecimento de que a expressão “racismo”, utilizada pela Constituição Federal, ao estatuir que a sua prática constitui crime imprescritível, limita-se à discriminação decorrente de raça negra ou amarela, caracterizada por sinais físicos ou biológicos. Desse modo, não sendo os judeus uma raça, nos estritos limites científicos da antropologia física, o crime praticado não teria sido o de racismo, mas sim o de incitamento contra os judeus, o qual é prescritível.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, sendo relator o Min. Gilson Dipp, entendeu que “a condenação se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento”. O Min. Jorge Scartezini,

em longo voto, concluiu que o constituinte, ao dispor o tema, pretendeu que a discriminação - tendo raízes biológicas ou territoriais, como reação emocional de não aceitar aqueles que são diferentes - fosse reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele. O Min. Vicente Leal entendeu que o legislador constitucional quis englobar, com a palavra “racismo”, todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, à nacionalidade, à regionalidade. Concedia a Ordem, contudo, em razão de considerar que não houve prática de racismo, mas induzimento ao racismo.

Em *Habeas Corpus*, substitutivo de Recurso Ordinário, veio o paciente ao Supremo Tribunal Federal, alegando os mesmos argumentos constantes do *Habeas Corpus* que impetrara perante o Superior Tribunal de Justiça.

O Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, representando o Ministério Público Federal, opinou no sentido da não-concessão da Ordem. Há, segundo ele, delegação na Constituição, para que o legislador ordinário conceitue o que é racismo, e ele o fez englobando, na expressão, a discriminação em razão da raça, da cor, da etnia, da origem nacional ou da religião. Dessa maneira, aduziu o Senhor Procurador, que por determinação constitucional, o termo “racismo” compreende todas estas formas de discriminação, sendo o crime praticado pelo paciente imprescritível.

Em dezembro de 2002, no início do julgamento, o relator do *Habeas Corpus*, Min. Moreira Alves, manifestou-se pela concessão da Ordem, entendendo que efetivamente os judeus não constituem uma raça, o que, na sua argumentação, se verificaria em razão dos dados físicos ou constitucionais, como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Não sendo os judeus uma raça, o crime praticado não se enquadraria como racismo, sendo, portanto, o delito praticado pelo paciente prescritível, tendo ocorrido o prazo prescricional.

O julgamento não prossegiu, porque o Min. Maurício Corrêa pediu vista dos autos.

O julgamento foi retomado em abril de 2003 com o voto do Min. Maurício Corrêa denegando o *Habeas Corpus*, sob o argumento de que “o Direito, sustentado no plano científico pelo seqüenciamento do genoma humano, assevera que não existem raças. Só existe uma raça: a raça humana²”. Considerou, ainda, que se a tese do impetrante prosperasse, provocaria um impacto corrosivo do respeito dos Direitos Humanos e dos objetivos da República Federativa do Brasil.

O Min. Celso de Mello, na sessão de abril, acompanhou, em voto próprio, o entendimento do Min. Maurício Corrêa, acrescentando não haver conflito, no presente caso, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a condenação de Ellwanger. Concluiu que, por mais abrangente que seja a liberdade de manifestação do pensamento, deve sempre respeitar as demais liberdades garantidas constitucionalmente e não convolar condutas criminosas.

² LAFER, Celso. *Racismo – o STF e o caso Ellwanger*. Jornal “O Estado de São Paulo”, 20/07/2003.

O julgamento foi retomado em junho de 2003, com o voto do Min. Gilmar Mendes, que acompanhou os votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, apenas destacando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, na medida das liberdades garantidas constitucionalmente. Afirmou o Min. Gilmar que a liberdade de manifestação do pensamento não é direito absoluto, devendo ser exercida de modo compatível com o direito à honra, à imagem e à vida privada, e a ela não se pode atribuir primazia em face de princípios como a igualdade e a dignidade humana.

Na seqüência, o Min. Carlos Velloso pleiteou a antecipação de voto e também optou pelo indeferimento do *Habeas Corpus*, pois entendeu que o anti-semitismo é uma forma de racismo. Afirmou o Ministro não ter dúvidas de “que a conduta do paciente implica prática de racismo, o que a Constituição considera crime grave e imprescritível”. Enfocou, também, a matéria sob o ponto de vista do direito à liberdade de expressão, argumentando que embora seja garantia consagrada pela Constituição, não tem caráter absoluto.

O Min. Nelson Jobim não acompanhou o Relator, votando pelo indeferimento do *Habeas Corpus*. O Min. rejeitou a linha proposta pela defesa, segundo a qual, sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal. Conforme Jobim, a tese “parte do pressuposto de que a expressão racismo usada na Constituição teria conotação e um conceito antropológico que não existe”.

A Min. Ellen Gracie, seguindo o posicionamento majoritário, confirmou a condenação de Siegfried Ellwanger, denegando a Ordem pleiteada.

O Min. recém-empossado Antonio Cezar Peluso seguiu a maioria e votou pela denegação do *Habeas Corpus*, afirmando que “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”.

O Min. Carlos Ayres de Britto votou no sentido da concessão de ofício da Ordem pleiteada, pois entendeu não haver justa causa para a instauração da ação penal contra Ellwanger. Em seu voto, o Ministro absolve o réu por atipicidade do crime, porque a lei que tipificou o crime da prática do racismo por meio de comunicação foi promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito.

No dia 27/08/2003, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por maioria, a Ordem proposta pelo Min. Carlos Britto, e o processo foi para análise e voto dos Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, encontrando-se ainda *sub judice*³.

Ressalta-se, desde logo, a importância desse julgamento para o direito brasileiro, já que pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal firmará entendimento sobre a interpretação do alcance e do conteúdo do crime de racismo, possibilitando, ou talvez não, maior punibilidade de condutas violadoras do art. 5º, XLII, da Constituição Federal e legislação infraconstitucional correlata.

³ Consultar site www.stf.gov.br, para maiores detalhes sobre o julgamento do *Habeas Corpus* 82424-2.

2 – OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

A Constituição Federal de 1988 é um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, seja pela sua topografia, já que a organização do Estado é feita depois da explanação dos direitos e das garantias fundamentais, seja pelos princípios fundamentais que encampou.

Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, consagra a Constituição, em seu art. 1º, II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como vetores interpretativos da ordem jurídica interna.

A afirmação dos princípios gerais inerentes aos direitos humanos está, de maneira inequívoca e veemente, explicitada na Constituição de 1988, como aponta José Afonso da Silva⁴. Esta explicitação não está presente apenas no art. 5º, *caput*, que dispõe “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, mas também na relevância da não-discriminação consagrada no art. 3º, IV, que estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição de 1988 é, em matéria de direitos humanos, amplamente receptiva ao Direito Internacional Público, não só em razão da prevalência de tais direitos nas relações internacionais (art. 4º, II), como também pelo estabelecido no seu § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sobressai, nesse contexto, a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana. Tais direitos não operam de modo estanque, mas de modo interativo, contribuindo para a interpretação e o reforço da imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

Encontra-se, em nosso texto constitucional, como princípio específico de direitos humanos, o art. 5º, LXII, que dispõe: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. Este, por estar inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias fundamentais, é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) e, por isso, deve ser apreciado e interpretado com cuidados especiais, a fim de se garantir a estabilidade e a permanência de um sistema integrado de valores, baseado, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

Interpretar, segundo Celso Ribeiro Bastos⁵, significa “conferir ou irrogar um sentido à norma, com vistas à sua aplicação num caso concreto”, (...) adaptando-a “às novas realidades sociais⁶”. Logo, interpretar o art. 5º, LXII, da Constituição de

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 14.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. p. 15.

1988, implica dotar de significado o conteúdo jurídico nele previsto - a dignidade da pessoa humana -, dada a relevância que o próprio texto constitucional atribui aos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo.

3 – ALCANCE DAS EXPRESSÕES “RAÇA” E “RACISMO”:

O avanço do conhecimento se incumbiu de mostrar que não há fundamento biológico em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios das diferenças visíveis, a começa pela cor da pessoa, são apenas juízos de aparência.

A capacidade de desvendar o genoma humano permite dizer que conhecer uma espécie reduz-se a conhecer seu genoma completo, e o seqüenciamento do genoma humano indica que as diferenças existentes no código genético de cada ser humano – que estão na escala dos milhões – não tem relação com a sua procedência geográfica ou étnica⁷. Portanto, do ponto de vista biológico, os judeus, os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, mas todos são integrantes da raça humana, o que não exclui o direito à diversidade.

O racismo, mesmo não podendo ser justificado sob o prisma biológico, persiste como fenômeno social, espécie do preconceito.

Observa José Augusto Lindgren Alves⁸ que “Todos de boa-fé sabem que ‘raça’ é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”. Assim, “o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal”.

Interpretar a prática do racismo a partir da raça, para o Professor Celso Lafer⁹, “conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988 e a correspondente legislação infraconstitucional”, ou seja, “é converter o crime da prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto”.

Logo, é exatamente o fenômeno social, retratado pelas teorias e as ideologias divulgadas, que discriminam grupos e pessoas, atribuindo-lhes as características de uma “raça” inferior, e não a raça, o destinatário da repressão jurídica prevista no art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua corresponde legislação infraconstitucional.

⁷ TEIXEIRA, Mônica. *O projeto genoma humano*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 67.

⁸ ALVES, José Augusto Lindgren. *A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos*. Revista Brasileira de Política Internacional. Ano 45, nº 2, 2002, p. 206.

⁹ LAFER, Celso. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, p. 42.

4 – A PRÁTICA DO RACISMO E SEU IMPACTO NO DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA:

Esclarece Norberto Bobbio¹⁰ que são três os postulados do racismo, como visão de mundo e independentemente da fundamentação científica: a) “A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmite hereditariamente”; b) “Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores”, e; c) “Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis”.

Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. Todas são caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias.

À discriminação pode somar-se uma intensidade superior de violência à dignidade da pessoa humana, que é a segregação. Esta consiste, como diz Norberto Bobbio¹¹, “em impedir a mistura dos diversos entre os iguais”. Pode expressar-se por meio de obstáculos jurídicos à miscigenação e pela colocação da “raça inferior” pela “raça superior” em um espaço separado, impedindo-lhes a assimilação: “o diferente deve permanecer diferente”. O *apartheid*, na África do Sul, enquanto perdurou, foi um paradigma da segregação institucionalizada e do que há de mais nefasto na herança racista do colonialismo europeu.

O último grau na escala da violência do tratamento racista é a agressão física. Esta começa de modo esporádico, contra alguns indivíduos e chega ao extermínio premeditado e de massa. O paradigma deste último grau na escala da violência é o “Estado racial”, no qual se transformou a Alemanha nazista de Hitler¹².

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002, p. 127/128.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 126.

¹² A Alemanha de Hitler, segundo Norberto Bobbio, foi “um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psicologicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes”. (in Ob. cit., p. 129)

Segundo Hannah Arendt, “A primeira câmara de gás foi construída em 1939, para implementar o decreto de Hitler datado de 1º de setembro daquele ano, que dizia que “pessoas incuráveis devem receber uma morte misericordiosa. (...) O decreto foi cumprido imediatamente no que dizia respeito aos doentes mentais, e entre dezembro de 1939 e agosto de 1941, cerca de 50 mil alemães foram mortos com monóxido de carbono em instituições cujas salas de execução eram disfarçadas exatamente como seria depois em Auschwitz – como salas de duchas de banho”. (in *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 124)

5 – A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

A Carta da Organização das Nações Unidas - ONU foi um direito novo, que resultou da 2ª Guerra Mundial. Na sua elaboração teve peso o ineditismo da experiência totalitária da Alemanha nazista, que patrocinou, inspirada pela sua ideologia racista, os campos de concentração e o holocausto.

Na visão do Professor Celso Lafer¹³, “O novo, instigado pela Carta da ONU, foi fazer dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global”.

A positivação dos direitos humanos, como tema global da vida internacional, iniciou-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Ao conjugar os valores da igualdade e da liberdade, a Declaração demarcou a concepção contemporânea de indivisibilidade dos direitos humanos. Além disso, a Declaração de 1948, segundo a Professora Flávia Piovesan¹⁴, “endossa a universalidade desses direitos, afirmando que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à condição humana”.

A Declaração Universal, em razão de ser em sua maioria genérica, foi “juridicizada” por meio do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 1966. Mais tarde, a Declaração Universal e os Pactos formaram a Carta Internacional de Direitos Humanos – *International Bill of Rights*.

Os dois grandes Pactos de 1966 inserem-se na etapa de generalização do processo histórico de positivação internacional dos direitos humanos. Essa etapa viu-se acompanhada e desdobrada pela etapa de especificação, que passamos a examinar apenas no tocante à prática do racismo.

O Brasil participou, no plano internacional, do processo de especificação dos direitos humanos, voltado para afirmar o princípio da igualdade e da não-discriminação dos seres humanos em situação afetada pela prática do racismo.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 21 de dezembro de 1965, foi instigada pela memória das práticas raciais atrozidades do nazismo entre os anos de 1930 e 1940, particularmente as anti-semitas, e pelo desenvolvimento da segregação racial institucionalizada – o *apartheid* – na África do Sul.

Tal Convenção teve como objetivo a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões, a fim de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹³ LAFER, Celso. Ob. cit., p. 70/71.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 325.

A Convenção entrou em vigor no âmbito internacional no dia 04 de janeiro de 1969¹⁵. Porém, apesar do Brasil ter ratificado a referida Convenção, sem reservas, em 27 de março de 1968, somente em 08 de dezembro de 1969 foi editado o Decreto Brasileiro de sua promulgação (Decreto nº 65.810).

O Brasil participou das discussões preparatórias da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. A delegação brasileira co-patrocinou com os EUA uma emenda com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo¹⁶. A emenda não prosperou e a única referência específica, ao final contemplada pela Convenção, foi a da condenação do *apartheid*¹⁷ (art. 3º).

A razão de fundo apresentada na discussão da mencionada Convenção para a não-aceitação da emenda foi a de que a enumeração de formas específicas de discriminação racial nunca conseguiria ser exaustiva. Daí a importância de enunciados jurídicos de precisão geral. Dispõe o art. 1º, *caput*, da Convenção:

“Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘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”. (grifos nossos)

O art. 4º da Convenção em tela inclui na estrutura do crime da prática do racismo o incitamento à discriminação. Reza o art. 4º:

“Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*:

a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem

¹⁵ A Convenção, apesar de adotada em 1965, passou a vigorar no âmbito internacional em 1969, porque segundo o seu artigo 19 só entraria “em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou adesão houver sido depositado junto ao Secretário Geral das Nações Unidas”.

¹⁶ LAFER, Celso. Ob. cit., p. 78.

¹⁷ A inclusão do *apartheid* no texto do art. 3º da Convenção é compreensível, porque, na época, a condenação do regime racista da África do Sul estava, e com grande relevo, na ordem do dia da agenda internacional do combate ao racismo.

étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;

c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial". (grifos nossos)

O art. 4º da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, acima reproduzido, insere como delito punível e, portanto, no âmbito do Direito Penal Internacional, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais, e no seu caput estabelece o compromisso dos Estados-partes de promulgar legislação interna com este objetivo.

O rigor da tutela penal previsto no art. 5º, XLII, da Constituição de 1988, nela incluída a imprescritibilidade do crime da prática de racismo, exprime, assim, o cumprimento de uma obrigação internacional do Brasil e a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana.

A importância que o Brasil atribui a essa Convenção foi reforçada pelo reconhecimento da competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos. Tal reconhecimento, previsto no art. 14 da Convenção, integra o sistema de monitoramento internacional de seus dispositivos.

No plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica -, adotada em 22 de novembro de 1969 durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, estabelece no seu art. 13, 5, que "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência" (grifos nossos).

Os Estados-partes, por meio da Convenção Americana, comprometem-se a garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos "sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (art. 1º). Além disso, assumem o "dever de adotar disposições de direito interno" a luz dos parâmetros internacionais (art. 2º).

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, vinculando-se, assim, ao aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana. Entretanto, só aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03/12/1998.

O § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 determina a recepção pelo Direito Brasileiro, em matéria de direitos e garantias, do estipulado nos tratados internaci-

onais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Em razão de tal dispositivo, segundo a Professora Flávia Piovesan, o “elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno¹⁸”.

Nesse sentido, pode-se dizer que tanto a Convenção de 1965, como a Convenção Americana de Direitos Humanos integram o “bloco da constitucionalidade¹⁹”, reforçando a interpretação voltada a assegurar a imperatividade da tutela constitucional da condenação da prática, do induzimento e da incitação do racismo, por meio de preconceito ou discriminação, como crimes imprescritíveis.

A Convenção Internacional de 1965 qualifica, no seu art. 1º, como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e estipula, no seu art. 4º, como parte da estrutura do delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial.

A interpretação sistemática e teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo “racismo”, constante do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988.

Interpretar que o “racismo”, referido no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, limita-se às discriminações por diferenças físicas e biológicas, cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, é afrontar os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O racismo elimina a dignidade de uma pessoa ou grupo de pessoas, por considerá-los diversos e inferiores, e esta inferiorização não é diferente por se dar em função da cor e não em função da origem nacional ou étnica.

A dignidade da pessoa humana exige que o racismo, enquanto crime imprescritível, previsto na Constituição Federal de 1988, seja compreensivo a partir da discriminação ou preconceito em razão da raça (em mero sentido biológico) e cor da pele, como em função da origem étnica ou nacional e da descendência.

Não incluir o anti-semitismo dentro da expressão racismo é afrontar o valor absoluto da dignidade da pessoa humana como princípio fonte, revelador de todos os direitos humanos, e fundamento de nossa Constituição Federal.

6 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI N. 7.716/89:

Tão logo promulgada a Constituição de 1988, editou-se a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor,

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Ob. cit., p. 111.

¹⁹ Expressão usada por Valério de Oliveira Mazzuoli, citado por Celso Lafer em Parecer que ofereceu no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, p. 95.

uma vez que o texto constitucional deixou a conceituação da expressão “racismo” (art. 5º, XLII) à lei infraconstitucional.

A Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, acresceu aos preconceitos de raça e cor, previstos no art. 1º da Lei nº 7.716/89, o preconceito em razão da etnia, religião ou procedência nacional, adequando-a aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como à Convenção da ONU para eliminação do racismo, que não só é lei interna, mas norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Em 03 de junho de 1994, a Lei nº 8.882 acresceu ao art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, o seguinte parágrafo: “Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”.

Em 13 de maio de 1997, a Lei nº 9.459, por sua vez, alterou os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716/1989, que passaram a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 1º - Serão punidos, na forma desta Lei os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...)

Artigo 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fim de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido”.

Verifica-se que o artigo 20 da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei nº 9.459/1997, refere-se à prática, induzimento e incitação de “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”, que o artigo 1º da

Convenção Internacional de 1965, vigente e aplicável no Brasil, qualifica como “bloco de discriminação racial”. Com a edição da Lei nº 9.459/97, a legislação interna adequou-se ao preceituado nos tratados internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil. Entretanto, não foi somente com o advento da lei de 1997 que as condutas descritas em seu artigo 20 passaram a ser ilícitas no Brasil.

Antes da legislação infraconstitucional, tanto a prática, como o induzimento e a incitação à discriminação e ao preconceito raciais já eram passíveis de punição pelo direito penal brasileiro, já que a norma constitucional do § 2º do art. 5º, inclui, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, que no caso em análise são: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (arts. 1º e 4º) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 1º e 2º).

CONCLUSÃO

O racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica.

Para a construção de uma sociedade digna, baseada nos princípios da igualdade e da não-discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos, não se pode tolerar atitudes que recusem a condição humana da pluralidade e da diversidade. Nesse sentido, o legislador constituinte deu o peso e a gravidade da imprescritibilidade ao crime da prática do racismo, a fim de impedir sua reincidência.

Dessa forma, a única interpretação compatível com os princípios fundamentais da Constituição Federal e com os tratados internacionais (Convenção Internacional de 1965 e Convenção Americana dos Direitos Humanos) é a de que o termo “racismo”, constante do art.5º, XLII, do texto constitucional, compreende a prática, o induzimento e a incitação de qualquer discriminação ou preconceito em face da raça, da cor, da descendência, da origem étnica ou nacional.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos*. Revista Brasileira de Política Internacional. Ano 45, nº 2, 2002.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

REALE JR. Miguel. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

JONES, James M. *Racismo e preconceito*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blucher Ltda, 1973;

LAFER, Celso. *Racismo – o STF e o caso Ellwanger*. Jornal O Estado de São Paulo, 20/07/2003.

_____. Parecer oferecido no HC/82424-2 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. *Análise jurídico-penal da Lei nº 7.716/89 e aspectos correlatos*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre. São Paulo: PUC, 2001.

SANTOS, Joel Rufino dos. *O que é racismo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Mônica. *O projeto genoma humano*. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001.

TEJO, Célia Maria Ramos. *Dos crimes de preconceito de raça ou de cor*. Campina Grande: EDUEP, 1998.