

Parecer

O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo

Celso Lafer

Sumário

I - Considerações preliminares. II - Posição, generalização, internacionalização e especificação como processos de afirmação dos direitos humanos. III - Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição - critérios. IV - Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição – o HC 82424-2 e o risco do esvaziamento do conteúdo jurídico do preceito constitucional. V - Os argumentos apresentados no HC 82424-2 e os ensinamentos de decisões da Suprema Corte dos EUA e da *House of Lords* da Inglaterra. VI - Da raça ao racismo. VII - A prática do racismo e o seu impacto no Direito Internacional da Pessoa Humana – a contribuição do Direito Internacional-Público para a exegese do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988. VIII - Amplitude da prática do racismo no Brasil. IX - Síntese conclusiva.

Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de *amicus curiae*, no julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003). Em cinco longas sessões, confirmou-se, por 8 votos a 3, a condenação, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em outubro de 1966, de Siegfried Ellwanger pelo crime da prática do racismo. Foram votos vencedores o do Ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão (datado de 17 de setembro de 2003), e os dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. O Acórdão foi publicado pelo STF, com prefácio do Ministro Maurício Corrêa (*Crime de Racismo e Antisemitismo – um julgamento histórico do STF*. Brasília, Brasília Jurídica, 2004).

A professora Anna Maria Villela dedicou-se, no seu consistente percurso intelectual, ao Direito Internacional, com ênfase no Direito Internacional Privado, que tem entre os seus temas básicos o relacionamento entre distintos ordenamentos jurídicos. Este parecer também examina a interação entre o ordenamento jurídico nacional e o Direito Internacional dos direitos humanos. Trata, assim, de uma das categorias do Direito Internacional – Público e Privado – que é a da recepção, no horizonte dos interesses de Anna Maria Villela.

I – Considerações preliminares

1 – O Art 5º, XLXII, da Constituição de 1988, diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”.

No HC 82424- 2, ora em exame pelo STF, alega-se, em síntese, como adiante se discutirá de maneira circunstanciada, que, não sendo os judeus uma raça, o crime praticado por Siegfried Ellwanger é o de incitamento contra os judeus e não o da prática do racismo. Dessa maneira busca o impetrante afastar a imprescritibilidade do delito cometido.

A matéria objeto deste parecer diz respeito à procedência ou improcedência jurí-

dica dessa alegação. Em síntese, assim foi formulada a consulta: é o crime cometido por Siegfried Ellwanger o da prática do racismo, nos termos da Constituição e da correspondente legislação infraconstitucional que o tipificou, tal como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça confirmou quando denegou pedido de HC impetrado com os mesmos fundamentos?

Como a *vis directiva* da tipificação do crime da prática do racismo é o art. 5º, XLII, integrante do Título II da Constituição, que tutela os direitos e garantias fundamentais, sua interpretação requer, por isso mesmo, para o adequado entendimento do alcance da matéria, breve consideração sobre o processo histórico de afirmação e subsequente positividade dos direitos humanos.

2 – A tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais representa o reconhecimento jurídico do valor da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais que a Constituição de 1988 proclama (art. 1º, III). O que cabe dizer sobre o processo histórico da afirmação desse valor, que está na raiz da tutela contemplada no art. 5º, XLII?

O valor da pessoa humana está presente no livro do *Gênesis* (1,26), que afirma que “Deus criou o homem à sua imagem”. Ensina assim o Velho Testamento que o homem assinala o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Na elaboração judaica desse ensinamento isso se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa nas Leis de Noé (*Gênesis*, 9, 6-17). Essas são um direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade. Representam um conceito próximo do *jus naturae et gentium*, inspirador de ensinamentos do cristianismo e posteriormente de Grócio e Selden, que são uma das fontes das Declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa.

Na vertente grega da tradição voltada para afirmar a dignidade da pessoa humana, cabe mencionar o estoicismo. Na época

helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, o estoicismo atribuiu ao indivíduo, que tinha perdido a qualidade de cidadão para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade de alcance universal. O mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.

O cristianismo associa o ensinamento judaico e o grego, ao aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual. Jesus, como ensina São Paulo, chamou a todos para a salvação sem distinção entre judeus e gregos, escravos e homens livres, homens e mulheres (*Epístola aos Romanos* 10,12; *Epístola aos Gálatas*, 3,28). Neste sentido o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.

3 – O tema dos direitos humanos adquiriu expressão normativa na Inglaterra, com a Magna Carta (1212), com a lei do *Habeas Corpus* (1679) e com o *Bill of Rights* (1689), e passou a ter um papel de grande relevância na doutrina jurídica do jusnaturalismo racionalista da Idade Moderna. Essa doutrina difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social, como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito, fundamentado na vontade concorde dos indivíduos. O contratualismo tem uma inequívoca dimensão democrática ao justificar o Estado e o Direito, não como uma emanção de cima para baixo do poder do soberano ou de Deus, mas sim de baixo para cima, através da vontade dos indivíduos, que estão na base da sociedade.

A explicação contratualista, tal como formulada por exemplo por Locke, explicita que o Estado e o Direito são um meio termo,

fruto da celebração de um contrato social, que compatibiliza a liberdade de estado da natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade. Daí, como diz Locke, a importância capital de *settled standing laws* e o seu argumento de que os homens *would not quit the freedom of the state of nature* a não ser para preservar *their lives, liberties and fortunes; and by stated rules of right and property to secure their peace and quiet* (John Locke, *Of Civil Government, Second Treatise*, Chicago, Gateway, Ed. 1964, Cap. 11, p. 114).

O contratualismo inspirou a tutela dos direitos humanos através da Constituição, pois um dos ingredientes da passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito foi a preocupação em estabelecer limites ao poder discricionário do soberano em relação às pessoas que integram a sociedade. Daí a idéia-força de combinar a divisão de poderes – na lição clássica de Montesquieu – com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição. É este o sentido do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

4 – No jusnaturalismo racionalista e secularizado que inspirou o constitucionalismo, os direitos humanos eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente. A sua positivação constitucional através de Declarações, que se inicia no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura. Essa dimensão seria o dado de estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo dependente da vontade do Legislador, em contextos localizados e variáveis. Essa variabilidade é explicável, pois o Direito no mundo moderno passou a ter a dinâmica de um instrumento de gestão de uma sociedade em mudança.

A exigência de estabilidade é a razão de ser do art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Constituição, que, ao estipular uma cláusula pétreia, confere aos Direitos e Garantias fundamentais, contemplados no Título II, a sua dimensão hierárquica de permanência.

Neste sentido, a primeira conclusão deste parecer é a de afirmar que o art. 5º, XLII, por estar inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias fundamentais, tutelado por cláusula pétreia, deve ser apreciado e interpretado com cuidados especiais. Com efeito, a *vis directiva* do constituinte foi a de dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores da convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana – um valor proclamado pela Constituição de 1988, cujo processo histórico de afirmação e positivação apresentei de maneira apenas indicativa, porém com o objetivo de dar o alcance hierárquico da matéria em questão (cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988, cap. IV, e as amplas referências bibliográficas indicadas).

II – Positivação, generalização, internacionalização e especificação como processos da afirmação dos direitos humanos

5 – Na sua análise do processo de reconhecimento jurídico dos direitos humanos, Norberto Bobbio, endossando a análise de Gregório Peces Barba, indica as etapas da positivação, da generalização, da internacionalização, a elas agregando a da especificação (cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp.49-65; Gregório Peces Barba e colaboradores, *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, pp. 154-202).

A etapa de positivação se inicia com as Declarações dos Direitos e sua irradiação

nos textos constitucionais dos diversos países – (cf. Alphonse Aulard e Boris Mirkine-Guetzevich, *Lés Déclarations des Droits de l'homme*, Paris, Payot, 1929), em função do que foi acima apontado no item 4 deste parecer. A etapa da positivação é indispensável, pois sem ela os direitos humanos não se completam. Seriam valores e ideais que não se realizariam plenamente. Assim como os valores estéticos se realizam no quadro, na poesia ou numa escultura, assim também o valor ético dos direitos humanos se realiza, como aponta Gregório Peces Barba, mediante sua incorporação ao Direito Positivo (Gregório Peces Barba, op. cit. p. 160).

6 – A Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, vinculadas à Revolução Americana e à Revolução Francesa, que dão início ao grande processo de positivação, proclamam nas suas aberturas, nos seus respectivos artigos iniciais, a dimensão igualitária dos direitos humanos ao afirmar que todos os seres humanos são livres e iguais. É essa dimensão igualitária que caracteriza o processo da generalização.

Esse processo de generalização adquire dimensão internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem de 1948, que afirma no seu artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

René Cassin, um dos grandes inspiradores e redatores da Declaração Universal, entendia que o seu artigo 1º, assim como o seu artigo 2º, constituem o pórtico do templo dos direitos humanos. Com efeito, o artigo 2º é o corolário lógico do artigo anterior ao afirmar o princípio da não discriminação: “Art. 2º-1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Em síntese, os princípios gerais da liberdade,

igualdade, não discriminação e fraternidade, que Cassin considerava os princípios embaixadores do pórtico do templo dos Direitos Humanos, são a expressão do processo de generalização (Cf. Marc Agi, *René Cassin, Père de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Mesnil – Sur - L'Estrée, Perrin, 1998, p.232).

7 – A Constituição de 1988 explicita de maneira inequívoca a afirmação dos princípios inerentes ao processo de generalização, com os seus componentes de igualdade e não discriminação que acima discuti. Essa explicitação, como aponta José Afonso da Silva, é veemente. Ela está presente não apenas no art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, mas se vê reforçada, como realça o mesmo autor, pela relevância constitucional de 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 quaisquer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.222).

8 – A especificação, observa Bobbio, é uma outra etapa do processo de afirmação histórica dos direitos humanos. Está voltada para determinar de maneira mais concreta – e não de forma abstrata, como no processo de generalização – os destinatários da tutela jurídica dos direitos e garantias individuais. É assim que se completa a idéia dos destinatários genéricos – os seres humanos, os cidadãos – com a especificação do ser humano situado – como, por exemplo, a criança, a mulher, o deficiente mental, os idosos. Gregório Peces Barba, na sua elaboração, a partir de Bobbio, da etapa de especificação, diz que se trata de um processo de concreção histórica que não é apenas uma elaboração do já consagrado pelo processo de generalização. É uma contribuição que agrega novos elementos ao conteúdo dos direitos humanos, que enriquecem e com-

pletam o valor da dignidade da pessoa humana, como o valor-fonte da sua positividade (cf. Norberto Bobbio, *op.cit.*, pp. 62-63; Gregório Peces Barba, *op.cit.*, pp. 180-182).

A Constituição de 1988 exprime de maneira muito nítida o impulso do processo de especificação. É o que se depreende, por exemplo, da substanciosa análise que fez José Afonso da Silva, do Direito de Igualdade, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Com efeito, ao princípio genérico da não discriminação – a igualdade perante a lei *sem distinção de qualquer natureza* –, consagrado no *caput* do artigo 5º, o articulado constitucional positiva especificações do ser humano. Daí a afirmação da igualdade sem distinção de sexo; a igualdade sem distinção de origem, cor e raça; a igualdade sem distinção de idade; a igualdade sem distinção de trabalho; a igualdade sem distinção de credo religioso; a igualdade sem distinção de convicção filosófica, examinados por José Afonso da Silva (*op.cit.*, pp.222-228).

O art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 é uma faceta constitucionalmente inovadora em nosso País do processo de especificação que tem como nota própria atribuir à prática do racismo uma tutela penal. Essa tutela penal é mais rigorosa do que a prevista no inciso anterior do mesmo artigo. Com efeito, o inciso XLI determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; já o inciso XLII estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. Essa tutela penal tem, portanto, características próprias que não são idênticas a outras igualmente rigorosas presentes no Título II, como a do art. 5º, XLIII (prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos), mas que coincidem com a do art. 5º, LXIV, que também constitui como “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito”.

O rigor da tutela penal constitucionalmente previsto para a prática do racismo demonstra a importância que o constituinte atribuiu à sua repressão, cabendo igualmente mencionar que a preocupação do constituinte com o tema também se expressa no art. 4º, VIII, que estabeleceu como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil o repúdio tanto do racismo quanto do terrorismo – dois delitos para os quais a Constituição prevê tutela penal rigorosa.

Assim, a segunda conclusão deste parecer é a de que o art. 5º, LXII, da Constituição exprime a etapa de especificação do processo histórico de positividade dos direitos humanos e a de que, nesse processo, o constituinte atribuiu à prática do racismo uma excepcional gravidade, daí advindo o extraordinário rigor da tutela penal nele contemplada.

III – Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição – critérios

8 – A interpretação é inerente à vida do direito e os seus métodos um assunto muito conhecido e debatido. Entendo, no entanto, útil apresentar algumas observações sobre peculiaridades que cercam a interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Interpretar o art. 5º, LXII, significa dotar de significado o conteúdo jurídico nele previsto. A particularidade da operação de interpretar os direitos humanos deriva, como observa Gregório Peces Barba, tanto da sua relevância hierárquica no sistema constitucional quanto do fato que numa democracia, que se baseia na perspectiva *ex parte populi*, a ação de interpretar os direitos e garantias fundamentais deve partir da compreensão de que os direitos são os legitimadores do sistema. Essa visão de Peces Barba se coaduna com a Constituição de 1988 à luz da cláusula pétrea que os cerca (art. 60, § 4º – inciso IV); dos objetivos da República Federativa do Brasil entre os quais está o de promover o bem de todos sem quaisquer discriminações (art. 3º, IV); do fundamento da

dignidade humana afirmado no art. 1º, III, todos já referidos no correr deste parecer. É por esse motivo, como realça Peces Barba, que na interpretação dos direitos humanos deve-se *favorecer siempre y en todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho* (Gregório Peces Barba, op. cit., p. 577).

Registro que foi dessa maneira que procedi na interpretação, no âmbito do Executivo, do princípio constitucional do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII), que é um dos princípios que regem as relações internacionais do nosso País. Com efeito, como Ministro de Estado das Relações Exteriores, e com a responsabilidade jurídica que essa condição me atribuía, afirmei que a iniciativa brasileira de invocar o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, em função dos ataques terroristas aos EUA em 11 de setembro de 2001, significava aplicar o art. 4º, VIII – repúdio ao terrorismo – de maneira congruente com o sentido, no plano interno, do art. 5º, LXIII. Da mesma maneira, afirmei que o trato do tema da segurança e da cooperação internacional no combate ao terrorismo, na tríplice fronteira da Argentina, do Paraguai e do Brasil, que inclui as cidades de Chuí e Foz do Iguaçu, nas quais vivem numerosas pessoas de origem árabe, palestinos e fiéis muçulmanos, exigia uma atitude do Executivo, inequivocamente firme na oposição ao preconceito e à discriminação. Fundamentei essa posição tanto no princípio do repúdio ao racismo no plano internacional (art. 4º, VIII) quanto na *vis directiva* constitucional, para o plano interno, de uma sociedade pluralista, voltada para afirmar o bem de todos (art. 3º, IV). Neste sentido, dei, na linha de Peces Barba, o maior conteúdo possível ao art. 5º, XLII (cf. Celso Lafer, *Mudam-se os Tempos – Diplomacia Brasileira - 2001-2002*, Brasília, Funag-Ipri, 2002, pp. 53-69).

Passo a explicitar a minha linha de raciocínio. Os princípios constitucionais que regem as relações internacionais estabelecem padrões de comportamento, estímulos e limites à conduta externa do Brasil. Entre

eles está o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Devem ser aplicados levando-se em conta suas implicações no plano interno, não só por uma questão de coerência, mas pelo fato de que nesta era de globalização vem-se diluindo a diferença entre o “interno” e o “externo”. No caso em questão, que envolvia a cooperação internacional em matéria de combate ao terrorismo, isso era evidente, pois o tema passava pelas cidades brasileiras de Chuí e Foz do Iguaçu. Daí o vínculo entre o art. 4º, VIII e o art. 5º, XLII, e a ênfase atribuída ao risco da prática discriminatória do racismo e das teorias e preconceitos que a sustentam em relação a palestinos e muçulmanos e não, realço, em raça, palavra que não está contida nem no art. 4º, VIII, nem no art. 5º, XLII. (Sobre princípios constitucionais a reger as relações internacionais, cf. Antonio Ramiro Brotons, *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984, pp.92-115; Pedro Dallari, *Constituição e Relações Exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994, que também analisa o repúdio ao terrorismo e ao racismo, vinculando-os ao art. 5º, XLII e XLIII, ver pp. 175-178. No meu prefácio ao livro de Pedro Dallari, exemplifiquei várias situações de aplicação a situações concretas dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais.)

Ao conferir o maior conteúdo possível ao art. 5º, XLII, ou seja, à prática do racismo, interpretei-o em consonância com a visão internacional da matéria. Lembro, neste sentido, a Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU de dezembro de 1998 que, no seu item 17, insta todos os governos a cooperar com o relator especial da Comissão dos Direitos Humanos incumbido de examinar as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e outras formas correlatas de intolerância. Essa colaboração tem como objeto, nos termos do item 17, o exame de *incidents of contemporary forms of racism and racial discrimination, inter-alia, against blacks, Arabs and Muslims, xenophobia, Negrophobia, anti-semitism and related intolerance*.

O item 17 da Resolução 623/98 da Assembléia Geral, que sustenta minha interpretação sobre a prática do racismo atingindo árabes e muçulmanos, refere-se igualmente ao anti-semitismo. Daí a relevância de se examinar qual é a contribuição que o Direito Internacional Público pode oferecer como critério de interpretação do art. 5º, XLII, no caso ora em apreciação, pelo STF.

9 – A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de direitos humanos não só pelo princípio de sua prevalência nas relações internacionais (art. 4º, II), como em especial pelo § 2º do art. 5º, que estabelece: “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”. Se a referência ao caráter não exaustivo ou supressivo da enumeração de direitos tem antecedentes em nosso direito constitucional, é novidade a menção explícita aos tratados internacionais de que o Brasil é parte, como aponta Antonio Augusto Cançado Trindade. Ela assinala, constitucionalmente, a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 635). É essa identidade que leva Cançado Trindade a afirmar que, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o Direito Interno, por força da Constituição de 1988, passaram efetivamente a integrar em matéria de direitos humanos, cabendo lembrar, como ele documenta em livro recente, que o Brasil participou do processo de elaboração normativa do direito internacional da pessoa humana, tanto no plano global, no âmbito das Nações Unidas, quanto no plano regional, no âmbito do sistema americano (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos direitos hu-*

manos e o Brasil, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 26 e passim).

Como adiante se verá, para o objeto deste parecer, voltado para discutir o conteúdo do crime de racismo suscitado pelo HC 82424-2, não será necessário analisar as múltiplas dimensões e as controvérsias jurídicas em torno do alcance dessa interação entre o Direito Internacional e Direito Interno no sistema da Constituição de 1988. É relevante, no entanto, apontar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode contribuir para a interpretação e o reforço da imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

Esse é um entendimento que o STF reconheceu ao julgar o HC 7384, em 23/6/1994, em fundamental acórdão relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello e substancialmente analisado por Flávia Piovesan. Na discussão sobre a existência jurídica do crime de tortura contra crianças e adolescentes, tipificado na época pelo art. 233 da Lei nº 8.069/90 com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição, o Ministro Celso de Mello ressaltou: “o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição. Cumpre destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores de tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) adotada no âmbito da OEA em

1969. Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto 678/92) e constituem, sob esse aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, “apenas às crianças e adolescentes” (cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, (5ª ed., revista, ampliada e atualizada), São Paulo, Max Limonad, 2002, pp.111-115 e passim; cf. igualmente Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2001, cap. VII).

Em síntese, e esta é a terceira conclusão deste parecer, o critério da interpretação do art. 5º, LXII, deve favorecer de maneira ampla e não restritiva o conteúdo do direito nele contemplado, dada a relevância que a Constituição atribui aos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. Nessa interpretação, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem e não são estanques com vistas a reforçar a impenetrabilidade do direito constitucionalmente garantido, voltado para impedir a prática do racismo.

IV – Interpretação do art. 5º, LXII, da Constituição – o HC 82424-2 e o risco do esvaziamento do conteúdo jurídico do preceito constitucional

10 – O impetrante alega no HC 82424-2, perante o Supremo Tribunal Federal, como antes alegara perante o Superior Tribunal de Justiça, que, não sendo os judeus uma raça, o crime perpetrado por seu paciente ao editar e vender livros que fazem a apologia de idéias preconceituosas contra os judeus não foi o de prática do racismo, mas

sim o de incitamento contra o judaísmo. Busca, assim, ilidir a imprescritibilidade do delito a que seu paciente foi condenado.

O pedido de HC perante o Superior Tribunal de Justiça tinha como objeto o substancioso acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenou Sigfried Ellwanger ao imprescritível crime de racismo, com amparo no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a nova redação dada pela Lei nº 8.081/90, tendo o desembargador José Eugenio Tedesco sublinhado no seu voto “a supremacia valorativa do dever de não discriminar” consagrada na Constituição de 1988.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão majoritária da sua 5ª Turma presidida pelo Ministro Felix Fischer, rejeitou as alegações do impetrante, tendo sido relator do feito o Ministro Gilson Dipp. Este, no seu preciso voto, deu, no meu entender com toda razão, ênfase na interpretação do art. 5º, LXII, ao artigo 20 da Lei 8.081/90 que foi acréscimo à Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Diz o art. 20, que trata dos crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou a preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicações de qualquer natureza:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional.

Penas: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

Entendeu o Ministro Gilson Dipp que o crime praticado por Siegfried Ellwanger é daqueles classificados na categoria de mera conduta, ou seja, não se exige a realização de resultado material para a sua configuração, e que não cabe fazer a diferenciação entre as figuras de prática, incitação ou de induzimento “para fins de configuração de racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas três condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racis-

mo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta”.

O Ministro Jorge Scartezini, no seu importante voto, no qual acompanha o Ministro Relator, trouxe à colação a doutrina brasileira que comenta o art. 5º, LXII, da Constituição, ao examinar os pontos de vista expostos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Jr. Agrega o Ministro Jorge Scartezini elementos adicionais no seu voto, ressaltando que a Constituição de 1988, ao dispor sobre o tema da prática de racismo, “pretendeu que tal prática fosse abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele”.

O Ministério Público Federal, em parecer de autoria de Cláudio Lemos Fonteles, Subprocurador-Geral da República, opinou pelo indeferimento do pedido de HC pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que é “injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática do racismo à raça”. Em seu parecer, Cláudio Lemos Fonteles se baseia na Lei 8.071/90 e realça que hoje, pela Lei 9.458/97, *ex-vi* do novo parágrafo 2º do artigo 20, o *meio* – “valendo-se dos meios de comunicação social de qualquer natureza” – passou a constituir-se em *forma qualificada*, com apenação autônoma mais grave do crime da prática do racismo. Conclui que a legislação infraconstitucional, ao definir a prática do racismo, tipificou várias figuras penais e que esses crimes são todos imprescritíveis. Afirma assim Cláudio Lemos Fonteles que não há extravasamento na interpretação do texto constitucional quando se conclui que Siegfried Ellwanger, ao infringir o art. 20 da Lei nº 8.081/90, cometeu o crime de prática do racismo.

11 – O crime de prática do racismo, como concluiu o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não se baseia no termo “raça”, que tem conotação pseudocientífica – como adiante se verá com o devido rigor – mas sim nas teorias e concepções que atribuem ao termo raça o fundamen-

to da discriminação, condenada pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988. É por esta razão que o impetrante comete uma falácia argumentativa ao afirmar que o crime de Siegfried Ellwanger não se subsume como prática de racismo nos termos do art. 20 da Lei 8.081/90, uma vez que os judeus não são uma raça e por isso mesmo o delito cometido pelo seu paciente é o do incitamento contra o judaísmo e não o da prática do racismo.

No seu arrazoado, o impetrante invoca publicação da UNESCO que afirma que os judeus não formam uma raça. Omita, no entanto, que a UNESCO foi uma das primeiras entre as organizações internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, em função dos próprios termos de sua ata de constituição, que se dedicaram a demonstrar e condenar o conteúdo racista da ideologia nazista (cf., por exemplo, Juan Comas, Kenneth I. Little, Harry I. Shapiro, Michel Leiris, Claude Lévi-Strauss, *Raça e Ciência I*, São Paulo, Perspectiva, 1970, e muito especialmente, para os propósitos deste parecer, a apresentação, pp. 7-9). É essa ideologia que Siegfried Ellwanger vem-se dedicando a divulgar por publicações, ao arrepio do art. 20 da Lei 8.081/90.

Foi por se preocupar desde suas origens com a prática do racismo que a UNESCO adotou e proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, uma importantíssima Declaração sobre Raça e Preconceito Racial. Essa Declaração, igualmente omitida no arrazoado do impetrante, contesta frontalmente a sua argumentação.

Diz o art. 1 – 1 da Declaração da UNESCO que todos os seres humanos pertencem a uma única espécie, o que não exclui, como afirma o inciso II do artigo 1, o direito à diversidade de indivíduos e grupos. No seu artigo 2 – 1, a Declaração afirma que quaisquer teorias que contemplem a reivindicação de que grupos raciais ou étnicos são inerentemente superiores ou inferiores não têm fundamento científico e são contrárias aos

princípios morais e éticos da humanidade. Os textos acima referidos, na íntegra, são os seguintes:

“Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.”

“Art. 1 – 2 All individual and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of ‘apartheid’, which is the extreme form of racism.”

“Art. 2 – 1 Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgements on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity.”

Prosegue a Declaração, no art. 2 – 2, para qualificar o que é racismo e substancialmente realçar que a prática do racismo reside nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial, e não reside no conceito de “raça” que o art. 1 – 1 da Declaração nega, ao afirmar a unidade da espécie humana. Diz o art. 2 – 2, na íntegra, o seguinte:

“Art. 2 – 2 Racism includes racist ideologies, prejudiced attitudes, discriminatory behaviours, structural arrangements and institutionalized practices resulting in racial inequality as well as the fallacious notion that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justifiable; it is reflected in discriminatory provisions in legislation or regulations and discriminatory practices as well as in anti-social beliefs and acts; it hinders the development of its victims, perverts those who practise it, divides nations internally, impedes international co-operation and gives rise to

political tensions between peoples; it is contrary to the fundamental principles of international law and, consequently, seriously disturbs international peace and security.”

Afirma igualmente a Declaração, no seu art. 5 – 3, ao falar da cultura e dos meios de comunicação, que a erradicação do racismo, da discriminação racial e do preconceito racial requer *“refraining from presenting a stereotyped, partial, unilateral or tendentious pictures of individuals and of various human groups.”*

{(O texto completo da Declaração se encontra na publicação da ONU, *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, vol. 1 (First Part) Universal Instruments, United Nations, New York and Geneva, 1994 (ST/HR/1/Rev. 5) vol. 1, Part I, pp. 133-134)}.

Como se vê, a UNESCO de maneira alguma abona a tese do impetrante, pois subsume inequivocamente o crime de Siegfried Ellwanger na tipicidade da prática do racismo.

O impetrante, no seu arrazoado, traz à colação texto da antropóloga Lilia Moritz Schwarcz para abonar a tese de que o discurso racista no Brasil sempre foi dirigido contra o negro. Ora, essa mesma antropóloga escreveu livro recente sobre *Racismo no Brasil* (São Paulo, Publifolha, 2001). Nele afirma: “Raça é, assim, uma construção histórica e social, matéria-prima para o discurso das nacionalidades”; ou então, conforme Thomas Sowell, “antes de um conceito biológico é uma realidade social, uma das formas de identificar pessoas em nossas próprias cabeças” (p. 35). Afirma, igualmente, lastreada em Louis Dumont, conhecido estudioso das castas, que “o racismo representa a hierarquia reinventada em sociedades supostamente igualitárias” e que o racismo é uma “naturalização das diferenças”, “uma tentativa de fazer a diversidade ser mais do que é” (p. 81). Por isso, ao apontar que o racismo é um tema da agenda global e ao discutir o racismo brasileiro, entende e afirma que, ao se lidar com ódios históricos,

nomeados a partir da raça, da etnia ou da origem: “O primeiro procedimento a destacar, ainda uma vez, o caráter pseudocientífico do termo ‘raça’, mesmo porque seu sentido é diverso de lugar para lugar e suas determinações de cunho biológico têm efeito apenas relativo e estatístico. Não há, portanto, como imputar à natureza o que é da ordem da cultura: a humanidade é una, as culturas é que são plurais” (p. 81).

A antropóloga citada pelo impetrante, portanto, entende que a prática do racismo provém inequivocamente das teorias que reinventam a desigualdade através do conceito pseudocientífico de raças e, desse modo, contestam os princípios da igualdade e da não discriminação. Esses são os pontos de partida do processo de especificação que levou, como foi exposto, ao art. 5º, LXII, da Constituição de 1988. Ao tema alegado pelo impetrante, de que o racismo no Brasil se voltou apenas contra o negro, retornarei mais adiante neste parecer, para mostrar que se trata de uma apreciação incompleta da nossa História. O que importa realçar neste momento é que nem a UNESCO nem a literatura antropológica, tal como falaciosamente argumentado no HC 82424-2, permitem concluir que o crime praticado por Siegfried Ellwanger não é o da prática do racismo e enquanto tal imprescritível de acordo com o Direito brasileiro.

12 - As implicações de reduzir o crime da prática do racismo ao conceito de raça são graves e vão muito além do objeto do HC 82424-2, ora em exame pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplifico.

Acompanhei de perto em função das minhas responsabilidades na época, como Ministro das Relações Exteriores, a Conferência da ONU de Durban em 2001 contra o racismo, muito consciente dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais que me cabia seguir – no caso o art. 4º, II e VIII (prevalência dos direitos humanos e repúdio ao racismo). Estes foram o ponto de partida das instruções dadas à delegação brasileira. O Embaixador J. A.

Lindgren Alves, que integrou a nossa delegação e é membro do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial da ONU, relata um caso paradigmático do risco acima apontado, ocorrido na Conferência.

Em Durban, a Índia não aceitava que se incluíssem os párias entre as vítimas do racismo, alegando que as castas não decorrem da raça, alegação que a Conferência evidentemente não acolheu. Lindgren Alves, que, além de suas funções diplomáticas, é um *scholar* no campo dos Direitos Humanos, extrai as conseqüências desse tipo de alegação.

Observa ele 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 atribuímos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal”. Destarte, a legítima não aceitação da noção de raça, que a Declaração da UNESCO de 1978 afirma, como foi visto, pode arrastar a um absurdo na condenação e repressão da prática do racismo. “Por uma questão de lógica”, aponta Lindgren Alves comentando o que ocorreu em Durban, “a inexistência de raças poderia representar inexistência de racismo, justificando uma inação, que ninguém ousaria, na Conferência, suscitar como posição” (J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, nº 2, 2002, pp. 206 e 208).

O argumento de Lindgren Alves é um argumento, *contrario sensu*, válido para o Direito Penal no qual o argumento *per analogiam* é vedado. Tem um estatuto axiológico que depende de uma avaliação pelo intérprete, conforme um juízo de valor. No caso em questão – o HC 182424-2 –, o valor positivado é a exigência constitucional de reprimir penalmente a prática do racismo (sobre o argumento *contrario sensu*, cf. Tércio

Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pp. 337-339). O argumento *contrario sensu* é, assim, aplicável na exegese do art. 5º, LXII, da Constituição, e do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90. Com efeito, na inexistência de raça – o que o seqüenciamento do genoma humano confirma do ponto de vista biológico –, interpretar a prática do racismo, a partir da raça, conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988 e a correspondente legislação infraconstitucional. Significa, em poucas palavras, em lugar do que recomenda Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, ou seja, favorecer sempre, em todo caso, da melhor forma possível o conteúdo do Direito, fazer exatamente o inverso, isto é, contribuir para o seu progressivo esvaziamento e, no seu limite, para o próprio desaparecimento do bem tutelado pelo Direito brasileiro. Em outras palavras, a conseqüência, numa situação-limite, é converter o crime da prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto (sobre o crime impossível, cf. Miguel Reale Jr., *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 305-311).

Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma “raça”. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus,

como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo. É essa prática que o Direito brasileiro condena e reprime e foi por essas bem fundamentadas razões que Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que o Superior Tribunal de Justiça não acolheu o pedido de HC. Aceitar os argumentos do impetrante – que, além de falaciosos, são incompletos, inclusive na perspectiva da UNESCO e de autores que trouxe à colação no seu arrazoado – significa, resalto uma vez mais, reduzir o conteúdo jurídico da Constituição e da lei, o que não é aceitável na interpretação dos direitos e garantias individuais. Significa, também, no limite, por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal, o risco de esvaziar o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro. É à confirmação desta quarta e decisiva conclusão, a partir de outros ângulos, que me dedicarei na seqüência deste parecer.

V – Os argumentos apresentados no HC 82424-2 e os ensinamentos de decisões da Suprema Corte dos EUA e da House of Lords da Inglaterra

13 - Numa matéria com a relevância desta que está sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a qual versa este parecer, é sempre útil testar a linha de raciocínio que vem sendo desenvolvido, mediante referências a casos decididos por Tribunais Superiores de outros países, que têm relevantes pontos de contato com as questões suscitadas pelo HC 82424-2. Vou, assim, tomar a iniciativa de apresentar um caso decidido pela Suprema Corte dos EUA e a seguir outro, pela Câmara dos Lordes da Inglaterra.

14 - O caso examinado pela Suprema Corte dos EUA e decidido em 18 de maio de 1987, em voto formulado pelo “Justice”

White, respaldado pela unanimidade da Corte, é particularmente interessante. Tratava-se da sinagoga da Congregação Shaare Tefila em Silver Spring, Maryland, que tinha sido grafitada com tinta vermelha e preta e com grandes slogans anti-semitas, frases e símbolos. A Congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis, invocando a legislação norte-americana de 1982, voltada para o combate à discriminação racial. Os acusados se defenderam, alegando, à maneira do impetrante, que não sendo os judeus um grupo racial distinto, não estavam cobertos pela tutela prevista pela legislação norte-americana de 1982. Os argumentos dos acusados foram acolhidos na primeira e na segunda instância e revertidos na decisão da Suprema Corte de 18 de maio de 1987. O fundamento da decisão foi claro: apesar de os judeus serem, na data da decisão da Corte, parte do que é tido como a raça caucasiana, estavam tutelados pela legislação norte-americana de 1982. Esta visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características típicas. Afirmava a Corte, com base na história legislativa da lei de 1982, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas. Por isso estavam por ela protegidos. Concluiu assim a decisão: *“Jews are not foreclosed from stating a cause of action against other members of what today is considered to be part of the caucasian race. The judgement of the Court of Appeals is therefore reversed and the case is remanded for other proceedings consistent with this opinion”*.

A ementa do acórdão, *Shaare Tefila Congregation v. Cobb, U.S 615 (1987)* é a seguinte:

“After their synagogue was painted with anti-Semitic slogans, phrases, and symbols, petitioners brought suit in Federal District Court, alleging that the desecration by respondents violated 42 U.S.C. 1982. The District Court dismissed petitioners’ claims, and the Court of Appeals affirmed, holding that discrimination against Jews is not racial discrimination under 1982.

Held

1. *A charge of racial discrimination within the meaning of 1982 cannot be made out by alleging only that the defendants were motivated by racial animus. It is also necessary to allege that animus was directed toward the kind of group that Congress intended to protect when it passed the statute. P. 617.*

2. *Jews can state a 1982 claim of racial discrimination since they are among the peoples considered to be distinct races and hence within the protection of the statute at the time it was passed. They are not foreclosed from stating a cause of action against other members of what today is considered to be part of the Caucasian race. Saint Francis College v. Al-Khazraji, ante p. 604. Pp. 617-618. The judgement of the Court of Appeals is therefore reversed and remanded for further proceedings consistent with this opinion”*. (O texto se encontra em [http:// laws.lp.findlaw.com/getcase./US481/615.html](http://laws.lp.findlaw.com/getcase./US481/615.html)).

Conforme se verifica, com as peculiaridades próprias do direito norte-americano e do seu sistema judiciário, a decisão da Suprema Corte dos EUA procurou dar – e deu – o maior e não o menor conteúdo jurídico ao valor tutelado – a dignidade da pessoa humana e a repressão à prática do racismo, positivada pela legislação voltada para o combate à discriminação racial. Conferiu ao termo “raça” uma interpretação condescendente com a intenção do legislador.

15 - O caso decidido pela Câmara dos Lordes, em 1983 – *Mandla and another vs Dowell Lee and another* – dirimia, em última instância, o tema da discriminação na escola de um jovem *sikh* à luz do *Racial Relations Act* de 1976. Entendia o pai do jovem, que moveu a ação contra o responsável da Escola, que a proibição de seu filho usar o tradicional turbante, por motivos religiosos, era discriminatória nos termos da lei inglesa de 1976.

A Câmara dos Lordes decidiu que se tratava de um caso de discriminação e examinou longamente o tema de inclusão ou não dos *sikhs* como um “grupo racial”. No seu voto, equivalente, no sistema inglês, ao voto do relator, Lord Fraser of Tullybelton

relata o argumento da defesa. Esta alegou, de forma semelhante ao impetrante – ainda que no caso com outra e muito mais aceitável motivação, pois o responsável pela Escola almejava, com a proibição do uso do turbante, a minimização das distinções religiosas –, que o significado relevante de “étnico” na Lei de 1976 não era aplicável aos *sikhs* “because they were essentially a religious group, and they share their racial characteristics with other religious groups, including Hindus and Muslims living in the Punjab”. A esta alegação, Lord Fraser of Tullybelton contestou, nos seguintes termos: “I recognize that ‘ethnic’ conveys a flavour of race but it cannot, in my opinion, have been used in the 1976 Act in a strict racial or biological sense. For one thing it would be absurd to suppose that Parliament can have intended that membership of a particular racial group should depend on scientific proof that a person possessed the relevant distinctive biological characteristics (assuming that such characteristics exist). The practical difficulties of such proof would be prohibitive, and it is clear that Parliament must have used the word in some more popular sense. For another thing, the briefest glance at the evidence in this case is enough to show that, within the human race, there are very few, if any, distinctions which are scientifically recognised as racial”.

Na discussão do assunto, o juiz inglês, depois de várias considerações sobre critérios de inclusão na legislação de 1976, afirma que a palavra “étnico” “should be construed relatively widely, in what was referred to by counsel for the appellants as a broad, cultural/historic sense”.

Para os propósitos deste parecer, não é o caso de indicar todos os elementos que fundamentaram a decisão de Lord Fraser of Tullybelton, endossado pelos demais integrantes da turma do Tribunal que decidiu o feito. O que importa realçar é esta sua conclusão: “Sikhs are a group defined by a reference to ethnic origins for the purpose of the 1976 Act, although they are not distinguishable from the other peoples living in the Punjab”. Por esse motivo, como ele a seguir explicita com ou-

tras considerações, a proibição do uso do turbante pelo jovem na Escola era discriminatória nos termos do Race Relations Act (o texto é encontrado em http://www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm).

Como se vê, a Câmara dos Lordes, ao tratar do problema da discriminação racial, atribuiu ao termo raça sua dimensão histórico-cultural, da qual provêm as práticas discriminatórias, dela explicitamente excluindo sua dimensão biológico-científica. Neste sentido, a decisão respalda os argumentos deste parecer, de que não é na raça – pois só existe uma raça humana –, mas nas práticas discriminatórias do racismo, que são histórico-político-culturais, que reside o caminho para a correta interpretação e aplicação do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 e a sua correspondente legislação infraconstitucional.

Em síntese, e esta é a quinta conclusão deste parecer, os dois casos decididos, respectivamente, pela Suprema Corte dos EUA e pela House of Lords da Inglaterra, em matéria de prática de racismo, em função da interpretação dada a “raça”, corroem as alegações do HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger. Não permitem dar curso ao argumento da prescritibilidade de seu crime. São, assim, indicações jurisprudenciais do Direito Comparado que atestam, com base no direito norte-americano e no direito inglês, a lógica da razoabilidade da quarta conclusão deste parecer.

VI – Da raça ao racismo

16 – Qual é a origem da palavra raça, dos conceitos de raça, que acabaram levando à prática do racismo que o Direito brasileiro condena e repudia? No verbete raça, José Pedro Machado, no seu *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 2º volume (Lisboa, Editorial Confluência, 1959), diz que a palavra provém do italiano *razza*, de origem obscura, pois as diversas hipóteses apresentadas não parecem convincentes, segundo Antenor Nascentes (cf. Antenor Nascentes,

verbeta raça no seu *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, 1955). O caráter obscuro da origem de *race*, em inglês, *raça*, em português, *raza*, em espanhol, *razza*, em italiano, é também afirmado por Walter W. Skeet no verbete correspondente do seu *An Etymological Dictionary of the English Language* (Oxford, At the Clarendon Press, 1978). J. Corominas, no seu reputado *Dicionário Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, no verbete correspondente, que está no vol. III (Madrid, Gredos, 1954), considera provável que a origem da palavra provenha do latim, *ratio, rationis*, na acepção de índole, modalidade, espécie. Registra que, quando se incorporou no castelhano o estrangeirismo da raça no sentido biológico, a palavra se contaminou de um sentido pejorativo, tanto mais que sua aplicação a mouros e judeus a isso se prestava.

Na edição de 1823 do famoso *Dicionário da Língua Portuguesa*, de Antonio de Moraes e Silva, define-se raça como casta: cão, cavalo de boa ou de má raça, e registra-se que ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. No verbete raça, da edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, de autoria de Clara Queiroz, esta, comentando o Dicionário de Moraes, nota que não há menção às populações do império colonial português na definição do étimo raça. Explica essa ausência porque o Dicionário recompila os étimos impressos até 1823 e pondera que a referência apenas a mouros e judeus se explicaria porque eram em Portugal o *outro - próximo*, que estavam na origem de conflitos de várias ordens, inclusive os psicológicos. Já as populações colonizadas não foram referidas porque seriam, na época, o *outro - coisificado*, objeto natural de exploração (cf. *Enciclopédia Einaudi*, vol. 19 - *Organismo-Hereditariedade*, Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1991, pp. 384, 350-351).

A dimensão conflitiva, de natureza psicológica, apontada por Clara Queiroz em relação ao *outro próximo* se reflete no seguinte provérbio português: “Judeu e porco, algarvio e mouro, são quatro nações e oito cana-

lhas” (cf. Antônio Moreira, *Provérbios Portugueses*, Lisboa, Editorial Notícias, 1966, p. 136).

Antonio Geraldo da Cunha, no verbete raça do seu *Dicionário Etimológico - Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, 2ª ed. (Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986), abona a origem italiana - *razza*, de raça em português, à maneira de José Pedro Machado, e, na linha de Corominas, faz a derivação do latim - *ratio, rationis*.

Conforme se verifica, há componentes aqui obscuros na origem da palavra, como obscuras têm sido as conseqüências de seu uso. Além do mais, tanto em português quanto em espanhol, o vocábulo raça comporta, por razões históricas (a reconquista da península Ibérica, a Inquisição), uma dimensão pejorativo-discriminatória em relação a mouros e judeus que aponta para o tema da prática do racismo. Em todo caso, se a palavra raça deriva do latim *ratio, rationis*, qual é a *ratio* de classificação da espécie humana em raças?

17 - A classificação dos seres humanos em raças tem sua inspiração em Lineu, que no século XVIII estabeleceu um sistema de classificação de plantas e de animais. Assim “*canis familiaris*” (cão) e “*canis lupus*” (lobo) são duas espécies do gênero “*canis*”. Para Lineu, o estudo dos seres vivos consistia na taxonomia e a espécie humana - o *homo sapiens* - dividia-se em seis raças, de acordo com um critério preponderantemente geográfico: européia, ameríndia, asiática, africana, selvagem e monstruosa (esta constituída por indivíduos com malformações físicas).

No século XIX, com Darwin, a concepção fixa das espécies de Lineu é posta em questão. O tempo, com o evolucionismo, revoluciona o sistema classificatório, pois passou-se a admitir que as espécies não eram permanentes. Podiam mudar com o andar do tempo.

O interesse na taxonomia e o evolucionismo renovaram, no século XIX, a preocupação classificatória dos seres humanos em

raças e, à maneira da ciência da antigüidade – por exemplo o sistema de Ptolomeo –, a diferença específica entre as raças acabou sendo formulada a partir do que se via, como esclarece Eliane Azevedo. Os múltiplos critérios de classificação estavam ligados à aparência física (cor da pele, textura dos cabelos, forma da cabeça, etc.), cabendo mencionar que, sem dúvida, como indica Clara Queiroz, a distinção inicial coincidia com as cores da pele, predominantes nos grandes continentes terrestres. Isto, como hoje se sabe, deve-se fundamentalmente à distribuição e concentração diferencial do pigmento melanina, que não tem maior significado no plano biológico, ou seja, no da estrutura genética (cf. Eliane Azevedo, *Raça - Conceito e Preconceito*, 2ª ed., São Paulo, Ática, 1990, pp. 16-22; Clara Queiroz, verbete Raça, na edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, cit., pp. 335-337, 342-344).

A multiplicidade, a variedade e a não coincidência dos critérios fizeram do conceito de raça um conceito impreciso – tendencialmente obscuro como aponta a etimologia da palavra. Isso não impediu que a sociologia do darwinismo social servisse de caldo de cultura para teorias racistas, que justificavam a desigualdade com base nas diferenças entre as raças, numa dinâmica contrária ao processo de generalização dos direitos humanos, já examinado neste parecer.

Entre os grandes teóricos racistas, destacam-se Arthur de Gobineau (1816-1882), que fez a distinção entre a raça semita e a ariana, atribuindo a esta última uma superioridade física, moral e cultural. Gobineau esteve no Brasil como representante diplomático francês e comentou, na linha de sua visão racista: “Trata-se de uma população totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia”, e complementa: “Nenhum brasileiro é de sangue puro; as combinações dos casamentos entre brancos, indígenas e negros multiplicaram-se a tal ponto que os matizes de carnção são inúmeros, e tudo isso produziu, nas classes baixas e nas altas, uma degenerescência

do mais triste aspecto” (cf. Georges Raeders, *O Conde Gobineau no Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 39).

Tocqueville, que conhecia bem Gobineau, pois este foi seu chefe-de-gabinete quando de sua passagem como Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, a ele escreveu o seguinte, a propósito de suas teorias racistas: “elas são provavelmente erradas e certamente perniciosas”. Essa passagem de Tocqueville, escrita em 1853, numa época em que o pensamento racista ainda não tinha adquirido maior peso na história das idéias, é citada por Hannah Arendt ao examinar o Imperialismo, no capítulo em que trata do pensamento racial antes da prática do racismo, no admirável *Origens do Totalitarismo*. Certamente a passagem confirma a indiscutível capacidade de antevisão de Tocqueville, como adiante se realçará neste parecer, pois como diz Hannah Arendt: “Historicamente falando, os racistas, embora assumissem posições aparentemente ultranacionalistas, foram os piores patriotas que os representantes de todas as outras ideologias internacionais; foram os únicos que negaram o princípio sobre o qual se constroem as organizações nacionais de povos – o princípio da igualdade e solidariedade de todos os povos, garantidos pela idéia de humanidade” (cf. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo - Anti-Semitismo - Imperialismo - Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, pp. 188-189; 191).

As idéias de Gobineau foram retomadas por Houston Chamberlain (1855-1927), ardoroso defensor da superioridade germânica e do pensamento racista (cf. Eliane Azevedo, *Raça, Conceito e Preconceito*, cit. p. 25; Maria Luiza Tucci Carneiro, *O Racismo na História do Brasil*, 8ª ed., São Paulo, Ática, 2002, p. 22).

A prática do racismo baseia-se, assim, no pressuposto da existência de raças humanas e no conseqüente estabelecimento de sua hierarquização. Por esse motivo, o argumento teórico privilegiado das teorias

racistas e de suas conseqüências sociais reside, como realça Clara Queiroz, no que entendiam ser a incontestabilidade das ciências biológicas (Clara Queiroz, verbete Raça, na edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, cit. p. 349).

As teorias racistas fizeram parte do processo de autolegitimação da expansão colonial européia e da ausência de freios e limites ao imperialismo. Um dos frutos disso foi o racismo institucionalizado do “apartheid” na África do Sul, em proveito da minoria branca, que foi um dos grandes temas da agenda internacional dos direitos humanos da ONU.

Outra terrível conseqüência foi o racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista, que afirmava não só a superioridade da raça germânico-ariana, mas o imperativo da luta contra as raças inferiores, entre as quais inseriam não só os judeus como também os ciganos e os eslavos. Essa luta, para recorrer a Carl Schmitt, que disso entendia, não tinha apenas a dimensão dos *privata odia*, voltada contra *inimicos*, mas era sobretudo uma guerra pública dirigida contra as raças inferiores, identificadas como *hostes* (cf. Carl Schmitt, *La notion de politique - theorie de partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 69 e 200). Daí o alcance avassalador dos *ódios públicos* do racismo nazista, que levou aos campos de concentração, ao Holocausto e ao ineditismo, na História da Humanidade, do crime de genocídio, que estão na base da grande reflexão de Hannah Arendt sobre o totalitarismo no século XX e do grande tema do “direito a ter direitos” como ponto de partida da reconstrução dos direitos humanos (cf. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, cit.; Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit.). Foram esses fatos que levaram, no pós-Segunda Guerra Mundial, à inclusão ampla da agenda dos direitos humanos no plano internacional, como adiante se examinará neste parecer.

18 - 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 começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. As diferenças genéticas individuais entre duas pessoas brancas são maiores que a diferença genética média entre brancos e negros e não custa lembrar que a integridade genética da espécie humana, como unidade, é comprovada na reprodução entre pessoas de “raças” diferentes, gerando descendentes normais e férteis. Aliás, a mescla da qual resulta a identidade do Brasil, como aponta Eliane Azevedo, é disso uma comprovação (cf. Eliane Azevedo, *Raça - Conceito e Preconceito*, cit. pp. 15-16, 40).

A capacidade de desvendar o genoma humano – que é uma revolução copernicana da biologia – permite dizer que conhecer uma espécie reduz-se a conhecer o seu genoma completo (cf. Monica Teixeira, *O Projeto Genoma Humano*, 2ª ed., São Paulo, Publifolha, 2001, p.67) 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 têm maior relação com a sua procedência geográfica ou étnica. No estudo da variabilidade genética humana, verifica-se que de 90 a 95% dela ocorre dentro dos chamados “grupos raciais”, não entre eles (Sérgio Danilo Pena, Os múltiplos significados da palavra raça, *Folha de S. Paulo*, 21/12/2002, p. 3). Em síntese, como diz Sérgio Danilo Pena: “há apenas uma raça do *homo sapiens*: a raça humana” (cf. Sérgio Danilo Pena, Lição de vida do genoma humano, *Folha de S. Paulo*, 23/1/2001, p. 3). Assim está correto, no plano da biologia, o que diz o art. 1 - 1 da Declaração da UNESCO e evidentemente todos os textos das inúmeras Declarações de Direitos que partem do princípio da igualdade dos seres humanos e afirmam o princípio da não-discriminação. Da mesma maneira confirma-se, no plano do conhecimento, a verdade revelada no Velho Testamento sobre a unidade do gênero humano, ponto de partida inicial

deste parecer sobre o processo de afirmação do valor da dignidade da pessoa humana.

Se o racismo não pode ser justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social. É esse fenômeno social, e não a “raça”, o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional. Esta é a sexta conclusão deste parecer, voltada para reiterar, como foi dito na quarta conclusão, que o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo tem o seu núcleo nas teorias e ideologias e na sua divulgação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma “raça” inferior. É precisamente porque a prática do racismo começa pelo que está na cabeça das pessoas que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça sancionaram, com base no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, a conduta de Siegfried Ellwanger como crime imprescritível. É praticar, induzir e incitar o racismo a publicação de qualquer natureza que promova a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnias ou procedência nacional. Cabe destacar que a evolução legislativa em nosso país confirma esse entendimento. É isso que destacou o Ministério Público, no parecer já discutido do subprocurador Cláudio Lemos Fonteles, quando este mencionou que a Lei 9.458/97, através do novo § 2º do art. 20 acima citado, fez do *meio* – os meios de comunicação social de qualquer natureza, utilizados para promover a discriminação e o preconceito – uma *forma qualificada*, com pena autônoma, do crime da prática do racismo. A essa observação do Ministério Público, e para precisar que a divulgação do nazismo é prática do racismo também com pena autônoma, acrescento o que determina o novo parágrafo 1º do art. 20, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97:

“Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos,

distintivos ou propaganda que utilizam a cruz suástica ou gamada, para fins e divulgação do nazismo.

Pena: Reclusão de dois a cinco anos e multa.”

VII – A prática do racismo e o seu impacto no Direito Internacional da Pessoa Humana – a contribuição do Direito Internacional Público para a exegese do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988

19 - Norberto Bobbio, num, como sempre, límpido texto sobre o racismo, observa que ele não se dirige tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter múltiplos sentimentos negativos, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo. Registra que a mais persistente forma de racismo conhecida pelos povos europeus é o anti-semitismo.

Esclarece, também, Bobbio que os postulados do racismo como visão do mundo, que independe da fundamentação científica, como foi visto, são três: (i) a humanidade está dividida em raças, cuja diversidade é dada por características biológicas e psicológicas. Estas têm elementos culturais que derivam, porém, das características biológicas, cuja natureza é invariável e se transmite hereditariamente; (ii) não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores; e (iii) não só existem raças, e estas se dividem entre superiores e inferiores, como também as superiores têm o direito de dominar as inferiores (cf. Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Moraes*, São Paulo, UNESP, 2002, p. 123, 127, 128).

Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. São todas caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias. Os princípios gerais da igualdade e da não discriminação, que têm destinatários

rios genéricos, e o processo de especificação, que cuida do ser humano em situação, que em conjunto tutelam os direitos humanos, no Brasil e no mundo, são assim diretamente afetados.

À discriminação pode somar-se uma intensidade superior de violência à dignidade da pessoa humana, que é a segregação. Esta consiste, como diz Bobbio, “em impedir a mistura dos diversos entre os iguais”. Pode expressar-se através de obstáculos jurídicos à miscigenação e pela colocação da “raça inferior” pela “raça superior” num espaço separado. 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 – é o que fazem os *skinheads* – e chega ao extermínio premeditado e de massa. O extermínio premeditado de massa tem nas câmaras de gás dos campos de concentração da Alemanha nazista a sua terrível exemplificação, pois foi o meio técnico por excelência do Holocausto como crime de genocídio. O paradigma deste último grau na escala da violência é o “Estado racial” no qual se transformou a Alemanha nazista de Hitler. A Alemanha de Hitler, realça 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 física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes” (Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*, cit. pp. 128-129, pp.125-126).

20 - A Carta da ONU foi um direito novo, que resultou da Segunda Guerra Mundial. Na sua elaboração normativa, teve peso o ineditismo da experiência totalitária da Alemanha nazista, que patrocinou, inspirada pela sua ideologia racista, os campos de con-

centração e o Holocausto. Representou uma resposta política e jurídica ao que foi percebido como uma escala sem precedentes do mal.

O mal, como ensina Bobbio, tem duas dimensões analíticas, relevantes para a matéria deste parecer. O mal ativo, associado à vontade de poder, à prepotência e ao ilimitado exercício da violência por parte dos governantes, e o mal passivo, que se refere à perspectiva das vítimas, que sofrem uma pena sem culpa. O mal ativo é o mal infligido. O mal passivo é o mal sofrido. Na Bíblia, lembra Bobbio, Caim e Jó são duas figuras paradigmáticas desses dois rostos do mal (Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Ensaios Morais*, cit., p. 182).

A Carta da ONU levou em conta nos seus dispositivos o que foi, na guerra e no pré-guerra, tanto o mal ativo da discricionariedade das soberanias quanto o sofrido mal passivo das vítimas. Neste contexto os direitos humanos surgem para tornar presente, na agenda internacional, não apenas a perspectiva *ex parte principis* a ser regida por normas delimitadoras de arbítrios, mas também a perspectiva *ex parte populi*, voltada para evitar as penas sem culpa.

A Carta da ONU refere-se aos Direitos Humanos no seu preâmbulo, nos arts. 1 - 3; 13, 1 b; 55 c; 56; 62 - 2; 64; 68; 73; 76 c. Esta multiplicidade de referências contrasta com o bem mais modesto art. 23 do Pacto da Liga das Nações e com as delimitadas atividades da antecessora da ONU nesse campo. Com efeito, o Direito Internacional da Pessoa Humana, pré-Carta da ONU, viu-se circunscrito ao que estava na agenda das relações internacionais, que era uma agenda distinta daquela vivida no plano interno. Daí, por exemplo: o início da elaboração, no século XIX, do Direito Humanitário – que se ocupa das vítimas de conflitos armados e da regulamentação dos meios e métodos de combate; ou então, no período da Liga, o tratamento de minorias e refugiados. Esse foi um grave problema que surgiu como consequência do desmembramento, no pós-Pri-

meira Guerra Mundial, dos grandes impérios multinacionais – o austro-húngaro, o russo, o otomano – e da imprevista dissociação entre os direitos do homem e os direitos dos povos. Ainda cabe mencionar o tema do criminoso tráfico transnacional de mulheres e crianças. O novo, instigado pela Carta da ONU, foi fazer dos direitos humanos no plano internacional não um tema circunscrito, mas um tema global.

A conversão dos direitos humanos num tema global e não circunscrito resultou, como diria Miguel Reale, de uma política do Direito e esta foi axiologicamente sensível ao horror *erga omnes* do mal da descartabilidade do ser humano, produto do ineditismo da violência do racismo nazista (cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit., *Desafios: Ética e Política*, São Paulo, Siciliano, 1995, pp. 201-243; *Comércio, Desarmamento e Direitos Humanos - reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, pp. 141-200; Reflexões sobre o historicismo axiológico de Miguel Reale e os direitos humanos no plano internacional, in *O Pensamento de Miguel Reale, Actas do IV Colóquio Tobias Barreto*, Viana do Castelo, Câmara Municipal, 1988, pp. 167-174; Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*; 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 379-382).

A abrangente positivação dos direitos humanos como um tema global da vida internacional, fruto dessa política do Direito, tem como marco inicial a Declaração Universal de 1948, já mencionada neste parecer. Ela se desdobrou nos dois grandes pactos de 1966: o dos Direitos Cívicos e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os dois grandes Pactos se inserem no processo histórico de positivação internacional dos direitos humanos na etapa do processo de generalização. Essa etapa se viu acompanhada e desdobrada pelo processo de especificação, que vou a seguir examinar, no que diz respeito à prática do racismo.

21 - O Brasil participou, no plano internacional, do processo de especificação, voltado para afirmar o princípio da igualdade e da não discriminação, dos seres humanos em situação afetada pela prática do racismo. Evoco, a título de ilustração, pela clareza do enunciado e também pela satisfação de trazer à colação uma tradição familiar na matéria, o discurso do Chanceler Horácio Lafer na abertura dos trabalhos da Assembléia Geral da ONU em 22 de setembro de 1960:

“O Governo brasileiro subscreveu este ano, juntamente com vários outros países, o pedido de inclusão na Agenda desta Sessão da Assembléia Geral de item referente à discriminação racial. Tem o Brasil sempre apoiado todas as recomendações que tramitaram nas Nações Unidas contra as políticas de segregação, baseadas em distinções de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização. O Brasil submeteu um projeto de resolução ao Conselho da Organização dos Estados Americanos para expressar o repúdio a toda e qualquer forma de distinção e segregação racial, projeto que contou com a votação unânime dos países americanos. Neste sentido, quero lembrar que o Brasil assinou e ratificou a convenção internacional contra o genocídio aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente” (O discurso está reproduzido in *A Palavra do Brasil nas Nações Unidas - 1946-1995*, org. e apresentação de Luiz Felipe de Seixas Corrêa, Brasília, FUNAG, 1995, e o texto citado está na p. 134).

A referência do Ministro Horácio Lafer à Convenção Internacional sobre Prevenção e Punição do crime de Genocídio é muito pertinente para a matéria deste parecer em função dos fatos históricos que levaram à tipificação deste crime, como um crime internacional, seja em tempo de paz, seja em

tempo de guerra. Com efeito, a elaboração normativa do Direito Internacional sobre o crime de genocídio teve a sua base no mal ativo e passivo que levou ao Holocausto patrocinado pelo Estado racial em que se converteu a Alemanha nazista de Hitler, voltada para destruir, para valer-me da formulação do *caput* do art. II da Convenção, “no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

É importante realçar, como faz Fabio Konder Comparato, que a Convenção de 1948 traz uma novidade importante sob o aspecto penal. É a punição dos atos de “incitação direta e pública a cometer o genocídio” (art. III, c). Lembra Comparato que estavam na mente dos elaboradores da Convenção os livros e panfletos nazistas e registra que a idéia foi posteriormente acolhida e desenvolvida no art. 4 da Convenção Internacional de 1965, para a eliminação de todas as formas de discriminação racial (cf. Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo Saraiva, 2003, p. 243).

Ao art. 4 da Convenção de 1965 voltarei mais adiante, mas neste momento quero realçar que tanto este artigo quanto o Direito brasileiro, nos termos do art. 20 (Lei 8.081/90), na esteira aberta pelo art. III, c, da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, integram na estrutura do delito da prática do racismo (art. 5º, XLII, da Constituição de 1988) a sua propaganda e incitação, pois estas, no limite, podem levar ao genocídio. Esse foi o caso do racismo ideológico nazista. (A Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em nosso País, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. A Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, define e pune o crime de genocídio. Tratei do genocídio como crime contra a humanidade em *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit. cap. VI, pp. 167-186).

22 - A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, elaborada no âmbito da ONU, consolida na *hard-law* de um tratado multilateral, como é da natureza do processo legislativo internacional, a *soft-law*, *inter-alia*, da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, proclamada pela Assembléia Geral na Resolução 1.904 de 20 de novembro de 1963.

A Convenção, que resultou basicamente do trabalho da Assembléia Geral, foi instigada pela memória das atrocidades das práticas raciais do nazismo, nos anos 30 e 40, particularmente as anti-semitas, e pelo desenvolvimento da segregação racial institucionalizada – o *apartheid* – na África do Sul (cf. Introdução de Boutros Boutros-Ghali, então Secretário-Geral da ONU à publicação *The United Nations and Human Rights - 1945-1995*, N. York, The United Nations Blue Books Series, vol. VII, 1995, p. 33; José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, FTD, 1997, pp. 88-89). O seu objetivo foi o da definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões.

O Brasil assinou a Convenção em 7 de março de 1966 e a ratificou, sem reservas, em 27 de março de 1968. O Decreto de promulgação é o de nº 65.810 de 8/XII/69. A Convenção entrou em vigor no âmbito internacional a 4 de janeiro de 1969, tendo sua vigência em relação ao nosso país se iniciada trinta dias depois.

O Brasil participou dos *travaux préparatoires* da Convenção, como de resto tinha anteriormente participado das atividades de elaboração normativa do direito internacional da pessoa humana (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, cit., pp. 23-38).

Nas discussões, a delegação brasileira co-patrocinou com os EUA uma emenda (A/C. 3, L1211) com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo. A emenda não prospere-

rou e a única referência específica, afinal contemplada pela Convenção, é a da condenação do *apartheid* (art. 3). Isso se compreende, pois na época, e muito pertinentemente, a condenação do regime então racista da África do Sul estava, e com grande relevo, na ordem do dia da agenda internacional do combate ao racismo. É interessante, no entanto, para os propósitos deste parecer, reproduzir o que disse a delegação do Brasil, que inequivocamente afirmou, na defesa da emenda apresentada, o anti-semitismo como uma forma de discriminação racial.

“Mr. DAYRELL DE LIMA (Brazil), referring to observations which had been made concerning Brazil’s co-sponsorship of the amendment in document A/C.3/L.1211, observed that his delegation had had no chance either to explain its reasons for co-sponsoring the amendment, discussion of which had been precluded even before the amendment had been introduced or to express its views before the vote of the Greek-Hungarian draft resolution.

39. He did not agree with those who had said that the draft amendment was inopportune. Everyone agreed that anti-Semitism was one of the most brutal forms of race prejudice ever known in the developed countries and had been the source of nazism, which directly or indirectly, had caused the deaths of millions of human beings. Moreover, that phenomenon did not disappear with economic and social advancement as recent history had showed. The United Nations itself had been established as a result of the holocaust that had been caused by anti-Semitism and nazism. How could the Committee fail to mention that fact? His delegation had had no ulterior political motive in sponsoring the amendment, was not acting under the pressure of any racial minority or outside force and did not wish to intervene in any political drama being played out anywhere on earth. But Brazil realized that anti-Semitism carried the seeds of war. By what sophistry could the Committee justify a failure to recognize that fact? Moreover, all members of the Committee, even those who had opposed the amendment, were opposed to anti-Semitism.

40. Many representatives had objected to reference in the Convention to any specific forms of racial discrimination: but the draft already included a reference to apartheid.” (cf. A/C.3/SR 1313, Report of the Third Committee, de 21/10/1965, ONU, Official Records of the General Assembly (XX Session, 1965, 1313th Meeting p. 125).

A razão de fundo apresentada na discussão da 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. É este, assim, o art. 1 - 1 da Convenção:

“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 da vida pública.” (O texto está reproduzido in José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 99).

Noto que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, refere-se a “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”, que o art. 1º da Convenção, vigente e aplicável no Brasil, qualifica em bloco de “discriminação racial”. Esse é um elemento adicional na interpretação do Direito brasileiro, a invalidar os argumentos do impetrante.

O art. 4 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, e que partiu da *vis directiva* do art. III, c, da Convenção de 1948 para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, inclui, como já foi mencionado, na estrutura do crime da prática do racismo, o incitamento à discriminação. Reza o art. 4:

“Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se ins-

pirem 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 que pretendem 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 5º da presente Convenção, eles se comprometem principalmente:

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

b - a declarar ilegais e proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar à discriminação racial, e que a encorajar, 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.” (O texto está reproduzido in José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 100).

Este artigo, como lembra Lindgren Alves, foi objeto de discordância como tinha sido o art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que no seu item 2 diz: “Será proibida por Lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (O Pacto foi ratificado pelo Brasil pelo Di-

reito Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592 de 6 de dezembro de 1992). Argüiram os opositores do art. 4º que ele limitaria a liberdade de expressão. O entendimento que prevaleceu foi o de que essa limitação era amplamente justificada pela experiência histórica já discutida neste parecer. Estava juridicamente respaldado, como aponta Lindgren Alves, no espírito e na letra do art. 29 da Declaração Universal, “que condiciona os direitos e liberdades fundamentais de cada um aos deveres para com a comunidade, assim como aos direitos e liberdades dos outros” (José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 91).

Essa mesma linha de raciocínio, sobre a existência de limites à liberdade de expressão, foi a seguida pelo STF na vigência da Constituição de 1946, no recurso extraordinário nº 25848/MG, do qual foi relator o Ministro Ribeiro da Costa. No acórdão de 2/XII/1954, por unanimidade, o STF, a propósito da liberdade de imprensa, afirmou que esta comportava limites lícitos, justificando-se “a interdição de órgão de publicidade quando se demonstra o incitamento à subversão da ordem pública e social ou a *propaganda* de guerra ou de *preconceitos de raça* ou de classe” (grifos meus).

Entendo que esse acórdão de 1954 é perfeitamente compatível com a Constituição de 1988. Com efeito, o art. 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, estipula que a extensão da liberdade está na dependência da lei, vale dizer, como aponta José Afonso da Silva, que “a liberdade não é incompatível com um sistema coativo”. O mesmo jurista, na análise da expressão “em virtude da lei”, confere ao conceito de lei tanto a sua dimensão de legalidade quanto a de legitimidade e, na discussão do *standard* da legitimidade, invoca o art. 3º, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. José Afonso da Silva menciona, explicita-

mente, os incisos I e III do art. 3º, aos quais agregou, para os propósitos da matéria versada neste parecer, o inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit. pp. 235, 420-424). É precisamente o caráter relacional da liberdade que tem um limite no dano que pode produzir à liberdade de outro (cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Estudos de Filosofia do Direito*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 104), quando esta está tutelada pelos objetivos maiores do País, preconizados pelo art. 3º, que me leva a apontar o acerto do comentário de Alexandre de Moraes. Este, ao discutir o acórdão relatado pelo Ministro Ribeiro da Costa no contexto da análise do combate ao racismo, apontou que as liberdades públicas não podem ser utilizadas para acobertar finalidades ilícitas, como a veiculação de propagandas preconceituosas a determinadas raças, etnias, religiões ou procedências nacionais (cf. *Direitos Humanos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp. 227-228). Aponto que, no caso sobre o que versa este parecer, não se trata de censura prévia, mas da responsabilidade penal de quem, como Siegfried Ellwanger, exerceu a sua liberdade com finalidades ilícitas.

Lembro que, no plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José, à semelhança do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e pelos mesmos motivos, 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”. Lembro, igualmente, que por essa Convenção os Estados-partes 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, po-

sição econômica, nascimento de qualquer outra condição social” (art. 1º). Esta Convenção, à qual o Brasil aderiu, estabelece um aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, às quais o Brasil também está vinculado (cf. Decreto nº 678, de 6/11/92; Decreto Legislativo nº 89, dezembro 1998; Decreto nº 4463 de 11/11/2002. Para um preciso relato do aparato de monitoramento do Pacto de São José, cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit. pp. 333-249).

O artigo 4 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 esse objetivo. (Sobre a inclusão da discriminação racial no Direito Penal Internacional, cf. Stefan Glaser, *Droit International Pénal Conventionnel*, Bruxelas, 1970, pp. 130-132 e Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Penal e Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, pp. 157-162). O rigor da tutela penal previsto pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 e da sua correspondente legislação infraconstitucional, nela incluída a imprescritibilidade do crime da prática do racismo, exprime, assim, o cumprimento de uma obrigação internacional do Brasil e a já referida identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, apontada por Antonio Augusto Cançado Trindade (cf. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, cit. p. 635).

A importância que o Brasil atribui a essa Convenção – que reitera a identidade de objetivos entre o direito internacional e o direito público interno – viu-se reforçada pelo reconhecimento de Competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação Raci-

al, 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, criado na Parte II. O Decreto Legislativo nº 57, de 26 de abril de 2002, aprovou o ingresso do Brasil nesse sistema, que se completou com a Declaração do governo brasileiro, feita pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e por mim referendada como Ministro das Relações Exteriores, em 13 de maio de 2002. Em ato normativo interno posterior, atribuiu-se ao Comitê Nacional de Combate à Discriminação (criado pelo Decreto nº 3.952 de 4/8/2001) competência para atuar como instância focal, no Brasil, para receber denúncias com base na faculdade prevista no art. 14 da Convenção.

O anti-semitismo como racismo continua na ordem do dia na visão internacional da agenda voltada para afirmar a Igualdade, Dignidade e Tolerância e nesse processo combater o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e outras formas de intolerância. É o que diz a Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU de dezembro de 1998, já mencionada no item 8 deste parecer, que faz menção específica ao anti-semitismo como parte das formas contemporâneas e não apenas históricas do racismo e da discriminação racial. Sobre a atualidade do tema do anti-semitismo como racismo, cabe igualmente trazer à colação o que está dito na Declaração e no Programa de Ação da Conferência de Durban, que tornou os seus resultados mais positivos do que os das conferências internacionais anteriores sobre racismo.

Com efeito, na parte que trata das vítimas do racismo e da discriminação racial, a Declaração de Durban afirma, no seu item 58: “Recordamos que o Holocausto jamais deverá ser esquecido”. Ora, negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é precisamente uma das atividades a que se dedica Siegfried Ellwanger.

O item 61 da Declaração de Durban diz igualmente: “Reconhecemos com profunda

preocupação o aumento do anti-semitismo e da islamofobia em diversas partes do mundo, assim como o aparecimento de movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe”. Ora, é precisamente a divulgação de idéias discriminatórias contra a comunidade judia, que é parte integrante do crime de prática do racismo, a atividade a que se dedica Siegfried Ellwanger. Aponto, igualmente, sobre a dimensão penal dessa atividade, no plano internacional, que a Declaração e o Programa de Ação de Durban no seu item 86, relembram, que a disseminação de idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (cf. J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos, in loc. cit. p. 211).

Finalmente, acho relevante mencionar, sobre a visão internacional da matéria, o que disse recentemente o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos, Sérgio Vieira de Mello. Sérgio Vieira de Mello – um dos mais respeitados brasileiros exercendo função de alta responsabilidade no sistema da ONU – em seu pronunciamento de 21 de novembro de 2002 no Instituto Internacional de Imprensa em Viena, ao tratar da liberdade de imprensa, disse: “*There is no lack of examples of the media being misused to whip up hatred and fanaticism*”; e logo adiante, no mesmo parágrafo: “*There are international legal obligations a majority of states have accepted that prohibit incitement to racial, religious and ethnic hatred – not least anti-Semitism – and they must be adhered to*” (o texto integral é acessível no website www.unhcr.ch).

23 - Em síntese e encaminhando a sétima conclusão deste parecer, os direitos humanos, como tema global e não circunscrito, na agenda internacional, têm como uma das suas causas o ineditismo do mal trazido pelo estado racial nazista. Este, lastrea-

do na teoria de uma “raça superior”, promoveu ódios públicos e conduziu uma “guerra pública” contra os judeus como uma “raça inferior” a ser exterminada. Daí o Holocausto que se insere, *ex vi* de Convenção internacional à qual o Brasil aderiu, na tipificação de crime de genocídio.

A inclusão dos Direitos Humanos como um tema global levou a uma abrangente política do Direito Internacional Público, da qual resultou a positivação, a generalização e a especificação do Direito Internacional da Pessoa Humana.

No que diz respeito à especificação, no que tange à discriminação racial, o grande tratado, de cuja elaboração o Brasil participou, é a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, vigente no Brasil. A Convenção teve, entre as razões que instigaram a sua redação, a memória das atrocidades das práticas racistas do nazismo, nos anos 30 e 40, particularmente as anti-semitas.

A Convenção, no seu art. I, estabelece que *discriminação racial* significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. No seu art. 4, a Convenção considera que está no âmbito do direito penal e na estrutura da prática do racismo a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais. Neste sentido a Convenção de 1965 incorporou, na sua concepção de delito, o previsto no art. III, c, da Convenção de 1948 para o crime de genocídio.

O Brasil, nos trabalhos preparatórios da Convenção de 1965, co-patrocinou emenda, com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo. O anti-semitismo, como tema atual da agenda internacional voltada para o combate ao racismo e à discriminação racial, tem sido objeto de reconfirmada preocupação nos textos emanados da ONU.

O § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 determina, em matéria de direitos e garantias, a recepção, pelo Direito brasileiro, do que

estipulam os Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte. No caso da Convenção de 1965, sua vigência e aplicação em nosso país antecede a Constituição de 1988 e o seu regime é inteiramente compatível com o texto constitucional e a sua correspondente legislação infraconstitucional. Neste sentido, pode se dizer que a Convenção de 1965 integra o “bloco da constitucionalidade” à maneira do que observa Valério de Oliveira Mazzuoli invocando Bidart Campos. Esta integração da Convenção de 1965 ao “bloco da constitucionalidade” não é problemática, pois não suscita nem o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição, de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais, temas com os quais se preocuparam os Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes e também, no campo doutrinário, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, cit. p. 244; German J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*; Buenos Aires, EDIAR, 1995, pp. 264-267, 399-401; José Carlos Moreira Alves in Ives Gandra da Silva Martins, coord. *Simpósio sobre imunidades tributárias*, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 22-23, 25; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional - O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 178; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 2ª ed. atualizada e reformulada, vol. 1, Saraiva, 1997, p. 85).

O STF, no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, em 23/6/94 (HC 7384), examinado no item 9 deste parecer, realça que, entre os meios à disposição do intérprete para aplicar o Direito no Brasil, estão os atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. É o caso da Convenção de 1965 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Destarte, entendo que o Direito Internacional Público contribuiu para confirmar a quarta conclusão deste parecer. A Convenção de 1965 integra o bloco da constitucionalidade dos direitos e garantias e reforça a interpretação voltada para assegurar a imperatividade da tutela constitucional da condenação da prática do racismo como crime imprescritível. Ela 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 de delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial. A prática do racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de “raças”. O conteúdo jurídico do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional, insere no delito de prática do racismo a divulgação de idéias anti-semitas, cuja publicação constitui o crime imprescritível de Siegfried Ellwanger.

VIII – Amplitude da prática do racismo no Brasil

24 - O impetrante alega que o discurso racista no Brasil foi sempre dirigido contra o negro e, por essa razão, desde a lei Afonso Arinos, o que o Direito brasileiro tutela é a proibição da discriminação pela cor da pele. Assim, o art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e a sua correspondente legislação infraconstitucional – o art. 20 da Lei 7.716/89 com a redação dada pela Lei 8.081/90 – foi elaborado em conformidade com as características do racismo imperante na sociedade brasileira e, como tal, deve ser interpretado e aplicado. Não é isso, no entanto, o que está no texto das normas, nem é esse o único valor nelas positivado, como foi visto no correr deste parecer. Não é esse, igualmente, o critério de interpretação dos direitos humanos, que deve sempre visar o maior, e não

o menor, conteúdo da garantia do direito tutelado, como foi ainda discutido ao longo deste parecer. Mas também não é isso o que revela a História do Brasil.

25 - Com efeito, a História do Brasil se inicia com o que atualmente denominamos práticas racistas e, como estipula o art. 5º, LXII, da Constituição, puni-las obedece à intenção do Constituinte, consignada no Preâmbulo da Constituição de 1988, que afirma, como *vis directiva* da sua interpretação, “os valores supremos de uma sociedade” que hoje se deseja “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

No seu livro, *O Racismo na História do Brasil* (8ª ed., cit.), Maria Luiza Tucci Carneiro mostra que, do século XVI até o século XVIII, essas práticas racistas se davam pela distinção entre os que eram limpos de sangue e os que não eram, uma distinção inspirada pelo Édito de Toledo de 1449. Limpos de sangue eram os que não tinham na família nenhum membro pertencente às raças ditas impuras, cujo sangue manchava. Daí a expressão “raça infecta” que aparece nos documentos coloniais. Eram, no Brasil colônia, considerados de raça impura, os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, que eram qualificados de cristãos-novos, para diferenciá-los dos cristãos-velhos, limpos de sangue. Aos de raça impura eram vedados o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública. Daí a importância dos atestados comprobatórios da “limpeza do sangue” e os esforços de encobrir a presença da “raça infecta” no sangue de figuras de proa no Brasil colonial, como relata o historiador Evaldo Cabral de Mello, no seu importante livro, *O Nome e o Sangue*, (2ª ed., revista, Rio de Janeiro, Topbooks, 2000).

Em relação aos cristãos-novos, o problema da pureza ou impureza do sangue era especialmente ameaçador. Era ameaçador em função da Inquisição estabelecida em Portugal em 1536, que fazia do critério da impureza do sangue um elemento comprobatório de um judaísmo oculto e de uma fé

cristã inautêntica, merecedora das penas inquisitoriais. Essas, com frequência, levavam aos autos-de-fé e à morte das vítimas na fogueira.

O Pe. Antonio Vieira, que foi um grande defensor da “gente de nação” – a denominação dos judeus e cristãos-novos portugueses na época –, a isso faz referência na proposta de 1646 a D. João IV, na qual recomenda a mudança dos estilos do Santo Ofício e do Fisco. Além de tratar da mudança e da moderação dos ministros da Inquisição, propunha Vieira “que todo o homem de nação seja hábil para qualquer ofício, honra ou mercê dos que não requerem exame e limpeza” e “que nos que requerem exame e limpeza, se faça o exame pelo que toca a fé, e não pelo que pertence ao sangue” (o texto se encontra em Pe. Antonio Vieira, *Escritos Históricos e Políticos*, São Paulo, Martins Fontes, 1995, p. 324).

As práticas racistas baseadas no preconceito de pureza do sangue em relação aos judeus e seus descendentes, do ponto de vista jurídico, só foram eliminadas por legislação portuguesa, válida para as colônias, inclusive o Brasil, promulgada pelo Marquês de Pombal entre 1768 e 1774. Nessa legislação, destaca-se a Carta-Lei de 1773, que proibia o emprego das expressões cristão-novo e cristão-velho, ditas ou escritas (cf. Maria Luiza Tucci Carneiro, op. cit. pp. 9-14; cf. também Anita Novinsky, *Cristãos Novos na Bahia*, São Paulo, Perspectiva – EDUSP, 1972).

Um documento importante, que contribuiu para a legislação pombalina, é um juízo do escritor e diplomata Alexandre de Gusmão. Nascido em Santos, muito provavelmente de uma família de cristãos-novos, é ele considerado o avô da diplomacia brasileira, pois foi o principal negociador, pela Coroa Portuguesa, do Tratado de Madri de 1750, celebrado entre Espanha e Portugal, no qual foram consagrados os princípios, entre eles o *uti possidetis*, da delimitação das fronteiras, nas quais se fundamentou, com sucesso, a diplomacia do Brasil Independente.

Na “Genealogia Geral para desvanecer a opinião dos senhores fidalgos portugueses que se dizem puritanos”, que Jaime Cortesão situa em torno de 1747, Alexandre de Gusmão, no dizer do mesmo eminente historiador do Tratado de Madri: “... vingá toda a comunidade dos cristãos-novos e dos suspeitos da raça infecta. Forçando com ironia a lógica ele demonstra por absurdo a inani-dade e o ridículo das pretensões dos puritanos, que todos, ao arrepio das gerações pas-sadas, podiam e deviam ter, em maior ou menor grau, circulando nas veias e maculando sua pureza azul, algumas gotas de sangue hebraico” (Jaime Cortesão, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid- Parte I - tomo II - 1735-1753*, Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores/Instituto Rio Branco, 1958, p. 213; Alexandre de Gusmão, *Obras*, São Paulo, Ed. Cultura, 1943, pp. 75-78).

Na história da literatura luso-brasileira, a mais conhecida vítima das fogueiras da Inquisição é Antonio José da Silva – o Judeu, nascido no Rio de Janeiro em 1705 e cuja família se viu forçada a seguir sob prisão para Lisboa em 1712, por força de denúncias à Inquisição. Antonio José da Silva, grande amigo de Alexandre de Gusmão e a maior figura do teatro português que se seguiu a Gil Vicente, estudou em Coimbra, advogou e teve sucesso literário. Enfrentou dois processos da Inquisição e, no segundo, foi condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé, em 1739. (Cf. Alberto Dines, *Vínculos do Fogo*, vol. I, São Paulo, Cia. das Letras, 1992; Anita Novinsky, *Cristãos-Novos na Construção do Brasil*, in Arnaldo Niskier, coord., *Contribuição dos Judeus ao Desenvolvimento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras, 1998, pp. 29-40).

Domingos José Gonçalves de Magalhães, a quem devemos o esforço de criar uma literatura brasileira diferenciada da portuguesa e que deu início, com a sua obra e ação, à especificidade do Romantismo nas nossas letras, foi sensível às camadas discriminadas da sociedade, entre elas os judeus. É o que se vê na sua peça de 1838, “Antonio

José da Silva ou o Poeta e a Inquisição”, que assinala o início do Romantismo no teatro nacional. Assim coloca na boca de seu herói cristão-novo, no quinto e último ato, no diálogo de Antonio José com frei Gil que antecede a fogueira da Inquisição, as seguintes palavras:

“Co’o labéo de Judeu, com que me infamam,

Fica minha memória nodoadá”

(cf. Domingos J. G. de Magalhães, *Tragédias*, Rio de Janeiro, Garnier, 1865, p. 112; cf. também Kathe Windmüller, *O Judeu no Teatro Romântico Brasileiro*, São Paulo, FFLCH/USP – Centro de Estudos Judaicos, 1984, pp. 89-95)

26 - O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na “impureza de sangue”, a nódoa de que fala Domingos José Gonçalves de Magalhães e que o Dicionário de Moraes registra, como foi visto no item 16 deste parecer, não desapareceu. Persistiu na memória da língua portuguesa tal como usada em nosso país. É o caso dos vocábulos *judiar* e *judiaria* e da representação do judeu no folclore brasileiro, que atestam em surdina a força que ainda tem esse preconceito discriminatório, em função da experiência histórica do Brasil.

Luís da Câmara Cascudo, no seu reputado *Dicionário do Folclore Brasileiro* (3ª ed., 1972, Ediouro), no verbete judeu, a seguir reproduzido, confirma essa asserção:

“*Judeu*. Como reminiscência religiosa permanece no espírito popular a figura do judeu como símbolo da malvadez absoluta, alegrando-se com o sofrimento alheio, egoísta, insensível, imperturbável de orgulho. No vocabulário ficavam esses elementos longínquos da impressão coletiva contra o israelita. Judiar é maltratar, torturar, magoar. Judiaria não é a reunião de judeus, mas o ato, a ação de judiar. Comum apontar-se o gesto mau como natural no judeu:

‘Quem matou meu passarinho
Foi judeu, não foi cristão;
Meu passarinho tão manso
Que comia em minhas mãos’

Um dia cheio de contrariedade é ‘um dia-de-judeu’; e um dia triste, de sol entre nuvens e de amudado cantar do galo, se diz que ‘morreu judeu’”. (Pereira da Costa, *Folclore Pernambucano*, 116). Quem cospe em cristão é judeu. Quem promete e falta é judeu. Quem come carne em dia da Paixão é judeu. Judeu bebe sangue de gente. Judeu come carne de menino novo.”

27 - A experiência histórica brasileira de discriminação e preconceito, acima relatada, tinha evidente compatibilidade com o caldo de cultura mais amplo das teorias racistas que foram parte da História das Idéias e das mentalidades nos séculos XIX e XX, discutidas na parte VI deste parecer. Essa mentalidade racista teve sua irradiação no Brasil. Está presente, por exemplo, em Varnhagen, na sua construção da História do Brasil, em Silvio Romero, em Nina Rodrigues, em Oliveira Viana, que enxergaram na mestiçagem entre brancos, negros e índios – a mescla maior da identidade brasileira – uma das razões daquilo que emperrava o desenvolvimento do Brasil. Daí, em função de uma hipotética e equivocada divisão entre “raças” superiores e inferiores, a afirmação da superioridade dos brancos e a inferioridade dos demais e o “branqueamento” como caminho para o país.

Na década de 30, no Brasil, o caldo de cultura desta mentalidade explicativa de práticas sociais racistas foi receptivo às visões do racismo anti-semita que o racismo alemão propagou pela Europa e difundiu no mundo. Ele também encontrou ressonância na memória das “impurezas de sangue” do período colonial, que a língua portuguesa no Brasil e o folclore brasileiro preservaram, como foi visto acima.

Esse dado cultural contribui para explicar a existência, no aparelho do Estado, das circulares-secretas e outras medidas voltadas para restringir a imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial. Essas restrições têm uma fundamentação implícita ou explícita de natureza racista como documentou,

de forma abrangente, Maria Luiza Tucci Carneiro no seu livro *O anti-semitismo na Era Vargas - 1930-1945*, (São Paulo, Brasiliense, 1988). Com efeito, são inúmeros os documentos contidos nos arquivos do Itamaraty, em outros arquivos públicos, na documentação preservada no CPDOC da Fundação Getúlio Vargas, apresentados por Maria Luiza Tucci Carneiro, que argumentam, com inequívoca visão racista, contra a imigração e a presença judaica no Brasil.

Um paradigma dessa visão racista, que atribuiu aos judeus uma dimensão de sangue – um *jus sanguinis* às avessas –, é um Projeto de lei que Maria Luiza Tucci Carneiro encontrou nos arquivos do Itamaraty e reproduziu no anexo 9 do seu livro (p. 524). Diz o art. 1º desse projeto: “Para efeitos da entrada no território brasileiro, os indivíduos de origem semita, nascidos em quaisquer países estrangeiros, serão considerados, globalmente como pertencentes à nacionalidade judaica” (sobre o *jus sanguinis* às avessas, nesta matéria, estranho à Constituição brasileira e às leis do Brasil, cf. Avraham Milgram, Arthur Hehl Neiva e a Questão da Imigração Judaica no Brasil, in *Em nome da Fé, Estudos in Memoriam de Elias Lipner*, Nachman Falbel, Avraham Milgram, Alberto Dines, organiz., São Paulo, Perspectiva, 1999, pp. 145-156). Esse projeto de lei lembra o tema da “impureza de sangue” do período colonial. Ecoa o espírito da legislação racial nazista – as leis de Nuremberg de 1935, voltadas para “a proteção do sangue e da honra alemã” – e da legislação italiana fascista que, a partir de 1938, definia quem era de *razza ebraica*, com o objetivo de estabelecer *misure contra chi attenta al prestigio della razza nel territorio dell’Impero*. (cf. verbete, *Razzismo*, de Arturo Colombo, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Torino, UTET, 1982, vol. XIV, pp. 914-916).

Essa postura governamental brasileira redundou em práticas racistas que não se restringiram à política migratória. José Murilo de Carvalho, em estudo sobre as Forças Armadas e a Política no período 1930-1945,

revela, através de documentos que funcionavam como as “circulares secretas” do Itamaraty, a maneira pela qual, durante o Estado-Novo, impedia-se o acesso ao Colégio Militar e à Escola Militar, e, portanto, à carreira no Exército, de brasileiros judeus (cf. José Murilo de Carvalho, Forças Armadas e Política, 1930-1945, in *A Revolução de 30, Seminário Internacional*, (org. CPDOC-FGV), Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1983, p. 128, p. 183).

Essas políticas racistas se viram instigadas pela propaganda contra o judeu contida nas obras anti-semitas publicadas na época. Entre elas, *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil* de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião* apostilado por Gustavo Barroso; *Brasil Colônia de Banqueiros* de Gustavo Barroso. Esses livros estão entre aqueles publicados e divulgados por Siegfried Ellwanger e constituem o núcleo da propaganda doutrinária anti-semita dos anos 30, analisada por Maria Luiza Tucci Carneiro, (*O Antisemitismo na Era Vargas*, cit, cap. 6).

Não é o caso de uma discussão de maior amplitude sobre o pensamento de Gustavo Barroso (sobre a matéria, ver: Marcos Chor Maio, *Nem Rotschild nem Trotsky: o pensamento anti-semita de Gustavo Barroso*, Rio de Janeiro, Imago, 1992, cap. 3; Maria Luiza Tucci Carneiro, *A Trajetória de um Mito no Brasil: Os Protocolos dos Sábios de Sião*; Roney Cytrynowicz, *A América do Sul e o Antisemitismo na Visão Integralista de Gustavo Barroso e de Plínio Salgado*; Marcos Chor Maio, *Marcas de uma Trajetória: A Militância Anti-semita de Gustavo Barroso*, in *Ibéria-Judaica: Roteiros da Memória*, Anita Novinsky e Diane Kuperman, org., Rio de Janeiro, São Paulo, Expressão e Cultura/EDUSP, 1996, respectivamente, pp. 487-514; 514-525, 527-539), mas acho relevante, para os propósitos deste parecer, lembrar o que, nas suas Memórias, diz Miguel Reale sobre o papel de Gustavo Barroso na Ação Integralista Brasileira. Aponta Miguel Reale que a AIB não era compacta do ponto de vista

doutrinário. Nela atuaram três grandes correntes de opiniões diversificadas. A mais numerosa, liderada por Plínio Salgado, “fundada na doutrina social da Igreja e na exaltação nacionalista”; outra “que dava ênfase especial aos problemas sociais e sindicais, assim como problemas jurídicos-institucionais do Estado”, e “uma terceira, mais preocupada com os valores tradicionais da história pátria, a que acrescentava um anti-semitismo de frágil mas espalhafatosa fundamentação, com Gustavo Barroso à frente” (Miguel Reale, *Memórias*, vol. I, *Destinos Cruzados*, 2ª ed. revista, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 80).

É precisamente a divulgação do anti-semitismo “de frágil mas espalhafatosa fundamentação” de Gustavo Barroso, que instigou práticas de racismo anti-judaico no Brasil dos anos 30, parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger. Não acho irrelevante mencionar, neste contexto em que estou discutindo o impacto do anti-semitismo no Brasil nos anos 30, que o pretexto para o golpe de 1937 tenha sido o “Plano Cohen”. Esse plano foi elaborado pelo então Capitão Olympio Mourão Filho, lotado no Estado Maior do Exército, mas que era simultaneamente chefe do Serviço Secreto da Ação Integralista Brasileira e chefe do Estado-Maior de sua Milícia, dirigida por Gustavo Barroso. O “Plano” não se baseava em informações. Fazia parte da “pedagogia integralista” que naquele momento associava anti-semitismo e anti-comunismo e foi denominado de “Plano Cohen” por Gustavo Barroso. Era uma fraude, como se revelou depois de 1945, mas foi, no entanto, apropriado pelo Estado-Maior do Exército como peça de retórica e propaganda para sustentar e justificar a instauração do Estado Novo (cf. Paulo Brandi, verbete Plano Cohen in *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós 1930*, vol. IV (2ª ed. revista e atualizada) coordenação Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman, Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão, Rio de Janeiro, Ed. FGV/

CPDOC, 2001; Aspásia Camargo e colaboradores, *O Golpe Silencioso*, Rio de Janeiro, Rio Fundo Ed., 1989, pp. 214-215).

28 - Assim, e esta é a oitava e última conclusão deste parecer, não é factualmente correta a alegação do impetrante de que o discurso racista, em nosso país, foi sempre dirigido contra o negro e de que o tema da discriminação racial se coloca exclusivamente em torno da cor da pele.

O discurso racista e as práticas racistas que ele ensejou, no Brasil, lamentavelmente tiveram amplitude. Voltou-se contra o negro, o mulato, o índio, o cigano e o judeu, que em muitos momentos da nossa História foram tidos como “seres inferiores”, como conclui no seu livro, *O Racismo na História do Brasil* (cit. p. 62) Maria Luiza Tucci Carneiro.

É relevante, neste sentido, para explicar a amplitude das modalidades dessas práticas racistas, trazer à colação uma distinção conceitual elaborada por Oracy Nogueira, num pioneiro estudo de 1954 sobre relações raciais no Brasil. Na análise do preconceito racial, identifica Oracy Nogueira tanto o que qualifica de *preconceito de marca* – que é o preconceito de cor que tem como pretexto, para as suas manifestações, os traços físicos, ou seja, a aparência – quanto o *preconceito de origem*, para o qual o pretexto do preconceito é a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo (cf. Oracy Nogueira, *Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais*, São Paulo T. A. Queiroz Ed., 1985, pp. 78-79).

As práticas racistas, cuja condenação prevê o art. 5º, LXII, e a sua correspondente legislação infraconstitucional, não resultam apenas da cor da pele, como alega o impetrante – o que configuraria, de forma restritiva, apenas a tutela contra o *preconceito de marca*. Incluem o *preconceito de origem*, para valer-me da distinção proposta por Oracy Nogueira. Este está presente na nossa experiência histórica, como foi visto, e retém atualidade. Disso é exemplo a conduta de Siegfried Ellwanger – uma conduta que é con-

trária à *vis directiva* do Preâmbulo da Constituição de 1988, que “deve ser levado em conta quando da interpretação das normas constitucionais”, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, cit., p. 15), como é o caso do HC 82424-2, ora em exame pelo STF.

Por essas razões todas, também não é nem histórica nem juridicamente correta a afirmação do impetrante que a lei Afonso Arinos teve como destinatários exclusivos da sua tutela o ser em situação, vítima da discriminação, em função da cor da sua pele. A lei Afonso Arinos, (Lei nº 1.390, de 3/julho/1951) foi pioneira, em nosso País, na positivação, como contravenção penal, de práticas discriminatórias, dando, assim, início à etapa da especificação do processo de afirmação dos direitos humanos. A Lei 1.390/51 se refere, em todos os sete artigos que tipificam a contravenção penal, ao *preconceito de raça ou cor*. A sua tutela contemplou, conseqüentemente, tanto o preconceito de marca quanto o preconceito de origem, não cabendo uma interpretação restritiva de seu conteúdo, por força do próprio texto da lei. A Lei 7.716/89 e o seu artigo 20, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e outras mudanças legislativas subseqüentes, na esteira do processo de especificação iniciado com a lei Afonso Arinos de 1951, definem os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Abrangem, portanto, em consonância com a tradição do direito brasileiro *ex vi* de tipificação determinada pelo art. 5º, LXII da Constituição de 1988, tanto o preconceito de marca quanto o de origem. Subsume, assim, na sua tutela, o anti-semitismo como prática de racismo e é, portanto, inteiramente aplicável à conduta criminosa de Siegfried Ellwanger.

IX – Síntese conclusiva

Respondendo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, impres-

critível. As razões e os fundamentos jurídicos nos quais se baseia este parecer estão sumariadas abaixo, na forma de uma síntese conclusiva.

28 - Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Ministro Maurício Corrêa, que chefiava a Delegação brasileira na sua condição, à época, de Ministro da Justiça, em discurso no plenário, em 14/6/93, fixou a linha geral da posição brasileira, invocando a *indivisibilidade dos direitos humanos* (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, cit., p 105). A Conferência de Viena, na sua Declaração e Programa de Ação, agregou a noção de indivisibilidade ao seu item 5, esclarecendo-a ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. Por isso mesmo a Conferência, no item 32, reafirmou a importância de se garantir universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas a direitos humanos. (A Declaração e Programa de Ação de Viena está reproduzida no apêndice do livro de J. A. Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Perspectiva, 1994; os itens 5 e 32, estão respectivamente, nas páginas 153 e 162).

Indivisibilidade e, por via de consequência, universalidade, interdependência, inter-relacionamento e não-seletividade foi a posição assumida pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Ela corresponde inteiramente ao que estipula, para o plano interno e externo, a Constituição de 1988, e foi essa posição o ponto de partida deste parecer.

29 - O art. 5º, LXII, está inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias individuais, tutelada por cláusula pétreia, o que significa que a *vis directiva* do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. Deve, por isso mesmo, o art. 5º, LXII, ser apreciado e interpretado com os

cuidados especiais exigidos pela indivisibilidade dos direitos humanos.

30 - O art. 5º, LXII, exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não discriminação. O seu destinatário é o ser em situação vitimado pela prática do racismo. O artigo é uma inovação da Constituição de 1988 e é parte do processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, que caracteriza o nosso texto constitucional. Tem como nota própria o rigor da tutela penal, indicativa da importância que a Constituição atribui à repressão da prática do racismo.

31 - O critério de interpretação dos direitos humanos deve favorecer, pela importância a eles atribuída pela Constituição de 1988, de maneira ampla, o conteúdo do direito contemplado. Entre os direitos e garantias individuais, inclui-se, *ex vi* do art. 5º, LXII, a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana. Por isso mesmo, como decidiu o STF no acórdão de 23/6/1994 (HC 7384), do qual foi relator o Ministro Celso de Mello, na interpretação em matéria de Direitos Humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interação com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Este é, conseqüentemente, também um critério relevante para a interpretação do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988.

32 - O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma “raça” para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma “raça” – a

espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Essa omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de “raça”, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, essa linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.

33 - O acerto da não interpretação do crime da prática do racismo a partir do conceito de “raças”, à maneira do que preconiza o HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, confirma-se por dois casos decididos por eminentes Cortes Superiores

de outros países, que comportam aproximação com o HC 82424-2 ora submetido ao julgamento do STF. Tanto o caso da *Shaara Tefila Congregation v Cobb*, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1987, quanto o caso *Mandla and another v Dowell Lee and another*, decidido pela House of Lords da Inglaterra em 1983, interpretam e aplicam a legislação dos seus respectivos países em matéria de discriminação racial. O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação a judeus. O caso decidido pela House of Lords diz respeito à prática do racismo em relação aos *sikhs*. Em ambos, essas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante, que, apesar de os judeus e de os *sikhs* não serem uma “raça”, foram vítimas de práticas racistas, cabendo assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. Nesses dois casos que julgaram em matéria de discriminação racial, atribuiu-se ao termo “raça” sua dimensão histórico-cultural, da qual provém as práticas discriminatórias.

34 - A etimologia da palavra raça, no entender de vários filólogos é obscura, como obscuras vieram a ser as conseqüências do seu uso social. Em português, na sua origem, além de ser utilizada para diferenciar, cão, cavalo, de boa ou má raça, adquiriu outro significado. Ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. Essa mesma acepção de cunho negativo se encontra em espanhol e a origem desse emprego, nas duas línguas, reside nas tensões provenientes da Reconquista pelos cristãos da Península Ibérica, dominada por séculos pelos árabes e nos conflitos religiosos que posteriormente levaram ao estabelecimento da Inquisição.

Alguns filólogos derivam raça do latim, *ratio, rationis*, na acepção da modalidade, espécie. Foi essa acepção que prosperou quando, no século XVIII, teve início, pela obra de Lineu, não só a classificação das plantas e animais como também dos seres huma-

nos. A taxonomia tornou-se dinâmica com o evolucionismo de Darwin e, no que diz respeito aos seres humanos, os múltiplos porém imprecisos critérios de classificação das raças estavam ligados à aparência.

No século XIX, a taxonomia das raças acabou induzindo o racismo. Com efeito, a classificação das raças levou às teorias racistas – por exemplo, as de Gobineau – que justificaram a desigualdade com base na diferença entre raças superiores e inferiores. Essas teorias vicejaram no caldo de cultura do darwinismo social e passaram a fazer parte da História das mentalidades.

As teorias racistas buscaram sua fundamentação nas ciências biológicas. Justificaram a prepotência da expansão colonial européia e foram a base do racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista. Esta instigou ódios públicos e conduziu uma guerra pública em relação aos que a liderança nazista considerava raças inferiores, com destaque para os judeus.

O avanço do conhecimento e o desvendar do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação, que resultaram da positivação do valor do ser humano.

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a “raça”, o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos

meios de comunicação a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de “raças inferiores”. Essa divulgação é crime de prática de racismo. Foi por essas bem fundamentadas razões que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger e o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acerto jurídico do Tribunal gaúcho.

35 - As teorias e visões do mundo racistas partem do princípio que existem raças; que essas se dividem entre superiores e inferiores e que as superiores têm o direito de dominar as inferiores. Uma visão racista do mundo leva a distintas escalas de agressividade, lastreada pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias, cujo fundamento é o princípio da igualdade e o corolário da não discriminação. A escala de agressividade se intensifica com a violência da segregação de que é exemplo o que foi o *apartheid* na África do Sul. O paroxismo da violência é o extermínio físico, tal como tipificado pelo crime do genocídio. O paradigma desse paroxismo foi o Holocausto levado a efeito pelo Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, que conduziu uma guerra pública contra as raças inferiores, com destaque para o extermínio de judeus.

A Carta da ONU procurou responder ao ineditismo da escala sem precedentes do mal, da experiência da Segunda Guerra Mundial e de seus antecedentes. Nesta resposta, deu realce para o que representou o genocídio como afronta ao valor da dignidade da pessoa humana. Fez, assim, da tutela dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global.

Na etapa da especificação, do processo de positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Público, em matéria de discriminação racial, o grande texto jurídico é a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. O Brasil participou de sua elaboração normativa e a Con-

venção que está em vigor no plano internacional foi recepcionada pelo Direito brasileiro.

São relevantes na discussão do HC 82424-2, ora em exame pelo STF, o art. 1-1 da Convenção, que dá uma definição abrangente da expressão “discriminação racial”, e o art. 4, que insere na tutela penal a difusão de idéias baseada na superioridade ou ódios raciais.

A Convenção de 1965 antecede em vigência e aplicação a Constituição de 1988; não suscita o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais – temas com os quais se preocuparam os Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. É, portanto, um meio válido, à disposição do intérprete, para a aplicação do Direito no Brasil em matéria de Direitos Humanos, nos termos da Constituição de 1988, como decidiu o STF no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em 23/6/94 (HC7384).

O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, *como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º*. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de “raças”.

A história legislativa da Convenção de 1965 comprova também que as práticas anti-semitas do nazismo foram uma das causas de sua elaboração e que o Brasil, nos *travaux préparatoires*, foi explícito nesta matéria. Na agenda internacional da ONU, o anti-semitismo como prática de racismo tem sido considerado um tema de preocupação atual e não apenas histórica. É o que afirma, por exemplo, a Resolução 623/98 da Assem-

bléia Geral e o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, cabendo igualmente lembrar que a Declaração de Durban reitera, no seu item 58, que o Holocausto jamais deverá ser esquecido. Aponto, neste sentido, que negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

36 - As práticas do racismo, na experiência histórica do Brasil, em oposição ao que alega o impetrante, tiveram uma amplitude de destinatários que foram vitimados pela discriminação. Negros, mulatos, índios, ciganos, judeus foram, em diversos momentos da nossa História, considerados “raças inferiores” e, como tal, discriminados.

No período colonial, as práticas racistas se davam pela distinção entre os limpos de sangue – os brancos, portugueses, cristãos-velhos – e os de raças ditas impuras, cujo sangue manchava – os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, qualificados de cristãos-novos. Para os cristãos-novos, a impureza de sangue era uma ameaça onipresente em função da Inquisição, que fazia do critério da impureza de sangue um elemento probatório de judaísmo oculto, que poderia conduzir à morte nas fogueiras dos autos-de-fé. O teatrólogo Antonio José da Silva – o Judeu, nascido no Rio de Janeiro, é a mais notória vítima, na História da literatura lusobrasileira, condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé ocorrido em Lisboa em 1739. A distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, no Brasil, só foi eliminada pela Carta-Lei de 1773 promulgada ao tempo do Marquês de Pombal.

O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na “impureza de sangue”, persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo.

O Brasil recebeu, nos séculos XIX e XX, teorias racistas que foram parte da His-

tória das Mentalidades voltadas para justificar e legitimar a desigualdade com base na distinção entre “raças” superiores e inferiores. Na década de 30, teve irradiação em nosso País o racismo nazista alemão, que tinha no anti-semitismo o seu foco preponderante. Isso contribuiu para a existência de práticas racistas no aparelho do Estado, em especial no que tange às restrições da imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas por critérios raciais. A postura governamental, que não era ostensiva mas é documentada, viu-se facilitada pela propaganda contra o judeu contida nas obras anti-semitas publicadas na época, em especial as de Gustavo Barroso. É a reedição das obras do espalhafatoso anti-semitismo de Gustavo Barroso parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

A legislação brasileira, desde a lei Afonso Arinos de 1951, que dá início ao processo de especificação da tutela penal para proteger as vítimas da discriminação racial, não tem como destinatários exclusivos o ser em situação, vitimado pela cor de sua pele, como argumenta sem base histórica e jurídica o impetrante. O Direito brasileiro contempla tanto o preconceito de raça – que o sociólogo Oracy Nogueira qualificou de preconceito de origem – quanto o preconceito de cor – por ele qualificado de preconceito de marca. Essa é a interpretação correta a ser dada ao art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e à sua correspondente legislação infraconstitucional, inclusive por força da *vis directiva* do Preâmbulo da Constituição que afirma os valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

37 - Uma palavra final sobre a imprescritibilidade, pois o impetrante, na petição do HC 82424-2, não nega a existência de um delito cometido por Siegfried Ellwanger. Busca afastar a imprescritibilidade, argumentando não tratar-se de crime de prática de racismo.

Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, esse tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquièze (Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in *Droits*, 31, 2000, p. 19).

A memória das práticas racistas que dificultaram, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição – é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5º, LXII, ao crime da prática do racismo o peso e a gravidade da imprescritibilidade.

O crime de Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo, crime de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista. Foi esse anti-semitismo que levou, no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes o mal representado pelo Holocausto. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos. O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nessa direção do mal, não admite o esquecimento.

