

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

# O RACISMO À LUZ DO STF

*Ryanna Pala Veras\**

## I – Introdução

Este trabalho pretende tecer breves comentários à recente decisão do Supremo Tribunal Federal que examinou a questão da imprescritibilidade do crime de racismo praticado por Siegfried Ellwanger, à luz da teoria dos direitos fundamentais e das relações entre Direito Constitucional e Direito Penal.

É cada vez mais forte a tendência à “constitucionalização” das ciências jurídico-penais – Direito Penal e Direito Processual Penal –, seja em razão de a Constituição da República Federativa do Brasil trazer inúmeras disposições em matéria penal, seja pela definição de *novos* bens jurídicos que o Poder Constituinte originário considerou merecedores da tutela penal. Essa tensão entre a *proteção de bens jurídicos constitucionalmente definidos* e a velha concepção do Direito Penal como “a Carta Magna do delinqüente”, que limita e condiciona, formal e materialmente, o exercício do *jus puniendi* do Estado tem sido objeto de diversos estudos<sup>1</sup> e, não obstante, ainda está longe de produzir consenso entre os estudiosos.

O caso Siegfried Ellwanger<sup>2</sup> desperta interesse, também, pela atualidade do debate sobre os limites da liberdade de expressão e sua convivência *prática* com outros direitos

---

\* Ryanna Pala Veras é Procuradora da República; Delegada do Núcleo Regional da ESMPU na PRM Santo André; mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

<sup>1</sup> À guisa de exemplo, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003; e PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Veja-se, também, a obra fundamental de SILVA-SANCHEZ, Jesus María. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, bem como a contribuição, mais antiga, porém atual, de CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal: crimes econômicos, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

<sup>2</sup> Siegfried Ellwanger editava, distribuía e vendia ao público obras de autores brasileiros e estrangeiros com conteúdo anti-semita. Além de escritor, era sócio-gerente da Revisão Editora Ltda., empresa responsável pela edição, venda e circulação das seguintes obras: 1) *O judeu internacional*, de Henry Ford (2. reed. 1989); 2) *A história secreta do Brasil*, de Gustavo Tepedino (1. reed. 1990); 3) *Os protocolos dos sábios de Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (4. reed. 1989); 4) *Brasil, colônia de banqueiros*, de Gustavo Barroso (1. reed. 1989); 5) *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*, de Luis Marschalko (3. ed.); 6) *Holocausto judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século, dele próprio, sob o pseudônimo de S. E. Castan* (29. ed.). Por tal razão, Siegfried Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/89, pela conduta de incitamento contra o judaísmo. A denúncia foi recebida em 14 de novembro de 1991, pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Foi Siegfried Ellwanger absolvido em primeiro grau. Após apelação do Ministério Público, em acórdão da lavra do desembargador Fernando Mottola, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 31 de outubro de 1996, pelo crime capitulado na denúncia, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, concedido o *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos. Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, pleiteando o reconhecimento da prescrição da ação pela pena em concreto, pois já se passaram mais de 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível (art. 109, V, do Código Penal c/c art. 110, § 1º, e art. 117, I e IV, também do Código Penal). Sustentava tal ação ser inaplicável o disposto no art. 5º, XLII, da Constituição Federal ao crime em

fundamentais, em sua perspectiva *objetiva* (deveres de proteção do Estado; pauta objetiva de valores etc.)<sup>3</sup>.

## II – A liberdade de expressão e manifestações preconceituosas

Em primeiro lugar, antes de qualquer outra consideração, temos que demarcar precisamente o campo de incidência dos direitos fundamentais envolvidos no presente caso.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê como direito fundamental a liberdade de expressão, assim como a imprescritibilidade do crime de racismo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XLII – a prática do *racismo constitui crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei;

[...]”.

Se, de um lado, a Constituição exaltou a liberdade de pensamento como um dos direitos fundamentais, de outro, manifestou seu repúdio ao racismo – atribuindo ao crime correspondente (definido em lei) os gravames da imprescritibilidade e inafiançabilidade.

---

questão, por a condenação não se referir à prática de racismo, mas sim pela incitação de preconceito contra judeus. Afirmou ainda não ter a comunidade judaica o caráter de raça, como prevê a Constituição Federal, mas sim de um povo, cujo conceito é distinto. E, por fim, também alegou que a norma constitucional visava apenas a abranger o preconceito derivado de cor, típico da cultura brasileira. A referida ação foi julgada em 18 de dezembro de 2001, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que em acórdão relatado pelo ministro Gilson Dipp denegou a ordem, por maioria de 4 (quatro) a 1 (um). Contra esse último acórdão, foi impetrado novo *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, questionando novamente se os judeus seriam efetivamente abrangidos pelo conceito de raça. O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido por entender que a definição do que seria “prática de racismo” se deu pela Lei n. 7.716/90 – e conseqüentemente todas as condutas nela previstas são imprescritíveis. O ministro Moreira Alves, relator do julgamento, emitiu voto pela concessão da ordem em razão de ter dado interpretação restrita ao termo “racismo” – pelo fato de a questão versar sobre direito penal, sujeito à estrita legalidade. Entendeu ser o dispositivo constitucional aplicável somente ao verbo praticar. Além disso, considerou o judaísmo não abrangido pelo conceito de raça. Em seguida, proferiu voto o ministro Maurício Corrêa, concedendo a ordem. Foi o ministro acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, ministro Carlos Velloso, ministro Nelson Jobim, ministro Celso de Mello, ministra Ellen Gracie e ministro Cezar Peluso. Por fim, o julgamento foi concluído, em 17 de setembro de 2003, indeferindo-se o *habeas corpus* por maioria de votos (*DJ* de 19 mar. 2004).

<sup>3</sup> Por exemplo, a questão da qualidade da programação de TV, a possibilidade de impedir a veiculação de programas em razão de seu conteúdo ofensivo aos princípios estabelecidos no art. 221 da Constituição Federal, amplamente debatida na Ação Civil Pública 2003.61.00.026412-1, proposta pelo Ministério Público Federal, e que resultou na determinação judicial para que não fosse ao ar o Programa “Domingo Legal” do Sistema Brasileiro de Televisão, que, semanas antes, havia divulgado entrevista com supostos membros do Primeiro Comando da Capital, organização criminosa que atua, sobretudo, nos presídios paulistas.

Note-se que a imprescritibilidade é de extrema gravidade e que excepciona a regra de todo o ordenamento jurídico penal – inclusive a dos crimes ditos hediondos (Lei n. 8.072/90).

Ocorre no presente caso um conflito de dois direitos fundamentais: o editor evoca sua liberdade de expressão para divulgar suas idéias anti-semitas, enquanto a acusação alude ser tal direito limitado em face de outro direito fundamental, o da *igualdade*, garantido pela imprescritibilidade do racismo.

Ressaltemos que Siegfried Ellwanger foi absolvido em julgamento de primeiro grau, por entender o juízo *a quo* que deveria prevalecer o direito à liberdade de expressão. Já a condenação do mesmo réu, em segundo grau, se deu justamente pelo fato de o Tribunal privilegiar o caráter criminoso da manifestação anti-semita, em face da liberdade de expressão do acusado.

Daí pode-se apreender a complexidade da questão constitucional que ora se analisa. A respeito do conflito entre direitos fundamentais, ensina Canotilho:

“De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza.

[...]

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstratos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos e abstratos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (Hesse); idéia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche)”<sup>4</sup>.

Alerta Gilmar Mendes que tais restrições a direitos fundamentais devem ser feitas com observância do critério da proporcionalidade:

“Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).

[...]

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1140.

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais *restrições são limitadas*. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou *limites dos limites*, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”<sup>5</sup>.

Assim, concluímos que a norma sobre o racismo constitui uma restrição à liberdade de expressão, que, não obstante conservar seu núcleo essencial, encontra, na própria Constituição, os limites de seu exercício .

Tal interpretação foi a mesma adotada pelo ministro Maurício Corrêa no voto condutor no processo ora analisado. Diz o ministro:

“Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

E nesses casos há a necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’ a que se refere a doutrina.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, *devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco*”<sup>6</sup> [grifos nossos].

Assim, tem-se que toda vez que há um conflito de direitos fundamentais devem-se harmonizar ambas as normas, se possível, e se forem incompatíveis, como no caso, ter-se-á que deve prevalecer a proibição ao racismo, sobre a liberdade de expressão.

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 227 e 241.

<sup>6</sup> Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

Isso porque a proibição ao racismo encontra-se visceralmente ligada aos princípios da igualdade de todos os seres humanos e da dignidade da pessoa humana – que certamente não podem conviver com atitudes segregacionistas e difusoras do ódio e desprezo a um determinado grupo humano – seja qual for a sua origem ou característica. Equivale, em última análise, a negar ao *outro* sua condição de *humano*, ao procurar descrevê-lo como *inferior* em dignidade aos demais membros da comunhão humana.

Não se trata de simples restrição à liberdade de pensamento, mas do repúdio à difusão de idéias preconceituosas na sociedade. A história é testemunha de que num passado recente a Alemanha, por adotar a segregação de judeus, protagonizou um dos mais tristes episódios da história.

É justamente por repúdio a esses crimes contra a humanidade que se coíbe o racismo – que nada mais é que a ideologia propulsora do genocídio. A restrição da difusão conjunta dessa ideologia tem por fim preservar a igualdade das pessoas, que é a própria base do Estado Democrático de Direito e constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, expresso no art. 3º, IV, da Constituição Federal.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 1º consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana – valor cuja centralidade no ordenamento jurídico impõe-se como autêntico *parâmetro de interpretação* de todas as normas – mormente aquelas que consagram direitos fundamentais. Resta, dessa forma, evidente que o valor a prevalecer no caso é o da proibição do racismo – como forma de atentado à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

O ministro Gilmar Mendes cita uma passagem da obra de Boyle, que bem demonstra a importância da igualdade dos indivíduos para o regime democrático:

“A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. ‘Every one counts as one and no more than one’, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> BOYLE, Kevin. Hate speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53, n. 2, 2001, p.490, extraído do voto de Gilmar Mendes – HC n. 82.424-2, ainda não publicado.

Desse modo, tendo em vista que a expressão do racismo põe em risco a própria democracia, afetando a decisão política fundamental da Constituição de 1988, cujo privilégio à igualdade (material e formal) é traço determinante, foi mais adequada a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (ainda que tenha analisado a questão incidentalmente).

### III – O conceito de raça

O principal ponto de divergência que norteou o processo ora analisado refere-se ao conceito de raça a ser adotado à luz do caso concreto.

A defesa de Siegfried Ellwanger pleiteou no Superior Tribunal de Justiça a declaração da prescrição retroativa do crime, sob o fundamento de que o crime pelo qual tinha sido o réu condenado não era propriamente o crime de racismo, e portanto seria prescritível. Entendia tratar-se de preconceito (gênero) em face de judeus – povo que segundo conceitos antropológicos e etnológicos não constituiria uma “raça”. Assim, por não ser o anti-semitismo voltado contra uma raça não há que se falar em racismo, mas sim em outra espécie de preconceito.

Afirmou-se que o crime de racismo é espécie do gênero preconceito, intolerância. Só que se trata de um preconceito voltado contra uma determinada raça. Mas questionou-se então se povo judeu era uma raça.

Para isso foram tomados três conceitos da palavra raça: o científico, o etimológico e o histórico-social.

#### a) o conceito científico

“Cientificamente”, quando se fala de “raça”, refere-se a um grupo de indivíduos que possuem caracteres biológicos semelhantes, que são transmitidos hereditariamente.

O ministro Moreira Alves adotou como válida a tradicional separação das raças em três: caucasiana, negróide e mongolóide e concluiu que os judeus não integravam qualquer dessas mencionadas raças, mas difundiam-se entre elas. Por isso, não poderia ser visto como raça – mas como um povo. Não estaria abrangido pelo crime de racismo.

Ora, tal interpretação não pode se impor ao caso. É quase consensual entre biólogos e geneticistas, pelos recentes avanços científicos no campo da genética, que não se pode mais falar em “raças”, no sentido atribuído à expressão pelo ministro Moreira Alves, entre seres humanos. Não há conceito científico de raça que possa ser aplicado – pois ele precisamente não existe (há muito mais semelhanças genéticas entre os diversos povos do que a mera aparência física sugere), e a tripartição apresentada pelo ministro Moreira Alves é obsoleta e inútil e por isso já foi abandonada pela ciência<sup>8</sup>. Mais do que *inútil* ou *obsoleta*, pode-se afirmar que essa *divisão* da espécie humana em *raças*, de acordo com o

---

<sup>8</sup> Para uma visão abrangente do estado atual da genética e suas implicações sobre as ideologias fundadas no conceito dito “científico” de raça, ver a obra de CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. *Genes, povos e línguas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

perfil biológico (determinado pelos *alelos*), não se sustenta diante das conclusões recentes da genética. O que se tornou *inviável* é a pretensão de cientificidade de tais *divisões*, embora, por razões até óbvias, persistam as diferenças de *aspecto físico* entre os diversos grupos humanos. Elas, todavia, não podem ser levadas à conta de distinção substancial dos *genes* que determinam tais características *visíveis*.

Assim, temos que atualmente não se pode dizer que os seres humanos podem ser divididos em raças. Segundo a comunidade científica, a partir do mapeamento do genoma humano, pode-se concluir que as semelhanças entre brancos, negros e amarelos são tantas que impedem a divisão (pelo critério *biológico*) entre seres humanos. Tais dados científicos foram explicitados pelo ministro Maurício Corrêa:

“Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que *a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça*. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter, ‘há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos’<sup>9</sup>.

Assim, com toda a certeza pode-se concluir que o ser humano, cientificamente falando, não pode ser dividido em raças. Portanto, ao se adotar essa concepção, o conteúdo da norma jurídica é totalmente esvaziado pois, *se há apenas uma raça (a humana) é impossível haver racismo, no sentido de discriminação fundada no critério de raça, entre seres humanos*.

Por ser norma definidora de direitos fundamentais, não pode o art. 5º, XLII, da Constituição Federal ser desprovido de qualquer eficácia; por assim dizer, uma prescrição inútil, sem sentido. Mesmo porque, num regime democrático, deve-se dar o mais amplo efeito às normas que definem direitos fundamentais.

Desse modo, tendo em vista que a Constituição não traz palavras inúteis – notadamente quanto a direitos fundamentais –, resolveram todos os julgadores do caso, com a única exceção do ministro Moreira Alves, afastar os critérios científicos para dar sentido ao termo raça.

---

<sup>9</sup> Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

## *b) o conceito etimológico*

O conceito etimológico de raça pode ser assim exposto: “raça [...] Etim it. *razza* (sXV) ‘conjunto de indivíduos de uma espécie animal ou vegetal com características constantes e transmitidas aos descendentes’”<sup>10</sup>.

Etimologicamente, o conceito de raça é rejeitado por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças.

Tomando a interpretação literal da Constituição – temos que a palavra “raça” surgiu do termo italiano *razza*, que possuía significado semelhante ao científico.

É, portanto, inadequada essa via para concretizar a Constituição. Deve-se ressaltar que a Constituição é o documento jurídico maior de um Estado e inegavelmente se dirige a todos os seus cidadãos e não a cientistas ou juristas. Para que haja a exata compreensão de suas disposições por seus destinatários é preciso se afastar de linguagem técnica e rebuscada e tentar dar sentido ao seu conteúdo buscando a maior compreensão por todos.

Tal entendimento foi exposto com bastante clareza por Celso Lafer, citando Gilmar Mendes em seu parecer:

“Parece hoje superada a idéia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional. [...] tal como anotado por Bockenforde, a idoneidade da tópica e do pensamento problemático precisamente para a interpretação da Constituição baseou-se na ‘abertura estrutural’ da Constituição, na sua pouca densidade normativa e na continuidade de seus textos, na amplitude e na indeterminação de seus elementos. É nessa linha de entendimento que Scheuner chega a classificar a tópica como a específica hermenêutica constitucional.

Nessa concretização, um dos elementos a ser tomado em conta é, certo, o texto da norma. Mas na atribuição do significado deve-se também averiguar aqueles que lhe são conferidos pela sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, como propôs Haberle, eis que *a interpretação é um processo aberto não se confundindo com a passiva recepção de uma ordem*.

Com efeito. No plano do direito constitucional amplia-se a tarefa do intérprete, pois a Constituição traduz valores ético-políticos e convicções construídas na sociedade no evolver do processo histórico, trazendo no seu bojo a institucionalização de princípios fundamentais, antes denominados princípios gerais do direito, e de diretrizes decorrentes de valorações sociais elaboradas ao longo do tempo, razão pela qual a interpretação reveste-se de forte conteúdo valorativo e de referências à própria idéia de direito, de sociedade e de ética”<sup>11</sup> [grifo nosso].

Assim, não se pode isoladamente também se pretender adotar tal conceito para a concretização da norma constitucional, pois este estaria desvinculado de toda a noção construída pelo seu uso social e histórico.

<sup>10</sup> HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2372.

<sup>11</sup> Parecer de Celso Lafer no HC n. 82.424-2.

### *c) o conceito histórico-social*

A interpretação que leva em conta o significado histórico e social atribuído à palavra raça é a mais adequada no presente caso.

Ao se pronunciar a palavra racismo impossível que não venham à mente de qualquer pessoa as idéias nazistas, o holocausto, a Segunda Guerra Mundial. Obviamente porque, no século XX, o mundo inteiro lamentou o genocídio praticado por Hitler em nome de sua ideologia nazista que pregava justamente a superioridade da “raça” ariana. Pregava a existência de várias “raças” – precisamente esse termo, que é o abandonado pela ciência – e que os judeus seriam “raça” inferior – e por isso deveriam ser eliminados.

Tamanha foi a divulgação de tal ideologia, que ao termo racismo deu-se esse significado valorativo negativo de diferenciação entre raças. Assim define o *Dicionário Houaiss*:

“*racismo* [...] 1 conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças, entre as etnias 2 doutrina ou sistema político fundado sobre o direito de uma raça (considerada pura e superior) de dominar as outras 3 preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente [...] 4 *p. ana.* atitude de hostilidade em relação a determinada categoria de pessoas”<sup>12</sup>.

A experiência histórica não pode em momento algum ser deixada de lado nessa questão. Por se tratar de termo de significado aparentemente vazio nos campos etimológico e científico, temos que o legislador constitucional por certo não estipulou garantias fundamentais desprovidas de qualquer eficácia.

Pois bem. Tomemos, pois, como válida a preencher o conteúdo da norma a história contemporânea. Sobre a interpretação, afirmava Maximiliano:

“Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável. Deste faz parte o estudo da história especial do povo a que se pretende aplicar o mencionado ramo de conhecimentos, e também o da história geral, principalmente política, da humanidade. O Direito inscreve-se na regra enunciada, que, aliás, não comporta exceções: para o conhecer bem, cumpre familiarizar-se com os fatos da civilização, sobretudo daquela que assimilamos diretamente: a européia em geral; a lusitana em particular. Completa-se o cabedal de informações proveitosas com o estudo da história do Brasil”<sup>13</sup>.

Tomando as lições do ilustre ministro gaúcho, e entendida no tocante ao anti-semitismo, concluímos que o intérprete deve se valer da história recente da perseguição aos judeus para enfim concluir o que se pode entender como racismo.

<sup>12</sup> HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2373.

<sup>13</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 112.

Tal incursão histórica foi feita com brilhantismo pelo ministro Maurício Corrêa em seu voto:

“Na história observa-se que, além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico *o escravismo e o holocausto*.

[...]

Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma *sub-raça*, parte da composição teórica do nazismo, em contraposição à supremacia da *raça ariana*, que deveria prevalecer sobre as outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado.

[...]

Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo”<sup>14</sup>.

O nazismo – movimento político que no século XX incorporou o anti-semitismo – usava justamente o conceito de *raça* para pregar a discriminação ao povo judeu. Muito embora destituído de fundamento científico, foi essa noção de raça difundida por Hitler em seus livros e discursos, e foi a crença na existência de uma *sub-raça* que motivou o holocausto e todas as barbáries cometidas pelos alemães na Segunda Guerra Mundial.

Impossível, então, dissociar do racismo o preconceito voltado ao povo judeu, com divulgação de obras de conteúdo nazista e de negação do holocausto. O que importa nesse caso é justamente a valoração negativa dada pelo paciente ao grupo humano com características socialmente semelhantes (“raça” ou não, pouco importa) sob a ótica de *sub-raça* – pregando um tratamento desigual e restritivo de direitos.

Mesmo que não haja bases científicas para dividir os seres humanos em raças, não se pode negar que tal divisão, como fenômeno social, é considerada possível, justamente por tais doutrinas segregacionistas. Esse é o contexto que deve ser considerado para a aplicação do direito.

#### **IV – A abrangência do termo “racismo” na Constituição Federal e na Lei n. 7.716/89**

Alegou, a defesa de Siegfried Ellwanger, que a expressão “praticar racismo” – expressa no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal –, à qual se refere a imprescritibilidade, não se estende aos demais núcleos do tipo penal do art. 20 da Lei n. 7.716/89. Dessa forma temos:

---

<sup>14</sup> Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

“Art. 20. *Praticar*, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

Esse argumento foi o aceito pelo ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, ao deferir o *habeas corpus*:

“Dentre as três ações possíveis para a caracterização do delito – ‘*praticar, induzir ou incitar*’ – o Tribunal de Justiça manifestou-se claramente pelo cometimento da última, face à responsabilidade do paciente pela ‘*edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias*’.

O paciente não atingiu a nenhuma pessoa diretamente, apenas publicou livros, com manifestações contrárias à comunidade Judaica, segundo interpretações pessoais de fatos históricos.

Daí ter consignado o Tribunal Estadual por uma conduta de incitação, de apologia à discriminação do povo Judeu.

São três as condutas tipificadas criminalmente, enquanto que a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da ‘*prática de racismo*’ propriamente dita.

Como se sabe, no ordenamento jurídico não há palavras inúteis. Se a norma incriminadora aponta três condutas claras para a caracterização do tipo legal e a Constituição indica a imprescritibilidade apenas com relação àquela mais agressiva, evidentemente não quis englobar as outras condutas de menor potencial ofensivo.

Tratando-se de norma penal que limita direito, impõe-se a sua interpretação restritiva, razão pela qual consigno pela impossibilidade de sua incidência sobre as demais condutas típicas previstas no apontado dispositivo incriminatório”<sup>15</sup>.

Entendeu o ministro que a Constituição, ao mencionar a expressão “praticar racismo”, já estabeleceu que apenas a ação indicada pelo verbo “praticar” (dentre os que compõem o tipo) seria dotado da característica da imprescritibilidade.

Não parece ser tal interpretação a mais adequada. Vejamos, pois, por quê.

É certo que a individualização das condutas proibidas é feita por intermédio de leis que definem os tipos penais. Pode-se afirmar que a lei é por excelência a forma em que se encontram descritos os tipos penais. O princípio da legalidade *penal* é de natureza constitucional (art. 5º, XXXIX). É, portanto, da própria estrutura do Estado brasileiro a atribuição às leis da descrição de condutas criminosas.

À Constituição Federal não cabe descrever tipos penais (embora não lhe seja vedado), mas sim eleger alguns bens jurídicos a serem protegidos por lei e determinar competências para legislar sobre direito penal. Assim, expuseram Zaffaroni e Pierangeli:

---

<sup>15</sup> HC n. 15.555 – RS (2000/013351-7), de 1º de dezembro de 2001. Voto do ministro Edson Vidigal.

“A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”<sup>16</sup>.

Porém, ordinariamente, a Constituição Federal não estatui tipos. E, a partir daí, temos que quando o inciso XLII diz ser imprescritível a prática do racismo, não está descrevendo o comportamento, mas sim *estabelecendo a nomenclatura do conjunto de crimes a serem definidos em lei*. É o mesmo que se dizer prática de estupro, prática de homicídio, prática de genocídio, prática de tráfico etc.

O verbo “praticar” simplesmente acompanhado do *nomen juris* do crime cometido *não define por si só as condutas criminosas*, pois sua abstração é incompatível com a taxatividade – implícita na legalidade – que caracteriza a descrição de tipos penais. Ressaltou o Ministério Público, em parecer da lavra do atual Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles: “o artigo 5º, XLVI, da Constituição não define prática de racismo, mas à legislação infraconstitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta – a Lei n. 7.716/90 – por uma gama de condutas, todas imprescritíveis”<sup>17</sup>.

Ademais, não procede o argumento utilizado pelo ministro Edson Vidigal de que a Constituição daria somente ao núcleo verbal “praticar” o atributo da imprescritibilidade por este ser mais grave do que a incitação e a indução. Ora, se tal ação fosse mais grave, que se imputasse a ela uma pena maior, pois assim se gradua a gravidade dos crimes em direito penal. Tal isonomia se confirmou pela Lei n. 9.459/97, que acrescentou causa de aumento a todas as condutas do *caput* do art. 20, quando praticadas por publicação de qualquer natureza – tal como o fez o senhor Ellwanger.

## V – A vontade do legislador constitucional e infraconstitucional

Por fim, aduziu a defesa do senhor Siegfried Ellwanger que o legislador constitucional, quando atribuiu ao racismo o gravame da imprescritibilidade, pretendia referir-se somente ao preconceito voltado contra os negros, oriundo de nossa tradição histórica colonialista. Essa seria a *ratio legis*.

Não obstante registrar a história brasileira vergonhoso episódio de escravidão de africanos e dos povos autóctones, e ter sido esta em grande parte a influência do legislador constituinte, impossível vincular o substantivo “racismo” restritivamente ao segregacionismo dirigido a afrodescendentes.

Em primeiro lugar, temos que a vontade do legislador se desvincula da Constituição após sua promulgação – que a torna obra abstrata e geral – e é critério de interpretação inválido para o Direito, por não levar em consideração tais características.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135.

<sup>17</sup> HC n. 82.424-2, parecer do Ministério Público Federal, do então Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles.

Em segundo lugar, como se trata de direito fundamental, deve a ele ser dada a maior amplitude e eficácia. Assim, Canotilho:

“O princípio da máxima efetividade, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora tenha a sua origem ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”<sup>18</sup>.

Muito acrescentou à exegese do caso, o relato do ministro Maurício Corrêa a respeito de sua participação na elaboração da Constituição:

“A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação da Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, CAÓ, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das discriminações raciais para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo”<sup>19</sup>.

Assim, mesmo se evocarmos os debates constitucionais, temos que se admitiram, quando da elaboração da Carta, as diversas manifestações de “racismo”.

## **VI – Os tratados internacionais**

Talvez um dos argumentos mais relevantes para a compreensão da abrangência do termo “racismo” seja o significado que possui perante a comunidade internacional.

O termo “racismo” foi e é amplamente utilizado no Direito Internacional e justamente engloba o preconceito contra judeus – em razão de fatores históricos indiscutíveis.

---

<sup>18</sup> Op. cit., p. 1097.

<sup>19</sup> Voto do ministro Maurício Corrêa.

A partir do parecer do professor Lafer – na condição de *amicus curiae* no processo ora analisado –, pode-se traçar uma retrospectiva da participação do Brasil na assinatura de tratados e convenções internacionais:

Dispõe a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948:

“Artigo II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de *raça*, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”<sup>20</sup>.

O Brasil também ratificou (Decreto Legislativo n. 2/51 e Decreto n. 30.822/52) a *Convenção Internacional contra o Genocídio*. E utilizando expressamente o termo *raça*, editou a Lei n. 1.956, que pune o crime de genocídio.

O mais importante diploma a respeito do racismo, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965, foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, pelo Decreto Legislativo n. 23/67 e pelo Decreto n. 65.810/69. Em seu artigo I, destaca:

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

Artigo IV – Os Estados-Partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma *raça* ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enumerados no artigo 5 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 origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento [...]”.

---

<sup>20</sup> GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 359.

O Brasil assinou e ratificou também o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966* (Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, e Decreto n. 592, de 6/12/1996). Seu art. 20 determina:

“Art. 20 – 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.  
2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”<sup>21</sup>.

A *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969* (Pacto de San José da Costa Rica) também foi assinada pelo Brasil e incorporada à ordem jurídica em 1992 (Decreto n. 678/92). Principal diploma sobre direitos humanos em vigor na América, prevê em seu art. 13 o seguinte:

“Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

[...]

5 – A lei deve proibir toda propaganda em 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”<sup>22</sup>.

Deve-se ressaltar que, além dos principais documentos ora citados, há diversas Convenções da ONU e Conferências Internacionais que utilizam o termo “racismo” como abrangente do anti-semitismo. Portanto, tem-se como consagrada na sociedade internacional, e conseqüentemente no Brasil, que dela faz parte, por força até do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o uso das expressões “raça” e “racismo” em seu sentido histórico-social.

Por fim, deve-se ressaltar que o próprio Texto Constitucional, em seu art. 4º, reafirma o compromisso internacional de combate ao racismo:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao *racismo*” [grifo nosso].

Não há como se negar a familiaridade da expressão “racismo” no conceito amplo que abrange o anti-semitismo no direito brasileiro.

## VII – Conclusão

Chegando ao fim deste estudo, é possível afirmar sem qualquer dúvida que a interpretação que até agora prevaleceu nos Tribunais brasileiros foi a mais compatível

<sup>21</sup> GOMES; PIOVESAN, op. cit., p. 371.

<sup>22</sup> GOMES; PIOVESAN, op. cit., p. 403.

com o regime democrático e com o modelo de constitucionalismo que adotou o Brasil. Além disso, tal hermenêutica está em conformidade com os compromissos firmados pelo Brasil no âmbito internacional.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez demonstrou que tem importante papel político, além do consagrado papel jurídico, na afirmação dos direitos humanos e da democracia no Estado Brasileiro.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOYLE, Kevin. Hate speech. The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53, n. 2, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.