

FINS CONSTITUCIONAIS E CONDENAÇÃO AO RACISMO: A PROPÓSITO DO NOVO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E DO CASO ELLWANGER

*Constitutional purposes and racism condensation: the new Statute of Racial
Equality and the Ellwanger case*

Pietro de Jesús Lora Alarcón¹

RESUMO

O presente artigo focaliza o conteúdo jurídico dos vocábulos raça e racismo, no marco da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no caso Ellwanger e dos conceitos estabelecidos pelo novo Estatuto da Igualdade Racial, à luz dos fins constitucionais determinados na Carta de 1988 e do processo de afirmação contemporânea dos direitos fundamentais, estabelecendo bases teóricas para sustentar a inconstitucionalidade das discriminações negativas, dirigidas a negar a convivência tolerante e solidária e a construção de uma cultura de responsabilidade democrática.

Palavras-chave: Constituição; Minorias Étnicas; Racismo; Tolerância.

ABSTRACT

This article focuses on the legal content of the words *race and racism* in the landmark decision of the Brazilian Federal Supreme Court in the Ellwanger case and concepts established by the new Statute of Racial Equality, considering the constitutional purposes of the Brazilian Constitution of 1988 and the process of contemporary statement of fundamental rights, establishing theoretical bases for sustaining the unconstitutionality of negative discrimination which denies the tolerant and solidarity coexistence and the construction of a culture of democratic responsibility.

Keywords: Constitution; Ethnic Minorities; Racism; Tolerance.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado na Universidade Carlos III de Madrid e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo - SP - Brasil. E-mail: plalarcon@uol.com.br. Texto recebido em 26.08.2010.

1 INTRODUÇÃO

No mês de julho do presente ano foi promulgada a Lei n. 12.288, o novo Estatuto da Igualdade Racial, cujo objetivo imediato é a promoção de políticas públicas, garantindo à população negra igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos coletivos e difusos e o combate a diversas formas de discriminação étnica ocasionadas pelas práticas de intolerância.

Também, há alguns anos, em 17 de setembro do ano 2003, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o Habeas Corpus n. 82.424 /RS, impetrado em favor de Siegfried Ellwanger. A decisão, publicada no *DJ* de 19 de março de 2004, foi relatada originariamente pelo Ministro Moreira Alves, sendo, ao final, relator do acórdão o Ministro Maurício Corrêa, presidente do Tribunal na época.

Tanto no atual Estatuto, como na ementa do acórdão, o Legislativo e a Corte Suprema enfrentaram a necessidade de determinar o conteúdo jurídico das expressões raça e racismo. Para tanto, expuseram critérios e razões que podem ser consideradas um ponto de partida para abordar assuntos muito atuais, que tocam a sensibilidade social e as opções constitucionais. Dentre elas, podemos mencionar questões como a constitucionalidade das políticas compensatórias no campo étnico, os limites à liberdade de expressão, a dificuldade de concretização do princípio da igualdade em sociedades plurais, ou ainda, a constitucionalidade da reserva de vagas nas universidades, tema que tanto o Congresso como o Supremo Tribunal deverão enfrentar em um futuro não muito distante.

No caso do acórdão, os argumentos foram um pouco mais adiante. Isso porque a decisão requereu uma imprescindível ponderação de conteúdos normativos. E, como já tem sido dito pela doutrina, nesses casos uma apurada técnica de solução de conflitos deve alicerçar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na ideia de dimensionar as decorrências da dignidade da pessoa humana, princípio considerado o real pressuposto valorativo dos direitos fundamentais.

Em ambos os casos – Estatuto e decisão – de alguma maneira se toca o chamado núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988, o que naturalmente suscita reflexões no campo hermenêutico constitucional.

Presentemente, temos considerado conveniente, ao sermos convidados para honrosamente contribuir para uma nova edição da *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, oferecer alguns elementos de análise e manifestar opiniões sobre a questão

do racismo, tomando como parâmetro elementos do novíssimo Estatuto e da assentada decisão da Corte no *habeas corpus*. A nossa intenção é continuar a trabalhar os fundamentos de uma aplicabilidade cada vez mais direta dos dispositivos constitucionais, especialmente os que se referem aos direitos fundamentais ou, como se costumam denominar quando olhados pelo prisma das relações internacionais, os que se referem aos direitos humanos.

Entretanto, antes de prosseguir, uma delimitação do campo de trabalho é apropriada porque os variados elementos do Estatuto e do acórdão obrigariam a seguir diversas trilhas expositivas no sistema jurídico, para não citar as inevitáveis incursões possíveis nos terrenos da antropologia, economia, sociologia ou ciência política. Temos optado pela reflexão sobre os fins constitucionais e a condenação à prática do racismo como uma alternativa que permite visualizar os objetivos jurídicos concretizáveis e realistas na atual quadra da história brasileira, que nos parecem não se distanciam muito dos fins que outras Constituições encampam e plasmam como diretrizes hermenêuticas para uma sociedade mais justa.

Por isso não pretendemos ingressar na discussão, já aprofundada por um setor da doutrina, sobre a multiculturalidade e a interculturalidade. Nossa preocupação consiste em mostrar como o racismo é condenado pelo constituinte brasileiro, por ocasionar um afastamento dos fins pelos quais se orienta o constitucionalismo contemporâneo.

Devemos ainda advertir que não realizaremos um exercício de ponderação nos moldes realizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como evidente na decisão. Tal propósito suporia um estudo paralelo entre o racismo e a liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão, para logo realizar uma análise do confronto entre essa liberdade e o direito à igualdade ou não discriminação.

De tal forma que nossa proposta se dirige à análise de um elemento em particular, que sintetizamos nas seguintes perguntas: é possível arguir que não sendo um grupo humano uma raça, tendo em vista que, conforme a ciência, as raças não existem, as condutas consideradas racistas não têm suporte jurídico e, portanto, deveria desaparecer qualquer referência constitucional ou infraconstitucional às supostas práticas racistas? E ainda: quais os fundamentos que relacionam os valores e fins constitucionais das sociedades plurais da contemporaneidade à não discriminação? Finalmente: os conceitos de raça e racismo sustentam-se na contemporaneidade como elementos teóricos para o combate à discriminação?

2 DELIMITANDO O CAMPO DE TRABALHO

Com o intuito de facilitar a exposição, levando em conta que se trata do reconhecimento e da exploração de alguns elementos do Estatuto da Igualdade Racial e da decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como considerando a necessidade de um raciocínio que conduza a conclusões sólidas sobre o tema em pauta, optaremos pela reprodução do artigo 1º do Estatuto e dos numerais do acórdão nos quais se concentram os aspectos relevantes para o nosso trabalho.

Destarte, a Lei n. 12.288/2010 expressa, no seu artigo 1º:

“Artigo 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único - Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;”

Com a mesma finalidade, visualizaremos os pontos 1 a 8 da ementa do acórdão, nos quais a Corte considerou:

“Habeas Corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana.

Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o antisemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...]”

Como já é conhecido, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem, indeferindo o *habeas corpus* pleiteado em favor de S. Ellwanger.

Naturalmente, os pontos ora focados provocam reflexões sobre as finalidades constitucionais no contexto das sociedades plurais contemporâneas e o conteúdo jurídico dos vocábulos raça e racismo ao ritmo de descobertas científicas de alcance em diversas áreas do conhecimento. A esses assuntos podem-se adicionar preocupações implícitas, como a efetividade das normas constitucionais e legais,

especialmente as do próprio Estatuto da Igualdade Racial, das políticas públicas dirigidas à proteção das denominadas minorias e do sentido da universalidade dos direitos humanos.

3 A COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO: PREMISSAS PARA UMA ABORDAGEM SOBRE RACISMO E DISCRIMINAÇÃO

No Brasil, e em outras sociedades contemporâneas, há um tempo se iniciou um debate político e social, e não somente científico, sobre a pluralidade e heterogeneidade da sua composição humana. Nesse debate se resgatam a história das migrações, forçadas ou voluntárias, que contribuíram para a formação de uma identidade nacional.

Entretanto, talvez a questão mais nevrálgica ao fazer uma análise retrospectiva seja o estudo das possibilidades concretas que cada grupo humano teve para inserir-se adequadamente na realidade econômica da sua época. Por esse prisma, pode-se observar se algumas dessas dificuldades persistem e, sobretudo, continuar a discutir sobre o que fazer atualmente para superá-las, num contexto de manifestas desigualdades cotidianas. Facilita, igualmente, entender como as políticas públicas inclusivas tornam-se fator determinante para um novo patamar de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado Democrático e de Direito anunciado na própria Constituição Federal.

Ao redor do tema poderíamos focalizar o estudo das migrações, atendendo à sua dimensão social, ou bem indagar sobre as características do atual sujeito migrante. Essas análises são extremamente necessárias, apresentando uma perspectiva sociológica e antropológica sem a qual não se diagnostica o fenômeno com a eficiência que se requer.

Contudo, o ponto de vista jurídico será o determinante no nosso breve ensaio, com o objetivo de colocar em evidência que a Constituição Federal de 1988 é um documento que reconhece a pluralidade da sociedade brasileira e se inclina definitivamente pela inclusão, rejeitando qualquer discriminação negativa, como diretrizes necessárias para a consolidação da democracia, a república e os direitos da pessoa humana.

Essa análise jurídica implica partir do reconhecimento de premissas elementares. A primeira delas, que a Constituição de 1988 possui uma indiscutível força normativa, é dizer, que não é um documento meramente intencional ou proclamador de ideias e ideais abstratos, insuscetível de que seus dispositivos sejam conduzidos à realidade, no intuito de transformá-la. Muito pelo contrário, a Constituição é um texto normativo que como potência de ordenamento jurídico, deve orientar uma prática real transformadora.

Precisamente essa força normativa é a única capaz de resolver o dilema entre uma verdade ideal e uma realidade social divergente. Ou dito de outra forma, entre o universalismo dos direitos e a sua evidente negação ou deficiência de efetividade.

A segunda premissa consiste em que a Constituição reproduz uma majoritária consciência coletiva em torno da promoção de valores em favor das presentes e futuras gerações, relacionados à condenação das ameaças e agressões à paz, à dignidade humana, à vida, à igualdade e às liberdades. As finalidades constitucionais estão espalhadas pelo seu texto e indicam a necessidade de conquistar uma real prática humanista, tangível, através da tolerância e da solidariedade; a construção de uma cultura de responsabilidade democrática; a realização da justiça social como mecanismo que aciona a liberdade autêntica, a autorrealização humana.²

Deve ficar claro que essa orientação teleológica exposta pela Constituição de 1988 disciplina todo e qualquer exercício hermenêutico que seja realizado na ordem jurídica, condicionando a atuação, especialmente do chamado intérprete autêntico ou guardião da Constituição, no momento de fazer valer o postulado normativo.

Finalmente, um elemento de singular importância na hora da análise é a convicção de que a realização da Constituição equivale à realização de uma ideia de direito. Essa compreensão do que é considerado justo em determinado momento da história rejeita de imediato qualquer outra ótica, e nela reside o que denominaríamos o *ethos* constitucional.

Contudo, se a realização dessa ideia de direito começa de fato com a consagração no texto normativo dos valores que a alicerçam, a verdade é que a Constituição somente se produz na prática em virtude de uma participação ativa – cidadania ativa – dos agentes sociais, da conformidade e disciplina das forças econômicas aos postulados constitucionais; de uma permanente política inclusiva, que torne os seres humanos protagonistas de uma história de transformações e de uma atuação governamental consequente; de uma atuação jurisdicional não autorrestritiva e da interpretação de que a expressão justiça, que qualifica as chamadas funções essenciais, não significa apenas o exercício da capacidade postulatória, mas a missão constitucional de perseguir esse valor como elemento sem o qual não há pacificação nem progresso civilizatório que valha a pena.

² Sobre os fins da Constituição e do direito constitucional consultar: SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 49.

Logo se vê que as anteriores premissas sustentam decorrências importantes e verificáveis quando se examina a relação entre a Constituição e o conjunto do ordenamento porque, como já sido sustentado por alguns autores, atravessamos a etapa na qual o sistema jurídico se constitucionalizou, no que convencionou-se denominar de neoconstitucionalismo. O fenômeno supõe, do nosso ponto de observação e em nosso meio, dotar de conteúdo normativo toda e qualquer disposição do Diploma de 1988, regendo as relações entre indivíduos e Estado, mas também as relações indivíduo-indivíduo numa perspectiva horizontal, outorgando a garantia a todos de uma condução permanente das lides ao patamar constitucional, procurando uma decisão motivada pelos direitos fundamentais e a força dos princípios, estes últimos considerados os elementos que do interior da Constituição melhor revelam os valores da sociedade política.

Pois bem, presentemente se trata de considerar esses elementos forjados constitucionalmente e verificar qual a compreensão que os sujeitos constitucionais têm do texto normativo e da sua aplicação. Essa análise é realmente muito ampla, pelo que resulta procedente trabalhar com singularidades suficientemente representativas em termos jurídico-sociais. As questões referentes ao racismo e às discriminações são, sem dúvida alguma, singularidades no vasto domínio de uma ordem jurídica constitucionalizada que nos permitem essa análise.

Observa-se inicialmente um grau de tensão entre a Constituição e a forma de ser social, especialmente porque as percepções sobre a Carta no interior da sociedade são especialmente diversas. Logicamente, um conjunto de fatores hão de ser examinados, de preferência separadamente, no intuito de determinar o impacto que a Constituição tem em um setor social e o impacto da ação desse setor na efetividade do modelo que a Constituição pretende reproduzir.

Pode-se indagar, por exemplo, qual a percepção que os migrantes, estrangeiros ou refugiados, têm da Constituição, ou qual o papel que ocupam segmentos populacionais, como o das pessoas afrodescendentes ou orientais no processo produtivo e, conseqüentemente, qual sua visão sobre os direitos sociais consagrados no texto constitucional.

Nesse sentido, a tarefa da ciência jurídica consiste em realizar uma leitura da Constituição, seu objeto de estudo, que forneça os elementos para um discurso suficientemente pedagógico, capaz de envolver os agentes econômicos, políticos e sociais em uma transformação efetiva de realidades, reproduzindo e projetando valores e fins constitucionais. Em contraposição a esse desiderato, um esquema fechado em si próprio, numa interpretação que, sem desconhecer valores e fins, não os considera como

parte da substancialidade do direito, pode gerar distorções que impediriam a reprodução adequada do tecido social na sociedade democrática.

4 SOCIEDADES PLURAIS E DIFICULDADES DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Uma das características mais notórias das sociedades de hoje reside na sua pluralidade – que em algumas se evidencia com maior força que em outras – de visões de futuro e perspectivas ou programas diversos de ação. Vale apontar que na sociedade brasileira essa pluralidade ainda não tem sido suficientemente abordada, a ponto de deixar de originar dificuldades concretas no momento de desenhar políticas públicas, iniciativas legislativas ou decisões jurisdicionais que possam afirmar alguns grupos humanos.

Muito embora essa diversidade manifesta, existem elementos altamente favoráveis que permitem afirmar que uma convergência explicável e justificada se encontra no firme propósito de efetivar os direitos humanos. Na verdade, e apesar da constante ameaça de uma possível indiferença diante de fatos corriqueiros que comprometam as liberdades, a opinião pública, acompanhando uma tendência mundial particular dos últimos dez anos, alimentou uma elevada capacidade de reação contra a impunidade e as ameaças aos direitos.

Nisso interfere claramente a possibilidade de conhecer realidades distantes que testam a visão e compreensão de todos sobre o gênero humano e a relação entre fórmulas jurídicas locais e internacionais – direitos locais ou nacionais e direito constitucional internacional ou direito internacional constitucional. Certamente essa coesão entre os seres humanos, por exemplo, é posta à prova ao se ter notícias de expulsões de estrangeiros, discriminações e punições que consideramos absurdas ou óticas jurídicas diferentes sobre o que seja a fundamentalidade ou substancialidade das várias projeções da dignidade.³

Por evidente, existe uma discussão em torno da universalidade dos direitos humanos. Importa ressaltar que os princípios constitucionais da

³ A diretriz da União Europeia estabelecendo o prazo até o final do ano para a regularização de migrantes nesse continente, sob pena de detenção e deportação, bem como a proibição do véu islâmico em locais públicos na França e, ainda nesse país, a política de expulsão de famílias inteiras de ciganos, mostram que ainda há muito a discutir no terreno da proteção desses direitos.

tolerância e da solidariedade, que também são postulados principiológicos para a construção de uma sociedade internacional pautada por um mínimo de justiça e respeito pela vida, passaram a ser baluartes nesse debate.

E a discussão não é fácil, particularmente porque os argumentos nos levam a examinar o que as diversas culturas entendem como direito, além de outros conceitos que parecem à primeira vista isentos de qualquer debate sobre seu conteúdo mais elementar, como os de democracia, cidadania ou humanidade e dignidade. A matriz discursiva envolve tomar partido sobre ser ou não desejável uma visão transcultural dos direitos humanos, capaz de impor mecanismos protetores desses direitos, com alcance universal. Alguns autores observam numa proteção desse tipo uma espécie de colonização cultural fantasiada de resguardo de direitos, que convertem questões como a democracia ou o direito à vida em verdadeiros cavalos-de-troia.

Um olhar desde as premissas da ordem constitucional e dos fins constitucionais que temos exposto ao começo obriga a pensar que talvez no fundo desses problemas possa estar a questão da participação dos diversos setores nacionais na elaboração do texto constitucional, o que, conduzido à sociedade internacional, remete à participação das sociedades nacionais na elaboração e aceitação dos postulados de documentos como a própria Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesse sentido, *Norbert Roland* destaca a declaração do representante oficial da República Islâmica do Irã por ocasião da XXXIX Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 1984, na qual afirma que a Declaração Universal de Direitos Humanos,

“[...] que ilustra uma concepção laica da tradição judaico-cristã não pode ser aplicada pelos muçulmanos e não corresponde em absoluto ao sistema de valores reconhecido pela República Islâmica do Irã, esta última não pode hesitar em violar-lhes as disposições, já que tem de escolher entre violar a lei divina do país ou as convenções laicas.”⁴

Logicamente a visão sobre os povos, nações e grupos considerados minoritários, mas atuantes em contextos nos quais dirigem ações pertinentes a preservar seus modos de vida e tradições religiosas, faz parte do debate. Essas minorias, bem sejam étnicas, nacionais, religiosas ou de qualquer outro tipo, parecem estar à procura da efetividade de direitos

⁴ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.

para os quais Constituições e declarações internacionais não têm sido suficientes, pela ausência de uma política dirigida a esse fim.

Na verdade, se os direitos consagrados nas Constituições e declarações tivessem condições plenas de aplicabilidade, então não seria justificável redigir estatutos parcelados, com o intuito de amparar indígenas ou populações afrodescendentes. Isso significa, singelamente, e se voltarmos às Constituições, que se elas se referem à proteção das minorias, e para tanto dedicam capítulos especiais e dispositivos particularmente aplicáveis a condutas discriminatórias, então apresentam uma intencionalidade jurídica que afasta uma hermenêutica simples em torno de uma distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei, para originar um raciocínio especializado.

Nessa perspectiva, somente se justifica uma diretiva constitucional particular para a proteção de um grupo considerado minoritário ou uma diretriz para tratar do assunto do racismo se houver minorias e condutas abertas ou sutis de racismo, que devam ser emolduradas pela força normativa da Constituição e na perspectiva de tornar usufruíveis direitos para todos que são de todos. Por isso, razão assiste a *Fernandez García*, quando manifesta que nunca gostou da expressão direitos das minorias porque dá a impressão de significar um tipo de direito especial para pessoas especiais, à margem da ideia de direitos fundamentais como direitos de todos os seres humanos, quando do que se trata não é que peçam um tratamento especial, mas um tratamento igual. Nesse sentido, então, o direito real consiste em não ser tratado como minoria.⁵

Contudo, o que realmente importa reconhecer é que na proteção reforçada das minorias e grupos considerados vulneráveis se concentra uma dose de responsabilidade humana diante da carga histórica de discriminações ou fatos que justificam esse tratamento jurídico, como no caso dos judeus, curdos, ciganos e outros grupos.

Um parêntese em nosso raciocínio, que não deixa de ser singular, é que um dos perigos reais nessa discussão consiste nas versões renovadas de guetos e *apartheid* sociais. *Norbert Rouland* percebe como o discurso sobre os direitos dos mais desfavorecidos por conta de históricas discriminações era evidente nas chamadas esquerdas do pensamento, enquanto hoje a

⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Los derechos de las minorías culturales y de pensamiento. In: TAMAYO-ACOSTA, Juan José (Dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino. 2005. p. 299.

denominada nova direita se apropria do tema, promovendo uma versão ao gosto do dia do *apartheid*.⁶

De todas as maneiras, para nós é essencial, e como veremos em outro item, ao tratar do racismo, observar o nascimento de normas jurídicas que revelam, em alguns casos, a intencionalidade estatal tendente a sustentar uma fictícia oposição entre unidade política e pluriculturalidade. É dizer, que não há como manter sociedades plurais porque uma cultura subordinaria a outra, até eliminá-la.

Tamanha desconfiança no ser humano impediria sustentar que o papel do Estado – e nisso interfere um posicionamento ideológico que nos parece inevitável, mas que deve ser de alguma forma também disciplinado por valores e fins constitucionais – deverá sempre se dirigir à regulação da coexistência das diferenças, gerando uma complementariedade possível, regulando normativamente, de modo que os diversos grupos étnicos, religiosos ou políticos caminhem para a recuperação da dignidade para todos os seres humanos.

Parece-nos ainda que no plano internacional devem-se evitar duas posições extremas. A primeira consiste em renunciar à universalidade dos direitos humanos, para abrir passo a uma relatividade que em nada ajudaria à denúncia de violações gravíssimas desses direitos. Deve-se ressaltar a importantíssima função cumprida por documentos como o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos ou o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ou, no contexto regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, para tornar efetivos direitos que precisam de reforço protetor.

A segunda posição consiste em considerar que não há outras opções possíveis ou mecanismos institucionais em Estados que resistem à aplicação dos direitos humanos, desde a nossa perspectiva, chamada por alguns, à falta de melhor expressão, de visão ocidental.

⁶ “Em poucos anos, o tema do ‘direito à diferença’ mudou bruscamente de posição. Foi primeiro objeto de uma interpretação otimista – as diferenças enriquecem, a tolerância permite a comunicação – e costuma estar inscrito no catálogo das ideias de esquerda. Depois suas cores se escureceram. Percebeu-se que as diferenças também podem conduzir à exclusão e ao ódio, que a intolerância podia dissimular-se sob a tolerância: nem tudo o que é plural é de ouro. Paralelamente, a Nova Direita apropriava-se do tema, exibindo-se até num papel neoterceiro-mundista. São tamanhas as diferenças, e o respeito que se lhes deve tão evidente, que é inútil procurar tirar proveito delas. A cada qual seus valores e, provavelmente, seu território: versão ao gosto do dia do *apartheid*. O racismo biológico se transforma em diferencialismo cultural.” (ROULAND, Norbert, *Nos confins do direito*, p. 204).

Por essa via, um dos dilemas para a elaboração racional de uma normatividade internacional equilibrada consiste em resolver o problema dos limites das manifestações humanas, particularmente as de pensamento ou expressão, tendo em vista que atos ou exposições que revelam uma postura ideológica, política, cultural ou de superioridade étnica – abertas ou sutis –, podem colidir com outras visões, divergentes e opostas, ou mesmo sustentar discriminações, históricas ou presentes, que afetam um grupo em particular.

No plano das sociedades nacionais, essas duas posições extremas se revelam de forma mais ou menos análoga e concluem pela necessidade de conter as manifestações que possam atacar grupos da sociedade nacional que são partícipes do mesmo processo civilizatório e que procuram o albergue constitucional. Tais demonstrações, evidentemente, são reproduções de intolerância que afetam a convivência dirigida ao humanismo real na qual se empenhou o constituinte.

Nesses casos, a força normativa da Constituição, a aplicabilidade direta dos dispositivos da Carta de 1988, especialmente os de cunho principiológico, seja na perspectiva horizontal ou vertical, para a proteção e defesa dos direitos fundamentais, mormente para a proteção e defesa de um projeto ou modelo de convivência sustentando valores e fins, passa a ser o norte da interpretação.

Advirta-se que a aventura de desvendar a relação entre manifestação do pensamento e questões raciais, ou que afetam setores minoritários, implica reconhecer inicialmente que é impossível pretender construir um modelo ou camisa de força que resulte impermeável a outras opções ou propostas no terreno jurídico.

O que deve ser salientado, de todo modo, é que a capacidade da sociedade assimilar uma conduta discriminatória encontra limites, assim como também os encontra uma ação que pretenda afirmar um grupo humano qualquer. Ou seja, numa sociedade pluralista pautada pelas conquistas de um Estado de Direito democrático, a rejeição à discriminação negativa é quase natural, mas também deve-se ter cuidado com a maneira como se realiza o exercício de promoção de um setor social.

O exemplo mais claro é o das ações afirmativas que, por carecerem uma motivação persuasiva e sustentada serenamente no plano jurídico-constitucional, podem ocasionar uma rejeição indesejável. Admitamos que no terreno político, no qual as questões costumam pautar-se pela correlação de forças, sustentar na prática – como tem sido feito no Brasil – uma política de ação afirmativa é o primeiro estágio de uma discussão

na perspectiva de convencer socialmente que essa promoção é o que deve ser considerado justo. No entanto, tarde ou cedo, no terreno jurídico, a questão passará a ser resolvida pelos tribunais, e especial pelo tribunal constitucional.

É preciso fazer opções suficientemente lógicas e sólidas, razoáveis e ponderadas juridicamente, para que o direito como disciplina social projete uma visão permanentemente inclusiva. A ferramenta inicial para chegar a tais opções é o texto normativo constitucional, perfeitamente apto a ser interpretado para fins de construção da sociedade fraterna que ela própria proclama.

5 O RACISMO COMO OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Não se pretende uma exaustiva exposição sobre os documentos constitucionais ou legais, nem mesmo fazer um histórico de declarações internacionais que rejeitam o racismo como conduta discriminatória. No entanto, imprescindível se afigura a apresentação de um panorama sobre a maneira como as estruturas jurídicas nacionais e a própria sociedade internacional cuidaram do assunto.

De início, convém apontar que como movimento de cunho político e jurídico surgido no século XVIII, o constitucionalismo, na sua essência, rejeita as discriminações. No entanto, se tomamos, por exemplo, a tradição constitucional dos Estados Unidos, constataremos que apesar de projeções jurídicas notáveis, como o *judicial review* ou o presidencialismo, o amparo às minorias foi desde o começo bastante ineficiente, distante ou sem condições de efetividade.

Com efeito, nesse país, as 14^a e 15^a Emendas, de 1868 e 1870, respectivamente, garantiram a igualdade de direitos e de votos a todos os cidadãos. No entanto, uma lei do Texas determinou que “de forma alguma o negro poderá participar de uma eleição primária do Partido Democrata”. Também a Constituição de Oklahoma de 1866 estabeleceu que nenhuma pessoa negra ou descendente de negros poderia habilitar-se como eleitor, sem submeter-se a exames educacionais que terminavam barrando os candidatos e votantes negros, como relata *Bernard Schwartz*.⁷

⁷ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 277.

Houve um longo processo contra as discriminações, que talvez encontrou seu auge no século XX nos Estados Unidos, por ocasião da decisão do caso *Brown vs. Board of Education*, em 1954, contra a desagregação escolar. A Corte Suprema do país inaugurou com ela uma nova etapa jurisprudencial, com a cobertura oferecida pelo chamado *judicial activism*, que transformou a sociedade americana, confirmada anos depois com a declaração de constitucionalidade das políticas de discriminação compensatória, particularmente no caso *Regents of the University of Califórnia vs. Bakke*.⁸

Quanto ao Brasil, deve-se apontar que a Constituição do Império, de 1824, em nada se referiu à proteção das pessoas por conta de atitudes racistas. A omissão, como é conhecido, permitiu aos governos das províncias adotarem medidas discriminando setores populacionais, especialmente os negros. Nesse sentido, o Decreto de 23 de março de 1838 expedido pelo Presidente da Província de Sergipe proibia a frequência nas escolas públicas a “todas as pessoas que padeçam de moléstias contagiosas e aos africanos, quer livres, quer libertos”.

Muito embora não houvesse dispositivo expresso, interessante anotar o que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal João Barbalho:

[...] os direitos que a Constituição assegura são os mesmos para todos os indivíduos; os meios e recursos estabelecidos para garanti-los competem igualmente a todos. Não há, perante as leis republicanas, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito”.⁹

Vale a pena também mencionar que nessa Constituição, o artigo 179, XIII, determinava: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

Essa expressão “a lei será igual para todos” foi reproduzida anos depois na Constituição da República de 1891, no artigo 72, parágrafo 2º, da maneira como permanece até hoje: “Todos são iguais perante a lei”. O parágrafo era complementado pela manifestação seguinte: “A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e

⁸ Ver o excelente artigo: ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Revista Sub Judice*, Lisboa, n. 12, p. 8-10, jan./jun. 1998.

⁹ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1924, apud BRANDÃO, Adelino. *Direito racial: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 97.

extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

Um pouco mais adiante, a Constituição de 1934, como se sabe, sob a influência da República de Weimar de 1919 e de Constituições como a do México de 1923 e da Espanha de 1931, determinou no seu artigo 113: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégio nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.”

A seguir, a Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, estabeleceu no artigo 122 que todos são iguais perante a lei, em trecho menos extensivo que o da Constituição imediatamente anterior.

Veja-se que anos depois, a Constituição de 1946, no parágrafo 1º do artigo 141, utilizou a mesma expressão constante na Carta de 1937. Foi sob o império dessa Constituição que se editou a Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390, de 03 de julho de 1951), que considera contravenção a prática racista e que, como veremos, pela leitura da Constituição em vigor, não poderia ser recepcionada.

Em que pese ser contraditória a questão, pelo menos formalmente, o Ato Institucional n. 2 reformou o parágrafo 5º do artigo 141, para expressar então: “É livre a manifestação do pensamento [...] não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem pública e social, ou preconceito de raça ou de classe.”

Mencione-se que também o Código Eleitoral, desde a sua redação inicial, estabeleceu no artigo 243 a intolerância à propaganda que faz apologia aos preconceitos de raça ou de classes.

A Constituição de 1967, no parágrafo 1º do artigo 150, inserto no Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) do Título II (Da Declaração de Direitos), estabeleceu punição para o preconceito de raça, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

Mencione-se que a antiga Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), não recepcionada pela Constituição Federal de 1988¹⁰, na época estipulava no artigo 12: “Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do

¹⁰ STF – ADPF n. 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 06.11.2009.

pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.”¹¹

Finalmente, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, expressou, no artigo 153, parágrafo 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil se propôs sua própria reconstrução, tentando assentar as bases estruturais de um Estado de Direito, pautado pela igualdade, pela legalidade e pela justiça como valores inerentes às relações sociais e representação jurídica de um consenso político.

A Constituição de 1988 resultou de um marco amplo de coincidências históricas e promoveu uma abertura democrática, na qual se deu destaque singular à igualdade como vetor normativo capaz de ter a flexibilidade suficiente para uma atividade dos poderes estatais dirigida a consolidar opções individuais e à satisfação de direitos sociais.

Na verdade, sem deixar de olhar para o passado imediato, que rejeitou de plano, a Constituição revelou uma proposta de modelo de vida para a sociedade brasileira. Uma espécie de plataforma de partida dirigida a sustentar uma política constitucional, como expressaria *Zagrebel'sky*, garantia de legitimidade para os diversos setores sociais, na perspectiva de uma concorrência entre esses setores, para imprimir ao Estado uma orientação ou signo dentro das limitações, valores e finalidades nela contidos. Por essa via, a política constitucional, que deriva das adesões e abandonos do pluralismo, determina os resultados constitucionais históricos e concretos.¹²

Aponte-se que a intencionalidade constituinte aparece manifesta no preâmbulo. A Assembleia Nacional Constituinte foi instituída para estabelecer um Estado pautado por valores como a igualdade e a justiça. Tais valores são pontos ou elementos de consenso no marco de

¹¹ Os artigos 13 e 14 da mesma Lei estabeleciam: “Artigo 13 - Constituem crimes na exploração ou utilização dos meios de informação e divulgação os previstos nos artigos seguintes. Artigo 14 - fazer propaganda de guerra, de processos para a subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. Pena: de 1 a 4 anos de detenção.”

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Traducción de Marina Gascón. 7, ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 13-14.

relações humanas próprias de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Veja-se também que a Constituição estabelece um fator de compreensão de toda a ordem jurídica – a partir do qual é possível projetar todo o campo dos direitos fundamentais – a dignidade da pessoa humana, consagrada no inciso III do artigo 1º do Diploma Constitucional. Talvez seja impossível encontrar outro argumento mais forte ou significativo, para a tutela jurídica dos seres humanos e, em particular, para tecer um raciocínio no campo dos direitos sobre antirracismo, do que o conteúdo desse princípio. A dignidade é a chave para o entendimento de uma teoria geral do direito e dos direitos humanos, e resulta extremamente difícil desenvolver qualquer raciocínio no campo jurídico sem esse cânone.

Poder-se-ia realizar um raciocínio mais completo sobre o ponto, mas, na ideia de observar meticulosamente como passa a ser evidente a projeção da dignidade no terreno da não discriminação, vale a pena prosseguir na análise do texto constitucional. Ele apresenta também, no artigo 3º, uma referência clara à vocação democrática e inclusiva quando, no inciso IV, coloca dentre os objetivos da República, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Deve-se reconhecer que embora a discriminação racial não tenha sido o problema central nas discussões da Assembleia Constituinte, o tema esteve presente nos debates sobre a igualdade, as relações internacionais, a questão cultural e a integração dos participantes do processo civilizatório brasileiro.

Por isso, no artigo 4º, expressando os princípios que orientam o relacionamento internacional brasileiro, a Constituição determina, nos incisos II e VIII, a observância da prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Ao ingressar no Título II da Constituição Federal e abordar os direitos e garantias fundamentais, o constituinte, no Capítulo I, denominado *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, consagra a igualdade no *caput* do artigo 5º. No inciso III do mesmo artigo, expressa sua rejeição aos tratamentos degradantes e, no inciso XLII, condena a prática do racismo, que constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.

A Constituição anterior, no parágrafo 1º do artigo 153, estabelecia: “Será punido pela lei o preconceito de raça”. Esse dispositivo inspirou a redação do inciso XLI da Constituição em vigor, que reza que “a lei

punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Dessa maneira, consagrou-se uma garantia constitucional atípica ou *sui generis*, posto que, como afirmam *Celso Ribeiro Bastos* e *Ives Gandra*, “o reforço dos direitos individuais se dá pela estatuição de uma pena para o transgressor”.¹³

No caso, o castigo se dirige àquele que pratica a conduta discriminadora. Portanto, os comportamentos discriminatórios em função de raça, religião, opção política, ideológica ou filosófica são punidos em função da quebra da igualdade e da tolerância que deve pautar os relacionamentos sociais. Por isso, como advertem os dois autores, “a desequiparação das pessoas que em tese deveriam ser tratadas igualmente é que abre escanchas à configuração de uma hipótese delituosa”.¹⁴

Precisamente levando em conta esse dispositivo, que qualifica como crime inafiançável a discriminação, é que a Lei n. 1.390/51 – Lei Afonso Arinos – que estipulava que o preconceito de raça e de cor era mera contravenção, não teve condições de ser recepcionada.

Convém apontar que no Capítulo II do Título II, quando tratou dos direitos sociais, o constituinte estabeleceu no artigo 7º, XXX, a proibição de “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Anote-se que, por força da cláusula de irreversibilidade – art. 60, § 4º, IV –, os direitos fundamentais, e com isso o direito de não ser alvo de discriminações injustas, negativas e atentatórias à dignidade, passaram a ser inatingíveis pela competência reformadora do Congresso.

Bem mais à frente, no terreno da educação, o constituinte, no artigo 210, expressou a ordem de serem fixados “conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”.

Também nesse campo, o parágrafo 1º do artigo 242 do Título IX (*Das Disposições Constitucionais Gerais*) determina que “o ensino da história do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro”.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 216.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 218.

Na seara da cultura, o constituinte expressou sua compreensão da natureza da sociedade brasileira, ao ordenar ao Estado a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” e expressamente ao Legislativo, a edição de ato normativo para dispor sobre as “datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

Para além da edificação normativa no terreno constitucional, o Brasil parece plenamente consciente de que a denominada democracia racial não depende da miscigenação ou dos felizmente graus de tolerância notórios, quando recebe e assimila pessoas oriundas de outros países, sejam limítrofes ou não. Mas, concomitantemente ao assunto, existe também a questão referente à simbiose ou afastamento no plano acadêmico, político, econômico, social e cultural, das chamadas injustiça de raça e injustiça de classe.¹⁵

O que nos parece é que vincular a superação do racismo à superação da problemática de eliminação da pobreza coloca a discussão, na prática, sob duas premissas: a primeira, a de incluir socialmente os historicamente excluídos de oportunidades por sucessivas circunstâncias de discriminação, seja por conta de uma herança manifesta em um país que libertou os escravos e de imediato importou europeus para as tarefas mais duras, ou por quaisquer outras circunstâncias; a segunda, a de incluir aqueles que, independentemente de sua religião, credo, cor, herança, superam com seu esforço as adversidades em um país de desigualdades sociais múltiplas.

Nisso reside a problematização jurídica das cotas, que não são o centro do nosso trabalho nesta oportunidade, mas que não poderíamos passar por alto. E, sem dúvida, a opção deve ser a execução de um programa muito amplo de efetividade dos direitos humanos, que se observarmos com calma, e como sustentamos em outra oportunidade, todos e cada um precisam da intervenção estatal, é dizer, da esfera pública.

Em anos mais recentes, a Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989, alterada pela Lei n. 9.459/97, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, bem como a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que modificou ou parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal,

¹⁵ UNGER, Mangabeira. Fazer a abolição de novo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 maio 2008. Tendências/Debates, p. A3.

são peças jurídicas a serem levadas em consideração para o adequado tratamento das práticas racistas e discriminatórias.

Logicamente, a esse arcabouço normativo deve-se adicionar a própria Lei n. 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, e que, como vimos na introdução, traz a determinação jurídica do que se considera discriminação racial ou étnico-racial, desigualdade racial e desigualdade de gênero e raça.

Voltando à Constituição, uma referência merece a cláusula de abertura a tratados internacionais, exposta no parágrafo 2º do artigo 5º, que determina que “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”.

Como se sabe, a Emenda Constitucional n. 45/2004 adicionou o parágrafo 3º ao artigo 5º, para consignar o mecanismo de introdução no sistema jurídico nacional das normas dos tratados de direitos humanos. Assim, receberão trâmite semelhante ao estabelecido para a reforma constitucional pela via das emendas, estabelecido no artigo 60, é dizer, uma votação em dois turnos nas Casas do Congresso Nacional, e para efeitos de aprovação, o respeito ao *quorum* qualificado de três quintos dos membros de cada Casa.

Nesse campo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Resolução 2.106-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, dispõe que os Estados devem declarar como delito qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação de 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. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969.

Alguns anos antes, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em 04 de junho de 1958, adotou a Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150, de 23 de janeiro de 1968, que veda “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social,

que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Vale a pena mencionar também a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da Unesco na sua 11^a Sessão, reunida em Paris, e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 63.223, de 06 de setembro de 1968.

A Convenção veda qualquer

“[...] discriminação, exclusão, limitação ou preferência que, por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino e, principalmente:

- a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas de acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;
- b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo;
- c) sob reserva do disposto no artigo 2º da presente Convenção, instituiu manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou
- d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.”

O Estatuto da Corte Penal Internacional, definido pela Convenção de Roma de 17 de julho de 1998, no seu artigo 7.1, expressa que se entende por crime contra a humanidade, a “h)perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificada, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”.

Como é possível observar, as normas decorrentes de tratados que regulam o racismo foram incorporadas à ordem jurídica brasileira pela via dos decretos legislativos, como se sabe, norma de estatura infraconstitucional. Com a Emenda Constitucional n. 45/2008, o processo de incorporação das normas internacionais referentes a direitos humanos passou a depender de processo semelhante à introdução das emendas constitucionais. Sem entrar no mérito de uma discussão sobre o *status* atual das normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos, achamos que eles se encontram incorporados do ponto de vista material ou substancial ao catálogo de direitos expressos na Constituição Federal em vigor, de forma que os consideramos juridicamente vinculativos.

Esse posicionamento justifica que as normas constantes em tratados possuam todas as condições jurídicas para fundamentar as pretensões dos indivíduos de forma direta, tornando operativa e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente nos Estados onde não existe legislação própria tipificando a conduta discriminadora. Os tratados reforçam, no caso brasileiro, a proteção contra qualquer discriminação, ainda que já esteja consagrada na Constituição de 1988, foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger, e hoje também se sustenta no Estatuto da Igualdade Racial.

6 UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERDISCIPLINARIDADE E SUA POSSIBILIDADE TRANSFORMADORA

Na ideia de comentar o Estatuto e a decisão do caso Ellwanger, vale a pena refletir sobre como as convicções humanas e o direito da cotidianidade é impactado pelas ciências sociais e ultimamente pela biologia.

Sobre o tema, deparamos com um interessante artigo sobre a inexistência biológica das raças humanas, no qual seus autores, *Sérgio Pena* e *Telma S. Birchal*, expõem que o papel da ciência, embora não seja esse propriamente o campo de origem dos mandamentos morais, consiste em mostrar o que não é. Assim, ela liberta, ou seja, tem o poder de afastar erros e preconceitos. Por isso, a ciência tem papel fundamental na instrução da esfera social.¹⁶

O que nos parece é que, quando Supremo Tribunal Federal decidiu o Caso Ellwanger, o fez com base na incorporação de um *ethos* social amparado nos fundamentos biológicos. Na verdade, a função da ciência tornou-se, no caso, instrutiva e decisiva para a orientação do acórdão. Com efeito, os ensinamentos da genética impactam de tal maneira a seara social que o fato científico é assumido pelo Judiciário. Verificou-se, com relação ao assunto raça, uma absorção e incorporação pela sociedade das demonstrações científicas, gerando convicções e atitudes morais, no sentido, como expressam os autores mencionados, de um reforço da

¹⁶ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social? *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 10-21, dez. 2005/fev. 2006.

oposição às afirmações de diferentes formas de hierarquia entre os povos e grupos humanos.¹⁷

No artigo, após analisar a variabilidade genômica humana e os caracteres morfológicos, os autores concluem convencidos:

“Como vimos acima, três linhas separadas de pesquisa molecular fornecem evidências científicas sobre a inexistência de raças humanas. A primeira é a observação de que a espécie humana é muito jovem e seus padrões migratórios demasiadamente amplos para permitir uma diferenciação e conseqüentemente separação em diferentes grupos biológicos que pudessem ser chamados de ‘raças’. A segunda é o fato de que as chamadas ‘raças’ compartilham a vasta maioria das suas variantes genéticas. A terceira é a constatação de que apenas 5-10% da variação genômica humana ocorre entre as ‘raças’ putativas. As evidências levam à conclusão de que raças humanas não existem do ponto de vista genético ou biológico.”¹⁸

Naturalmente, no campo jurídico a ressonância que têm as afirmações da ciência genética é bastante singular, tendo em vista não somente o acórdão ou o jovem Estatuto, mas os desafios colocados ao direito em matéria de proteção da vida humana, mormente no terreno da constitucionalidade da interrupção da gravidez em função de anencefalia fetal ou na decisão da corte sobre a constitucionalidade das pesquisas em células-tronco embrionárias com objetivos terapêuticos.¹⁹

Assim que, no campo de trabalho delimitado no presente artigo – a questão do racismo e da não discriminação –, é evidente que se revela uma aproximação entre ciência e direito. Lembre-se que esse último, como fenômeno histórico-cultural, pretende realizar uma ordenação normativa da realidade. Essa realidade constitui o domínio dos costumes ou dos hábitos, das práticas sociais, é dizer, dos comportamentos humanos. Se as valorações humanas são impactadas pela biologia e a genética, de alguma forma o direito obriga-se a trabalhar com elas.

Por essa via, a ciência como esfera autônoma da investigação se liga à transfusão axiológica da normatividade constitucional ou internacional sobre o tema das raças e, no caso em comento, legitima as decisões jurisdicionais ou as opções legislativas. A ciência não tem como

¹⁷ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S., A inexistência biológica versus a existência social de raças..., p. 13.

¹⁸ PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S., A inexistência biológica versus a existência social de raças..., p. 15.

¹⁹ ADI n. 3510/DF, rel: Min. Carlos Britto, j. 29.05.2008.

fundamentar valores, mas tem como afastar erros, dizendo o que não é considerado como verdade, e quando o faz de imediato, possibilita a escolha moral que finalmente será reproduzida como valor na norma jurídica, para exigir um comportamento adequado e harmônico, conforme as finalidades sociais.

Como vimos em item anterior, no sistema jurídico, a maneira mais efetiva de introduzir valores se dá pela via dos princípios, normas que levam um conteúdo de tamanha densidade que podem ser aplicadas a situações, condutas ou práticas sociais diversas. E a maior parte dessas normas principiológicas se acha no ápice da estrutura normativa, é dizer, em sede constitucional.

De tudo se deduz que a conduta não discriminatória como exigência jurídica exposta na Constituição Federal de 1988, como veremos um pouco adiante, é também uma exigência ética e moral, relacionada a uma certa pretensão do bom e do justo, com fundamento científico.

Não se procura, no entanto, justificar que sempre e em todos os casos submetidos à decisão do tribunal constitucional, o conhecimento científico do que é possa ser considerado a válvula para identificar o que, no campo do direito, *Kelsen* chamava o *sollen* ou dever ser. É dizer, a ciência, como toda atividade humana, está sujeita aos ditames do experimental e, obviamente, evolui. Apenas deve-se reconhecer que na aproximação dos discursos é possível entender que em um mundo em que se constatam relações de domínio a partir de teses fundadas em divergências biológicas com fundamento na observação do outro, a modificação de uma falsidade por um novo nível de conhecimento científico implica uma inevitável revisão dessas relações de dominação. Do campo da ciência, é possível ir ao moral e ao jurídico, sem desconhecer as autonomias e os limites e possibilidades de cada um, e transformar realidades combinando a força de cada um.

Imaginemos, contudo e muito embora o que temos expressado até o momento, mas em perfeita consonância com a evolução da própria ciência, que ela obtenha novos dados, que nos informe que as raças existem. Seria possível engavetar o direito construído no intuito da não discriminação e as decisões tomadas com fundamento ora científico? Achamos que, ainda nessa hipótese, a resposta seria negativa. Na verdade, se a dignidade humana não é um atributo que surge apenas da ciência, mas do reconhecimento de um *status*, o que nos conduz à cultura e às nossas escolhas para justificar a autodeterminação do ser humano. Então, é justo expressar que mesmo nesse caso, isso, de todo modo, não seria suficiente para desconhecer o *status* de dignidade de todos os seres humanos, e ainda

as relações de dominação deveriam ser proscritas, por contrárias à moral e ao direito.

No entanto, e como poderemos observar, se as raças não existem, o racismo é uma realidade. E se o fundamento científico se perde, a verdade é que historicamente o racismo como postura ideológica admite outros fundamentos, que fogem do campo biológico, com a pretensão de justificar precisamente a relação de domínio, reitere-se, relação fatal para o correto desenvolvimento do tecido social que pretendemos com o direito, e definitivamente contrária aos fins constitucionais da contemporaneidade.

7 O CONTEÚDO JURÍDICO DO VOCÁBULO RACISMO E SUA APLICAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De início, há que se advertir que em nossos dias a expressão racismo designa qualquer fórmula de discriminação, nem sempre apoiada na ideia de raça. Nesse sentido, trata-se de uma espécie de metáfora para designar qualquer tipo de essencialismo ou naturalização que resulte na prática discriminatória.

Nessa imagem, a ideia de uma diferença absoluta e irreduzível como núcleo jurídico da conduta racista escapa à mera manifestação racial biológica, acobertando práticas discriminatórias com fundamento em visões culturais e manifestações contra grupos linguísticos, grupos nacionais ou aderentes a crenças religiosas, filosóficas ou políticas. O fator comum é a diferença, a que se pode constatar facilmente, porque, de fato, os seres humanos são diferentes.

Entretanto, e nisso reside a antijuridicidade do racismo, ele supõe a escolha arbitrária da diferença como elemento capaz de estabelecer uma certa hierarquização social ou um tratamento desequilibrado e autorizado pela superioridade. É dizer, um fator discriminatório sem suporte de legitimidade ou constitucionalidade.

Antes de avançar, observe-se que alguns autores, em lugar da expressão raça, utilizam etnia. *John Rex* assume essa visão, argumentando que é perfeitamente possível distinguir entre traços determinados e imutáveis as pessoas, no caso, a raça, e traços indeterminados e imutáveis próprios das etnias.²⁰

²⁰ REX, John. *Raça e etnia*. Lisboa: Estampa. 1988. p. 35.

No Brasil, *Alfredo Guimarães*, em outro sentido, expõe que essa distinção parece insuficiente para dar conta da racialização e naturalização da cultura de grupos subalternos. Nessa perspectiva, uma amostra significativa é o fenômeno migratório na Europa, onde se utiliza o eufemismo de imigrantes para referir-se aos seus novos grupos raciais e étnicos (árabes, turcos, antilhanos, indianos, assim como seus descendentes), e cultiva, em relação a eles, um diferencialismo cultural, que transforma o conceito de cultura em algo absoluto. Por isso *Guimarães* considera que “a distinção entre formas de discriminação e preconceito, baseadas em identidades sociais, parecem, portanto, ser mais de ordem ideológica que de ordem processual.”²¹

Decerto, se focalizamos o Brasil, uma análise histórico-demográfica implicaria realizar, em paralelo ao tema do racismo, um estudo sobre processos migratórios, formas de exploração e de ascendência social, deformações e desigualdades que se misturam com as condições de obtenção de riqueza por uma minoria, enquanto outros segmentos sociais se empobreciam, quase que em relação diretamente proporcional. Tal análise fugiria um pouco do nosso atual esforço de pesquisa.

Entretanto, nunca é demais mencionar como *Darcy Ribeiro* apontava a perversidade do racismo assimilacionista, manifestando como ele:

“[...] leva os brasileiros a supor e desejar que os negros desapareçam pela branquização progressiva [...]. A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele. Nessa escala, negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e como tal o meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca.”²²

Um pouco mais adiante, aponta na sua obra que, como fruto de várias contribuições migratórias e processos de absorção cultural, no Brasil, há uma mesma cultura que a todos engloba e uma vigorosa autodefinição nacional, cada vez mais brasileira, que a todos anima.²³

O tema da etnicidade, como pode ser facilmente constatado, é político e bastante presente nas sociedades contemporâneas, e, como

²¹ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999. p. 25.

²² RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 225.

²³ RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, p. 243.

aponta *Xavier Torrens*, tem sido utilizado tanto como fator ideológico como para a ação coletiva, para legitimar politicamente uma determinada estrutura social existente ou projetada.²⁴

Essa etnicidade responde unicamente a critérios culturais, de forma que o conceito de etnia ou de minoria étnica refere-se a um grupo com peculiaridades culturais que evoluem e se transformam. Ainda que nessa seara não se faça referência ao genótipo ou fenótipo, regularmente quando se fala em minorias étnicas, se fala também em racismo, de maneira que a questão racial não se reduz à determinação da constituição genética de um indivíduo nem à sua observação clínica ou física.²⁵

Veja-se que, ratificando essa afirmação, a expressão raça surge a fins do século XV, mas a expressão racismo é dos anos 30, já no século XX, e responde a critérios puramente ideológicos. Bem por isso *Xavier Torrens* opina que:

“O racismo é uma ideologia a partir da qual se estruturam movimentos políticos e os que a sustentam pretendem configurar uma sociedade em sintonia com seus pressupostos doutrinários de uma noção de raça. Mas o conceito de raça carece de cientificidade e sua construção reside na arbitrariedade e, mais ainda, em falsidades.”²⁶

Assim, isso significa que embora a existência das raças constitua uma falsidade, a verdade é que o racismo é uma ideologia e, por sinal, bastante persistente. Não se explica de outra maneira que, apesar de o racismo ter como primeiro fundamento a diferença biológica, assuma expressões nos campos da religião, da cor da pele, da questão linguística e da nacionalidade. Em todos os casos, existe um elemento em comum, a diferença entre o nós e o eles, ainda que assuma uma variedade de formas e manifestações que podem ser bastante comuns, como a exclusão, a segregação, a discriminação e a agressão.

Xavier Torrens propõe uma definição de racismo em uma dimensão ideológica para justificar, ao final, três grandes e essenciais manifestações do racismo: o religioso, o biológico e o cultural. O autor parte de considerar que as ideologias não podem ser consideradas como

²⁴ TORRENS, Xavier. Racismo e antiracismo. In: ANTÓN MELLÓN, Joan (Ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 301-329.

²⁵ Sobre o ponto, consultar: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 128-129.

²⁶ TORRENS, Xavier, Racismo e antiracismo, p. 302.

conjuntos estáticos de ideias, mas como fruto de um contexto histórico. O autor expressa:

“Proponho definir ao racismo como o conjunto de crenças, pensamentos e ideologias construídas sobre a base de uma classificação falsa do gênero humano, configurada a partir de diferenças religiosas, biológicas e culturais, imaginárias ou reais, com o fim de atribuir uma hierarquização discriminatória e legitimar uma distribuição desigual do poder para exercitar a dominação sobre um grupo.”²⁷

Na raiz conceitual, parece encontrar-se o fato de que a presença do outro atingiria uma margem de segurança declarada na ordem social, e, então, diante da ameaça, cria-se a barreira destinada a impedir a participação desse grupo formado pelos outros nos negócios do poder, construindo-se uma realidade fruto dessa distribuição desigual, que exclui e marginaliza. Logicamente, é muito fácil prever que dessa exclusão se parta a outras modalidades de manifestações, que atingem a distribuição de bens para a satisfação das necessidades básicas dos outros, negando seus direitos sociais e em geral afetando a efetividade dos direitos humanos.

Seguindo com a proposta de *Torrens*, ela segue uma linha histórica evolutiva apoiada em épocas em que certas discriminações tornaram-se mais visíveis. Por exemplo, até fins do século XVIII, a principal fundamentação do racismo foi por antonomásia à religião. Depois, durante o século XIX e até a finalização da Segunda Guerra Mundial, teve uma base biológica e, finalmente, após 1945, uma base em paradigmas culturais. Frisa o próprio autor que nessa evolução, a aparição de uma nova forma ou fundamento do racismo não significa a superação das anteriores. E certamente lhe assiste razão, pois do que se trata realmente, como dissemos ao começo, é de identificar qual é o mais visível, levando em conta essas etapas.²⁸

Contudo, e embora os méritos de *Xavier Torrens*, achamos que resulta um tanto complexo determinar, tendo em vista a diversidade de relações humanas no planeta, que a base do racismo seja hoje sobre a base da visibilidade que ela possa ostentar, talvez deixando de lado outras discriminações que, se não estivermos alerta, provocarão novos conflitos. Somos mais da opinião de que é possível falar em preponderância de certa forma de racismo ligada a um contexto, nacional, regional ou local, mas

²⁷ TORRENS, Xavier, *Racismo e antiracismo*, p. 302-303.

²⁸ TORRENS, Xavier, *Racismo e antiracismo*, p. 304.

não de uma preponderância universal que nos permita caracterizar uma etapa.

O racismo religioso, ainda que exista uma deliberada tendência a impedir que a religião seja estabelecida como promotora de fenômenos discriminatórios, iniciou-se ao lado da acusação, em nome de Cristo, de hereges, infiéis, pagãos, bárbaros ou selvagens. Nessas circunstâncias, quem não professa a fé, ou se arrepende ou deverá sofrer as consequências. São exemplos a legitimação das Cruzadas, a Inquisição ou a escravidão, que perdurou até 1833 nos territórios britânicos, até 1863, nos Estados Unidos e 1889, na Espanha.

A função desse sentido discriminatório fica escancarada quando se percebe o descontentamento popular que ameaçava os governantes, para os quais a culpabilidade indiscutível de todos os males, quando associada a um grupo humano, poderia acalmar possíveis violências ou estouros.

Assim, os mitos criados pela Igreja Católica e difundidos no imaginário coletivo foram dirigidos ao outro constante na história religiosa, isto é, aos judeus, considerados os culpados da crucificação do Jesus.

Naturalmente, com o conhecimento científico, a forma que assume o racismo será outra, a partir do período revolucionário francês. Com efeito, com as novas relações de poder, surge o racismo biológico que, como diz *Hannah Arendt*, interpreta a história como uma luta natural de raças.²⁹

A confusão entre o mundo biológico e o natural, própria do pensamento de *Hobbes*, reaparece fortemente ligada à tríade imperialismo, nacionalismo e cientificismo, que estabelece um padrão de racismo que outorga primazia ao homem com características muito bem definidas: varão, ocidental, cristão e branco. Nessa etapa do pensamento científico, como diz *Torrens*, “surtem classificações de raças e populações, estabelecendo-se em muitos casos um passo além: uma correlação entre os dados supostamente encontrados em nome da ciência como variável independente e as diferenças culturais como variável dependente”.³⁰

Dessa maneira, transpondo um determinismo biológico fundamentado na sobrevivência dos mais aptos de *Herbert Spencer*,

²⁹ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 522.

³⁰ TORRENS, Xavier, *Racismo e antiracismo*, p. 307.

se assume que existem características genéticas imodificáveis. Veja-se como essa lógica pode ser altamente perversa para o desenvolvimento de uma cultura de responsabilidade democrática, pois, por um lado, se a inferioridade de alguns é fruto dessas características, então eles estão eternamente condenados. Por outro lado, se a sociedade é desigual, essa desigualdade ocorre por conta da desigualdade biológica. Sendo assim, o melhor para todos é não promover grandes mudanças sociais, as desigualdades de classes são o resultado de desigualdades naturais. Como se vê, a lógica infunde o conformismo, a autculpabilidade e a negação de quaisquer possíveis mudanças da estrutura social.

Por essa via, a igualdade, a liberdade e a fraternidade podiam caminhar tranquilas, pois os privilégios herdados se interpretam como o resultado de uma herança de genes, transmitidos de geração em geração. Adicione-se que, em 1926, a Corte Suprema dos Estados Unidos, nessa mesma linha de raciocínio, declarava constitucionais as leis de esterilização.

As teses racistas evoluem no século XX em duas perspectivas: a primeira, a tradicional, que sustenta que as desigualdades sociais são originadas pelas biológicas. A segunda, que tenta explicar que as raças inferiores podem alcançar as superiores sobre a base de educação e do progresso científico-técnico.

Tais foram os fundamentos das conhecidas Leis de Nuremberg que, editadas em 1935 na Alemanha, codificavam uma definição biológica dos judeus. As leis reproduziam as orientações da Comissão de Assentamento de Raças, criada em 1931 com a finalidade de estabelecer a composição da população alemã.

Depois da guerra, os mecanismos de contenção do Estado de bem-estar prontamente apareceram ligados ao racismo. Sobre o ponto, veja-se como a sustentação da necessidade de frear as garantias sociais se encontra nas teses de *Herrnstein* e *Murray*, que em *The bell curve*, expressam que, tendo em vista que as etnias têm coeficiente intelectual diversificado, deve-se concluir pela eliminação dos programas sociais, que promovem a reprodução dos menos inteligentes.

Com a determinação da Unesco de condenar a expressão raça após a Segunda Guerra Mundial, o racismo biológico perde peso, o que não significa que não possa ser detectada uma nova manifestação, dessa vez na ideia de racismo cultural ou culturalista, como designado por *Torrens*, racismo diferencialista, na expressão de *Taguieff*, fundamentalismo

culturalista, segundo *Verena Stolcke*, e ainda alterofobia culturalista, usada por *Teresa San Román*.³¹

O racismo cultural, como diz *Torrens*, considera inviável a convivência em um mesmo território de uma diversidade de culturas. Assim, fundamenta-se a existência de uma invasão cultural que afetaria a coesão da sociedade, porque a mera existência gera conflito.

Nessa ideia pode haver até uma recomposição do discurso. Muitos, quando defendem a diversidade, opinam que os outros não podem se incorporar à sua cultura porque ela não resistiria à introdução de elementos que teriam efeito negativo. A partir dessa ótica, cada pessoa está ligada a uma realidade cultural e, quando se mistura, há uma gravíssima lesão. Também o conceito se liga a uma compreensão estática da cultura, que não admite junção, mas sempre uma separação para, supostamente, conservar os traços culturais. Trata-se de um sistema excludente, que se fecha à possibilidade de interação. É um multiculturalismo aceito, mas para manter a exclusão e o segregacionismo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos extrair algumas conclusões que consideramos relevantes, atendendo aos fins deste artigo: em primeiro lugar, o racismo condenado pela Constituição Federal de 1988 não se encontra atrelado a um enfoque sujeito ou condicionado ao conteúdo científico da expressão raça. O alargamento, em sadia hermenêutica, da figura jurídica do racismo permite inferir a condenação de qualquer conduta discriminatória.

Nesse sentido, as finalidades constitucionais que são premissas de interpretação de toda a ordem normativa não admitem a discriminação negativa como conduta condutora de uma cultura de responsabilidade democrática. Será assim inconstitucional qualquer interpretação do Estatuto da Igualdade Racial que não se acomode, em interpretação conforme, às finalidades da Constituição Federal.

Ao contrariar o argumento de que não é possível imputar ao agente a conduta racista no caso *Ellwanger*, posto que, como exposto pela defesa, os judeus não são uma raça, o Supremo Tribunal Federal realizou,

³¹ TAGUIEFF, Pierre-André. *Face au racisme*. Paris: La Decouverte, 1991; STOLCKE, Verena. Europa: nuevas fronteras, nuevas retóricas de exclusión. In: *EXTRANJEROS en el Paraíso*. Barcelona: Virus, 1994. p. 11-26; SAN ROMÁN, Teresa. *Los muros de la separación*. Madrid: Tecnos, 1996.

no ponto, interpretação dirigida à orientação axiológica e teleológica da Constituição Federal.

O tom político e jurídico que se adverte no Estatuto e na decisão da Suprema Corte, em favor da não discriminação, deve ser acompanhado de um conjunto de medidas destinadas a afirmar as minorias e grupos vulneráveis na sociedade plural brasileira. Nesse sentido, tanto o Estatuto como a decisão do caso Ellwanger são pontos de partida imprescindíveis.

9 REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro, de Nuremberg a Haia*. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri: SP: Manole, 2004.
- BRANDÃO, Adelino. *Direito racial: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio. Los derechos de las minorías culturales y de pensamiento In: TAMAYO-ACOSTA, Juan José (Dir.). *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino. 2005. p. 297-313.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método. 2004.
- PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social? *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 10-21, dez. 2005/fev. 2006.
- REX, John. *Raça e etnia*. Lisboa: Estampa. 1988.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- SAN ROMÁN, Teresa. *Los muros de la separación*. Madrid: Tecnos, 1996.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- STOLCKE, Verena. Europa: nuevas fronteras, nuevas retóricas de exclusión. In: *EXTRANJEROS en el Paraíso*. Barcelona: Virus, 1994. p. 11-26.
- TAGUIEFF, Pierre-André. *Face au racisme*. Paris: La Decouverte, 1991. 2 v.
- TORRENS, Xavier. Racismo e antiracismo. In: ANTÓN MELLÓN, Joan (Ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 301-329.
- UNGER, Mangabeira. Fazer a abolição de novo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 maio 2008. Tendências/Debates, p. A3.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gastón. 7ª ed. Madrid: Trotta. 2007.
- ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Revista Sub Judice*, Lisboa, n. 12, p. 3-14, jan./jun. 1998.