

PATRÍCIA JERÓNIMO

NOTAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO RACIAL  
E O SEU LUGAR ENTRE OS CRIMES  
CONTRA A HUMANIDADE

*Separata*

ESTUDOS EM COMEMORAÇÃO DO 10.º ANIVERSÁRIO  
DA LICENCIATURA EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DO MINHO

UNIVERSIDADE DO MINHO  
ALMEDINA

NOTAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO RACIAL  
E O SEU LUGAR ENTRE OS CRIMES  
CONTRA A HUMANIDADE\*

PATRÍCIA JERÓNIMO

Apesar de todas as declarações, convenções, resoluções e cimeiras, da criação de observatórios e do empenho dos activistas dos direitos humanos, o racismo continua a figurar entre os mais sérios problemas com que se debate a comunidade internacional. Está na origem de inúmeras perseguições e conflitos um pouco por todo o mundo, faz temer «chocques civilizacionais»<sup>1</sup> e, ao mesmo tempo, permanece insidiosamente quotidiano.

De pouco ou nada vale convocar os dados da ciência. A aceitação da unidade humana e a negação de cientificidade ao conceito de raça e às hierarquias raciais já vêm a ser afirmadas pelos senhores da Biologia – e divulgadas sob o alto patrocínio da UNESCO<sup>2</sup> – desde a década de 40<sup>3</sup>. A descodificação do Genoma Humano veio apenas confirmar o que já se sabia – que o conceito de raça, há muito carente de objecto real, é “ab-

---

\* O presente texto corresponde, com mínimas alterações de forma, ao relatório apresentado, em Setembro de 2002, no âmbito do Seminário de Direito Penal do 4.º Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

<sup>1</sup> Cfr. Samuel P. HUNTINGTON – *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nova Iorque, Simon & Schuster, 1996.

<sup>2</sup> Cfr. Óscar BARATA – *Racismo*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa, Editorial Verbo, 1987, p. 24.

<sup>3</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *O Neo-Racismo Europeu e as Responsabilidades da Antropologia*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, n.º 56, 2000, pp. 36 e 42.

solutamente desprovido de sentido”<sup>4</sup>; uma construção social entre outras<sup>5</sup>, um produto ideológico<sup>6</sup>, mais nada.

E, no entanto, o racismo persiste. Não necessita de uma qualquer “ciência das raças” para se legitimar<sup>7</sup>. Determinante é a percepção pelo senso comum da existência de diferenças somáticas e culturais entre as pessoas<sup>8</sup>. “Monsieur Tout-le-Monde n’a pas recours à des notions scientifiques pour décider qu’un individu n’appartient pas à la même race que lui et que, par conséquent, il possède des qualités différentes. Il pourra dès lors être tenté de le traiter différemment ou de l’agresser, bien que scientifiquement, pour peu que cela puisse être déterminé, ils soient tous deux de la même race, simplement parce qu’il ressent une différence, parce que selon ses critères propres, cet individu n’appartient pas au même groupe «racial» que lui”<sup>9</sup>.

Assente em construções pouco elaboradas, generalizações grosseiras, estereotipadas, o racismo tem conseguido fazer o seu caminho entre o “saber popular”, transmitido de geração em geração<sup>10</sup>, adquirindo sempre renovado vigor em tempos de crise e insegurança. São esses os tempos que vivemos hoje na Europa, sob o impacto do crescente afluxo de imigrantes extra-comunitários. O temor provocado pela presença destes indivíduos, tão diferentes nos seus modos e tão ameaçadores para a nossa estabilidade económica, alimenta o racismo e também a xenofobia – forma mais lata de aversão pelo outro, porque dirigida contra todo e qualquer estrangeiro<sup>11</sup> –, servindo a contento os desígnios de uma extrema-direita ufana na sua enorme popularidade.

A associação à imigração constitui um dos traços característicos das actuais formas de racismo. Outro é o seu substracto culturalista e diferencialista<sup>12</sup>. Este “novo” racismo é um racismo sem raças, dissociado do an-

<sup>4</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *Racismo, Etnicidade e Nacionalismo. Que Articulação?*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, n.º 61, 2001, p. 105.

<sup>5</sup> Cfr. João Filipe MARQUES, *op. cit.*, p. 104.

<sup>6</sup> Cfr. Marcella Delle DONNE – *Convivenza Civile e Xenofobia*, Milão, Feltrinelli, 2000, p. 43.

<sup>7</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *O Neo-Racismo Europeu*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>8</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *Racismo, Etnicidade e Nacionalismo*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>9</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ – *L’Incrimination de la Discrimination Raciale*, Berna, Éditions Stämpfli, 1996, p. 23.

<sup>10</sup> Cfr. Oscar BARATA, *op. cit.*, p. 22.

<sup>11</sup> Cfr. António Marques BESSA – *Xenofobia*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa, Editorial Verbo, 1987, p. 1553.

<sup>12</sup> Cfr. Javier de LUCAS – *El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia frente a una Sociedad Plural*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 195.

terior fundamento biológico para passar a estribar-se nas diferenças – tidas por irredutíveis – que separam as culturas<sup>13</sup>. Diz-se novo, mas não o é substancialmente. Na verdade, concebida de forma “naturalizadora, fixista e essencialista”<sup>14</sup>, a cultura de que falam os discursos neo-racistas acaba por mais não ser do que uma “segunda raça”<sup>15</sup>, continuando a servir para inferiorizar (além de separar) como antes.

Aqueles que agora rejeitamos identificamo-los pela sua pertença a grupos culturais minoritários. Os imigrantes já não são apenas estrangeiros ou *gastarbeiter*, são membros de minorias étnicas<sup>16</sup>, cujos hábitos, idioma e religião originam enormes dificuldades no relacionamento conosco. Dificuldades tanto maiores quanto é certo serem esses indivíduos, precisamente em virtude daquelas idiosincrasias, inteiramente inassimiláveis. No recontro com eles, não podemos deixar de temer pela nossa identidade cultural ameaçada<sup>17</sup>.

Estas preocupações têm tido um eco muito considerável ao nível das políticas legislativas dos Estados europeus em matéria de imigração, asilo e refugiados – o que Javier de Lucas considera ser uma institucionalização da xenofobia<sup>18</sup> – e também ao nível do discurso de líderes políticos, académicos e *opinion-makers*. Atente-se, por exemplo, no alarme de Maria Filomena Mónica ao constatar que “os bárbaros estão entre nós”<sup>19</sup> e no tom apreensivo com que José Pacheco Pereira observa a invasão árabe do seu bairro, a partir “da janela da sua casa belga”<sup>20</sup>. Atente-se ainda, para continuar a acompanhar manifestações nacionais desta tendência, nos termos em que o Presidente da República, Jorge Sampaio, no seu discurso de 10 de Junho, invocou os “nossos valores”, fazendo depender do seu respeito a concessão de direitos políticos às minorias<sup>21</sup>.

Parece existir um tremendo consenso em torno do carácter indesejável destes outros – teremos voltado a ser “aberta e alegremente racistas”

<sup>13</sup> Cfr. Immanuel Wallerstein, *apud* Marcella Delle DONNE, *op. cit.*, p. 50.

<sup>14</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *O Neo-Racismo Europeu*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>15</sup> Cfr. De Rudder, *apud* João Filipe MARQUES, *op. cit.*, p. 44.

<sup>16</sup> Cfr. João Filipe MARQUES – *Racismo, Etnicidade e Nacionalismo*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>17</sup> Cfr. Giovanni SARTORI – *Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei. Saggio sulla Società Multiétnica*, Milão, Rizzoli, 2000.

<sup>18</sup> Cfr. Javier de LUCAS, *op. cit.*, pp. 152 e ss.

<sup>19</sup> Texto publicado no jornal “Público”, edição de 10 de Maio de 2002.

<sup>20</sup> Texto publicado no jornal “Público”, edição de 6 de Junho de 2002.

<sup>21</sup> Cfr. notícia publicada pelo jornal “Público”, edição de 11 de Junho de 2002.

como em 1945<sup>22</sup> –, mas a luta contra o racismo e a xenofobia continua a ocupar um lugar prioritário na agenda política das democracias europeias. Em nome da igualdade e da tolerância organizam-se campanhas de esclarecimento, conformam-se os *curricula* a um desenho multicultural e adoptam-se medidas repressivas da discriminação racial. Esta é mesmo erigida à categoria mais grave dos ilícitos, os ilícitos penais, e entre eles figura até (como sucede no ordenamento jurídico português) como crime de lesa humanidade.

As notas que se seguem têm por objecto precisamente a tutela penal contra a discriminação racial. Analisá-la-emos, quer nas soluções consagradas pelo Estado português, quer no tratamento que a esta matéria tem vindo a ser dado pela ordem jurídica internacional, sobretudo no quadro da perseguição dos crimes contra a humanidade. Primeiro, porém, um olhar sobre os conceitos.

## I

1. Presente nos mais importantes documentos internacionais de Direitos Humanos – desde a Carta das Nações Unidas até à recente Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem –, enquanto correlato necessário da igual dignidade de todos os homens, a proibição da discriminação racial é objecto de uma Convenção própria, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de Dezembro de 1965.

Aí se define discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública” (art. 1.º, n.º 1).

<sup>22</sup> Cfr. Immanuel WALLERSTEIN – *O Albatroz: Racista: a Ciência Social*, Jörg Haider e a Resistência, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, n.º 56, 2000, p. 13.

Sensíveis ao carácter complexo e multimodal das formas sociais de rejeição da alteridade – conscientes de que as perseguições por motivos raciais se podem dirigir contra qualquer grupo que se defina ou seja definido pelos outros grupos como diferente em virtude de características físicas e/ou culturais que lhe são próprias e se têm por congénitas<sup>23</sup> –, os autores da Convenção procuraram elaborar um elenco exaustivo de factores de discriminação, por isso incluindo, a par da raça, a cor, a ascendência, a origem étnica e a origem nacional.

Quanto ao significado de cada um dos termos empregues, diremos – acompanhando a lição de Alexandre Guyaz – que “raça” refere os grupos definidos com base em critérios antropológicos ou genéticos; “ascendência” remete essencialmente para a noção de casta, não visando a pertença a uma classe social a não ser que esta tenha uma componente étnica; “origem étnica” refere os grupos que se distinguem por um conjunto de características objectivas como a cultura, a história, o idioma, os costumes ou a religião, desde que estas características tenham uma influência tal sobre cada um dos membros do grupo que estes se considerem ou sejam considerados como profundamente diferentes; e “origem nacional” refere a nacionalidade, a cidadania de um Estado, ainda que não implique uma completa igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, como é ressaltado nos números 2 e 3 do art. 1.º. A menção da “cor”, finalmente, justifica-se sobretudo por esta ser o aspecto mais imediatamente perceptível nas relações sociais<sup>24</sup>.

2. O mandato de não discriminação tem por objecto actos que constanciem uma diferença de tratamento, traduza-se esta numa distinção, exclusão, restrição ou privilégio. A diferença de tratamento que se pretende combater não é, bem entendido, uma diferença qualquer<sup>25</sup>. Tem de tratar-se de uma diferença infundada, arbitrária, que constitua uma violação do princípio da igualdade.

<sup>23</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 24.

<sup>24</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 25-28.

<sup>25</sup> Cfr. Marc BOSSUYT – *Article 14*, in Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire Article par Article*, Paris, Economica, 1995, p. 476.

Ora, o princípio da igualdade exige que o igual seja tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exacta da diferença<sup>26</sup>. Não nega as diferenças objectivas entre os homens<sup>27</sup>, garante-as<sup>28</sup>.

O que importa, por isso, é aferir o que seja igual e o que seja diferente, para proceder em conformidade. Tratando-se, como se trata, de estabelecer juízos comparativos, determinante é identificar o *tertium comparationis*, o critério que há-de servir de termo de comparação<sup>29</sup>. Este, porque muito variável, não pode achar-se senão em concreto, caso a caso. Impossibilitado de prever todos os critérios com base nos quais é admissível estabelecer similitudes e dessemelhanças entre seres humanos, o que o legislador pode fazer, e faz, é – interpretando a consciência jurídica da comunidade<sup>30</sup> – identificar um conjunto de critérios que considera ilegítimos e que expressamente proíbe<sup>31</sup>.

A raça figura tradicionalmente entre esses critérios. Com a seguinte especificidade, sublinhada por Alexandre Guyaz – a sua presença num juízo comparativo entre seres humanos significa sempre uma diferenciação arbitrária. Enquanto que as comparações fundadas num dos outros critérios “tradicionais” (o sexo, as convicções políticas ou ideológicas, a religião, a instrução, a situação económica ou a condição social), apenas se presumem ilegítimas, restando ainda averiguar se entre o motivo e o direito em causa existe umnexo objectivo e razoável<sup>32</sup>, nada justifica que se opere uma distinção com base na raça. “(...) en aucun cas, une distinction fondée sur la race n’est légitime, parce qu’elle ne présente jamais de lien suffisant entre le motif et le droit de l’homme en question, quel qu’il soit. En d’autres termes, une telle distinction est toujours arbitraire, et représentée en soi une discrimination”<sup>33</sup>. Daqui decorre, ainda segundo Guyaz,

<sup>26</sup> Cfr. Maria da Glória Ferreira PINTO – *Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de sentido*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 358, 1987, p. 17.

<sup>27</sup> Cfr. Martim de ALBUQUERQUE – *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 332.

<sup>28</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO – *A Discriminação em Razão do Sexo na Legislação Penal*, in “Revista do Ministério Público”, n.º 78, ano 20, Abril-Junho, 1999, p. 65.

<sup>29</sup> Cfr. Maria da Glória Ferreira PINTO, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>30</sup> Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed. rev. e act., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 239.

<sup>31</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 32.

<sup>32</sup> Cfr. Marc BOSSUYT, *op. cit.*, pp. 477 e 481.

<sup>33</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 37-38.

uma inestimável consequência de ordem processual, a presunção inilidível da ilegitimidade de qualquer distinção motivada pela raça – “la distinction fondée sur la race est présumée illégitime, de façon irrefragable. Il n’est donc pas possible pour l’auteur de cette distinction de prouver qu’elle est raisonnable”<sup>34</sup>.

Não vai tão longe quanto este autor a Directiva 2000/43/CE do Conselho Europeu, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica<sup>35</sup>. Aí se admite, no art. 4.º, a possibilidade de os Estados Membros preverem que “uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com a origem racial ou étnica não constitua discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Duvidamos do acerto desta ressalva, por nos ser muito difícil descortinar uma situação em que a raça possa constituir um motivo pertinente e legítimo para o exercício ou o não exercício de uma qualquer actividade profissional.

Esta Directiva não deixa, no entanto, de reconhecer uma presunção (ilidível) de discriminação e de lhe atribuir relevância em matéria de prova. O art. 8.º, n.º 1, impõe precisamente aos Estados Membros que adoptem as “medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação no que lhe diz respeito do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento”. Esta inversão do ónus da prova não se comunica, porém, ao processo penal – como estabelece o n.º 3 do art. 8.º –, pela sua incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência do arguido, caro aos sistemas constitucionais dos países que integram a União Europeia.

Mesmo Guyaz, entretanto, admite a excepção representada pela discriminação positiva<sup>36</sup>. Como já atrás ficou dito, o princípio da igualdade

<sup>34</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 38.

<sup>35</sup> Cfr. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 19 de Julho de 2000.

<sup>36</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 38.

não é incompatível com a diferença. Pode até exigí-la, para – como é frequentemente o caso quando a questão é a raça – “contrabalançar discriminações vindas do passado e com grande carga tradicional”<sup>37</sup>. A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial esclarece isso mesmo, afastando da noção de discriminação as “medidas especiais adoptadas com a finalidade única de assegurar convenientemente o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que precisem da protecção eventualmente necessária para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais em condições de igualdade” (art. 1.º, n.º 4) e impondo aos Estados Partes a adopção de “medidas especiais e concretas para assegurar convenientemente o desenvolvimento ou a protecção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, a fim de lhes garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (art. 2.º, n.º 2). De qualquer modo, como aquelas disposições não deixam de ressaltar, estas medidas especiais têm um carácter necessariamente provisório e não podem servir para manter as diferenças entre os grupos raciais e respectivos direitos<sup>38</sup>. Menos ambiciosa, a Directiva 2000/43/CE limita-se a não se opor a que os Estados Membros, a fim de assegurarem, na prática, a plena igualdade, “mantenham ou aprovem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica” (art. 5.º).

3. As distinções arbitrárias proibidas pelo mandato de não discriminação são apenas aquelas que neguem ou prejudiquem o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais. Tem de ser posto em causa um direito subjectivo<sup>39</sup> ou, pelo menos, um interesse juridicamente protegido<sup>40</sup>. Escapam, compreensivelmente, à tutela dos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais de luta contra a discriminação racial as distinções arbitrárias operadas em domínios, como o dos afectos, que se situam fora do alcance do Direito<sup>41</sup>.

Em tudo o que seja abrangido pela ordem jurídica, a proibição da discriminação racial é vinculativa. Isto, quer se trate de relações entre o

<sup>37</sup> Cfr. Martim de ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 336.

<sup>38</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 38.

<sup>39</sup> Cfr. Marc BOSSUYT, *op. cit.*, p. 478.

<sup>40</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 39.

<sup>41</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 39-40.

Estado e os particulares, quer de relações mantidas pelos particulares entre si. Não obsta a esta afirmação o facto de o texto do art. 1.º, n.º 1 da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial omitir, entre os domínios em que pode dar-se o prejuízo de direitos e liberdades por actos discriminatórios, o domínio privado. Nem tão pouco o facto de essa mesma norma fazer referência unicamente a “qualquer outro domínio da vida pública”. Aquela ausência é tida, pela generalidade da doutrina, como um simples lapso, inconsequente, atento o teor do art. 5.º do mesmo documento, onde (alíneas a), b) e d)) expressamente se mencionam vários “direitos civis”<sup>42</sup>. A referência à vida pública deve, entretanto, ser interpretada no sentido de compreender a totalidade dos sectores da vida comunitária susceptíveis de ser regulados pelo Direito, independentemente de caberem no domínio público ou no domínio privado. Esta interpretação é autorizada pelo disposto nos artigos 2.º, n.º 1, al. d) e 4.º, alíneas a) e b) – que impõem aos Estados a adopção de medidas contra actos de discriminação racial levados a cabo por particulares (pessoas, grupos ou organizações) – e no art. 5.º, sobretudo a sua alínea f) onde se consagra o direito de acesso a todos os locais e serviços destinados a uso público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espectáculos e parques<sup>43</sup>. Apesar de se estender às relações entre particulares, a proibição da discriminação não vai, no entanto, ao ponto de se imiscuir no domínio já estritamente privado da vida das pessoas, aquele domínio protegido pelo direito à reserva da intimidade da vida privada. Por isso mesmo, explica Alexandre Guyaz, os domínios abrangidos pelo mandato de não discriminação são o público e o “quase-público”<sup>44</sup>.

4. Da noção de discriminação racial dada pelo art. 1.º, n.º 1 da Convenção resulta ainda ser necessário que os actos discriminatórios sejam adoptados tendo por fim ou efeito a violação do princípio da igualdade de tratamento. Esta exigência é entendida por Alexandre Guyaz como redundante, uma vez que o desrespeito pela igualdade decorre necessária e automaticamente da simples circunstância de estarmos perante uma distinção arbitrária, discriminatória – “selon nous, *la notion même d’atteinte à l’égalité de traitement découle automatiquement de celle de distinction arbitraire*. Dès lors, il suffit qu’une décision, une norme ou une mesure conte-

<sup>42</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 41.

<sup>43</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>44</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 43.

nant une telle distinction soit prise ou édictée pour qu'immédiatement se produise l'effet dont il est question"<sup>45</sup>.

Isto implica duas consequências extremamente importantes. A primeira resulta no carácter praticamente irrelevante dos motivos de quem cometa distinções arbitrárias. "En effet, la doctrine s'accorde à dire que, l'effet d'inégalité une fois constaté, l'intention de l'auteur de la distinction incriminée n'a plus aucune importance, même s'il s'avère que celui-ci n'a jamais eu la volonté de créer un désavantage pour la personne discriminée"<sup>46</sup>. A segunda traduz-se na desnecessidade da verificação de consequências práticas para que o efeito discriminatório, consequente a qualquer distinção arbitrária, se produza. "Le terme «d'effet» n'exige donc en aucun cas la présence d'un préjudice extérieur et concret dans la jouissance d'un droit ou d'une liberté pour qu'une discrimination soit réalisée"<sup>47</sup>.

A referência à finalidade e aos efeitos das distinções arbitrárias, ainda que irrelevante nos termos que acabam de ser expostos, não deixa de ter significado, na medida em que alarga o horizonte da tutela do princípio da igualdade aos actos que, não sendo em si imediatamente discriminatórios – sendo, aliás, formalmente obedientes àquele princípio – tenham por efeito estabelecer diferenças de tratamento entre os grupos raciais. "La Convention ne cherche en effet pas seulement à garantir une égalité *formelle* entre les races, mais également une égalité *matérielle*, dans ce sens où elle prohibe non seulement les distinctions fondées sur la race, mais aussi celles qui ont pour résultat une différence de traitement fondée essentiellement sur la race"<sup>48</sup>. Este entendimento compreensivo do mandato de não discriminação é também acolhido na Directiva 2000/43/CE que distingue, no seu art. 2.º, n.º 2, discriminação directa de discriminação indirecta, considerando que esta se verifica sempre que "uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas". Tem sido, de resto, esta a leitura das normas anti-discriminação nos Estados Unidos da América, com a autonomização de duas

<sup>45</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 44.

<sup>46</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 44.

<sup>47</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>48</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 46-47.

formas de responsabilidade por tratamentos discriminatórios, a "disparate treatment liability" e a "disparate impact liability"<sup>49</sup>.

Entendida nestes termos a proibição de discriminação, justifica-se que, com Alexandre Guyaz, façamos um juízo muito crítico sobre as medidas políticas e legislativas adoptadas pela generalidade dos Estados europeus em matéria de imigração extra-comunitária. Pronunciando-se concretamente sobre a política do Conselho federal suíço, este autor considera estarmos perante medidas violadoras do princípio da igualdade material entre as raças e, com isso, perante um desrespeito pelo compromisso internacional assumido no âmbito da Convenção<sup>50</sup>.

## II

5. A comunidade internacional já antes se pronunciara contra o intolerável<sup>51</sup> invocando as "leis da humanidade" – fizera-o, em 1868, com a Declaração de S. Petersburgo e depois em 1899, com a Cláusula Martens, adoptada no âmbito da primeira Conferência de Paz da Haia e incluída no preâmbulo da Convenção respeitante às leis e costumes dos conflitos terrestres<sup>52</sup>. Já denunciara – através da declaração conjunta feita em 1915 pelos governos francês, inglês e russo – a prática de "crimes contra a humanidade e a civilização", referindo-se ao massacre de arménios pela Turquia<sup>53</sup>. Até já se propusera, ainda que sem sucesso, julgar os responsáveis por semelhantes atrocidades – decidindo, no Tratado de Versalhes de 1919, a responsabilização do ex-imperador da Alemanha, Guilherme II, por "ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada

<sup>49</sup> Cfr. Christine JOLLS – *Antidiscrimination and Accommodation*, in "Harvard Law Review". vol. 115, 2001, p. 647.

<sup>50</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 47.

<sup>51</sup> Cfr. Anabela Miranda RODRIGUES – *Princípio da Jurisdição Penal Universal e Tribunal Penal Internacional – Exclusão ou Complementaridade?*, in "Sub Judice. Justiça e Sociedade", n.º 19, 2000, p. 22.

<sup>52</sup> Cfr. OTTO TRIFFTERER – *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 117; Maria Leonor ASSUNÇÃO – *Apontamento sobre o Crime Contra a Humanidade*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 82-83.

<sup>53</sup> Cfr. OTTO TRIFFTERER, *op. cit.*, p. 117; Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, pp. 82-83.

dos tratados<sup>54</sup> e, no Tratado de Sévres de 1920, a responsabilização dos membros do governo turco implicados no extermínio da minoria arménia<sup>55</sup>. Mas foi só em 1945, com a Carta do Tribunal Militar Internacional – anexa ao Acordo de Londres, firmado a 8 de Agosto pelas potências vencedoras do segundo conflito mundial, os Estados Unidos, a União Soviética, o Reino Unido e a França –, que os crimes contra a humanidade surgiram pela primeira vez enquanto categoria distinta de crimes internacionais<sup>56</sup>.

Ao lado dos crimes de guerra e dos crimes contra a paz – os outros “clássicos crimes de Nuremberga”<sup>57</sup> –, os crimes contra a humanidade foram identificados, pelo art. 6.º, alínea c) da Carta, com o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros actos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, e com perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em relação com algum dos crimes da competência do Tribunal, independentemente de tais práticas violarem o Direito interno dos Estados onde haviam sido adoptadas. Idêntica formulação, ainda que mais restrita por omitir a perseguição religiosa, foi adoptada pela Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, de 19 de Janeiro de 1946, no seu art. 5.º, alínea c)<sup>58</sup>. Inicialmente entendidos como uma categoria subsidiária de crimes<sup>59</sup> – puníveis apenas quando praticados em relação com crimes contra a paz ou crimes de guerra<sup>60</sup> – os crimes contra a humanidade acabaram por ganhar autonomia no texto da Lei n.º 10 do Conselho de Controlo Aliado, de 20 de Dezembro de 1945, e não mais a perderam, ape-

<sup>54</sup> Apud Ana Luísa RIQUITO – *Do Pirata ao General: Velhos e Novos Hostes Humani Generis (Do Princípio da Jurisdição Universal, em Direito Internacional Penal)*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, n.º 76, 2000, p. 528.

<sup>55</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, pp. 117-118; Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>56</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI – “Crimes Against Humanity”: *The Need for a Specialized Convention*, in “Columbia Journal of Transnational Law”, vol. 31, n.º 1, 1994, p. 463.

<sup>57</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, p. 30.

<sup>58</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 463.

<sup>59</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>60</sup> Cfr. Benjamin B. FERENCZ – *Crimes Against Humanity*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, 1992, p. 870. Cfr., igualmente, a opinião de Schwelb, apud Leslie C. GREEN – *Group Rights, War Crimes and Crimes Against Humanity*, in “International Journal of Group Rights”, vol. I, 1993, p. 131.

sar do retrocesso entretanto representado pelo art. 5.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional Especial para a Ex-Jugoslávia<sup>61</sup>.

Ao contrário do que sucedeu com os crimes de guerra, já positivados em vários instrumentos de Direito Internacional, discutiu-se a propósito dos crimes contra a humanidade se estes eram uma criação da Carta de Londres ou se não seriam antes a tradução de normas de Direito Internacional costumeiro pré-existente. A discussão mantém-se<sup>62</sup>, mas podemos dizer, com Bassiouni, que o art. 6.º, alínea c), representou mais uma declaração do que uma genuína inovação<sup>63</sup>. Nesse mesmo sentido se manifestaram os Tribunais Militares de Nuremberga e de Tóquio, afirmando ser as respectivas Cartas a expressão do Direito internacional ao tempo existente e não um mero exercício de autoridade, empreendido arbitrariamente pelos “vencedores”<sup>64</sup>. Numa tentativa de confirmar as normas consagradas destes crimes e a jurisprudência de Nuremberga como parte do Direito internacional comumente aceite, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptaria, a 11 de Dezembro de 1946, uma Resolução reafirmando os Princípios de Nuremberga<sup>65</sup>. Um gesto simbólico que, no entanto, segundo Jescheck, não dotou aquelas normas de carácter juridicamente vinculativo – “this Resolution merely recognizes the action taken by the four Allied Powers against the former German leadership as being in harmony with a criminal law corresponding to justice and whose application was appropriate in the circumstances. (...) the criminal law of the Nuremberg Charter did not, by virtue of this Resolution, become generally binding”<sup>66</sup>.

Porque o enfoque de Nuremberga havia sido mais pragmático do que dogmático<sup>67</sup> – porque haviam sido os factos a conduzir o Direito<sup>68</sup> –, nas décadas que se seguiram foram envidados inúmeros esforços no sentido de obter uma noção consensual e dogmaticamente sustentada de crimes contra a humanidade. Parte desse esforço foi empreendido pela Comissão de

<sup>61</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, pp. 81-82 e 85-86.

<sup>62</sup> Cfr. Darryl ROBINSON – *Defining “Crimes Against Humanity” at the Rome Conference*, in “American Journal of International Law”, vol. 93, n.º 1, 1999, p. 44.

<sup>63</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 466.

<sup>64</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI, *op. cit.*, pp. 465-467.

<sup>65</sup> Cfr. Benjamin B. FERENCZ, *op. cit.*, p. 870.

<sup>66</sup> Cfr. H. H. JESCHECK – *Development, Present State and Future Prospects of International Criminal Law*, in “Revue Internationale de Droit Pénal”, vol. 52, 1981, pp. 340-341.

<sup>67</sup> Cfr. Kai AMBOS – *Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Penal Supranacional. Un Análisis Jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya*, in “Revista Penal”, n.º 7, 2001, p. 7.

<sup>68</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 472.



Direito Internacional das Nações Unidas, no âmbito do Projecto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, mas sem resultados satisfatórios<sup>69</sup>. Os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais Especiais para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda, de 1993 e de 1994 respectivamente, não deixaram de espelhar esta indefinição ao configurar de forma diferente os crimes contra a humanidade, um pressupondo o nexa a um conflito armado e o outro exigindo uma motivação discriminatória<sup>70</sup>.

6. A fórmula mais rigorosa<sup>71</sup> – e também aquela que beneficia de maior legitimidade<sup>72</sup> – é a do art. 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado a 17 de Julho de 1998, data que é considerada um marco histórico na evolução para a nova ordem jurídica internacional<sup>73</sup>. O n.º 1 do art. 7.º integra um elenco de actos desumanos – em que figuram, nomeadamente, e a par dos crimes já presentes em Nuremberga, a tortura (al. f), a violação (al. g), o desaparecimento forçado de pessoas (al. i) e a *apartheid* (al. j) –, antecedido de um prómio onde são fixadas as condições para que estes actos ascendam ao nível dos crimes contra a humanidade e assim caibam na jurisdição do Tribunal. A saber, o serem cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.

O que seja um ataque contra uma população civil é esclarecido pela alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo. Trata-se de “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política”. É fundamental, portanto, um elevado nível de planeamento e que este seja desenvolvido no âmbito de um projecto político ou ideológico<sup>74</sup> levado a

<sup>69</sup> Cfr. M. Cherif BASSIOUNI, *op. cit.*, pp. 483-486; João Mota de CAMPOS – *A Justiça Criminal Internacional. Avanços e Perspectivas*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1996, pp. 10-11.

<sup>70</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 45.

<sup>71</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>72</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 43; Nasser ZAKR – *Approche Analytique du Crime Contre l'Humanité en Droit International*, in “Revue Générale de Droit International Public”, n.º 2, 2001, p. 295.

<sup>73</sup> Cfr. Paula ESCARAMEIA – *Quando o Mundo das Soberanias se Transforma no Mundo das Pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições Nacionais*, in “Themis”, ano II, n.º 3, 2001, p. 144.

<sup>74</sup> Cfr. Kai AMBOS, *op. cit.*, p. 13.

cabo por uma estrutura organizativa dotada de poder<sup>75</sup>. Na relação de poder existente entre “autor” e vítimas reside, precisamente, o especial desvalor daquelas condutas<sup>76</sup>. “É, com efeito, na compreensão da especial relação de poder que se estabelece entre os órgãos do Estado e a população, ou, *mutatis mutandis*, na especial relação de poder que se estabelece entre uma organização e a população sobre a qual aquela exerce um domínio de facto, que poderá encontrar-se a fundamentação e a legitimidade para a qualificação de uma conduta como crime contra a humanidade com a índole de crime internacional. (...) Tais crimes realizam o inadmissível abuso da relação de poder que torna os actos a que se referem ilegítimos e penalmente ilícitos, por traduzir uma ofensa, intolerável para a comunidade internacional, do respeito pelos limites colocados ao poder instituído, na relação necessariamente comunicacional com o cidadão, limites inscritos na compreensão da dimensão humana do cidadão que surge, assim, munido de uma dignidade intangível”<sup>77</sup>.

As referências feitas no prómio ao carácter generalizado ou sistemático do ataque articulam-se com esta exigência de que exista um plano político em execução e significam que o ataque deve ser feito em larga escala, provocando um grande número de vítimas, ou obedecer a um elevado nível de organização e planeamento<sup>78</sup>. Excluídos ficam, deste modo, os actos isolados, dispersos ou ocasionais, o que não significa que a prática de um único dos crimes previstos no art. 7.º, n.º 1, não possa constituir um crime contra a humanidade, uma vez verificada a sua relação com um ataque mais vasto – “the individual’s actions themselves need not be widespread or systematic, providing that they form part of such an attack. Indeed, the commission of a single act, such as one murder, in the context of a broader campaign against the civilian population, can constitute a crime against humanity”<sup>79</sup>.

Não se exige, entretanto, que o ataque tenha carácter militar ou sequer que empregue meios violentos. Está definitivamente ultrapassada a

<sup>75</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, pp. 47-51.

<sup>76</sup> Cfr. Maria Fernanda PALMA – *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, n.º 11, 2001, p. 9; José Souto de MOURA – *Direito e Processo Penal Actuais e Consagração dos Direitos do Homem*, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, n.º 4, 1991, p. 576.

<sup>77</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, pp. 96 e 87.

<sup>78</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 47.

<sup>79</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, p. 121.

conexão entre os crimes contra a humanidade e os conflitos armados<sup>80</sup>. Isso mesmo é confirmado pelo facto de as vítimas poderem ser quaisquer populações civis, compreendidas as da mesma nacionalidade do agressor, e não apenas as populações inimigas – “crimes against humanity cover a broader range of potential victims than war crimes. In addition to not requiring a nexus to armed conflict, in respect of crimes against humanity it is unnecessary to demonstrate that the victims are linked to any particular side in the attack against the civilian population, even if this occurs during armed conflict”<sup>81</sup>.

Importante é que o autor dos crimes actue com conhecimento do ataque. Não é necessário um conhecimento pormenorizado dos termos em que o ataque esteja a ser executado, mas apenas a noção de que existe um ataque em curso e de que os actos individuais, de algum modo, se relacionam com ele<sup>82</sup>. A necessidade da verificação deste elemento subjectivo do crime justifica-se à luz dos princípios fundamentais do Direito Penal e não tem por que dificultar sobremaneira a prova, atenta a visibilidade dos ataques “generalizados ou sistemáticos”. “Given the inescapable notoriety of any widespread or systematic attack against a civilian population, it is difficult to imagine a situation where a person could commit a murder (for example) as part of such an attack while credibly claiming to have been completely unaware of that attack”<sup>83</sup>.

7. Apesar de poder ser considerada uma antecâmara do genocídio<sup>84</sup> – a ofensa contra a humanidade por antonomásia<sup>85</sup> – a discriminação racial não se encontra directamente consagrada no elenco que destes crimes é feito pelo art. 7.º do Estatuto de Roma. Discutiu-se, aquando da elaboração desta norma, se seria de exigir que os crimes contra a humanidade tivessem uma motivação discriminatória, de índole racial, mas também política e religiosa<sup>86</sup>. Uma tal exigência fora avançada pela versão de 1954

<sup>80</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>81</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, p. 123.

<sup>82</sup> Cfr. Nasser ZAKR, *op. cit.*, p. 290.

<sup>83</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 52.

<sup>84</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 155.

<sup>85</sup> Cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA – *Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: o Caso Pinochet*, in Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida e José Manuel Vilalonga (coords.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 261.

<sup>86</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 46; Kai AMBOS, *op. cit.*, pp. 13-14.

do Projecto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade<sup>87</sup> e, apesar das duras críticas que então mereceu, acabou por ver-se acolhida no texto do art. 3.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda e na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, concretamente na decisão *Tadic*<sup>88</sup>.

Os delegados em Roma optaram por omitir a referência à motivação discriminatória – considerada excessivamente onerosa para efeitos de prova e susceptível de excluir do campo de aplicação do art. 7.º ofensas muito graves contra a humanidade<sup>89</sup> –, reconhecendo-lhe relevância apenas enquanto elemento constitutivo dos crimes de perseguição e de *apartheid*, previstos nas alíneas h) e j) do n.º 1 daquele artigo<sup>90</sup>.

Só as formas mais extremas de discriminação racial cabem na categoria dos crimes contra a humanidade – a “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa” (art. 7.º, n.º 2, al. g), a institucionalização da opressão e do domínio sistemático de um grupo rático sobre um ou outros grupos (art. 7.º, n.º 2, al. h), e “outros actos desumanos de carácter semelhante” (art. 7.º, n.º 1, al. k). Compreende-se que assim seja, em vista daquele que é o sentido específico do Estatuto de Roma, o da instituição de um tribunal “com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afectem a comunidade internacional no seu conjunto”, como se lê no seu texto preambular. Afinal, esta não é apenas mais uma instância internacional de protecção dos direitos humanos, como fizeram questão de sublinhar os delegados presentes em Roma aquando do debate sobre o crime de perseguição. “(...) many delegations were deeply concerned about the inclusion of this crime for fear that any discriminatory practices could be characterized as «crimes against humanity» by an activist court. All delegations agreed that the court’s jurisdiction relates to serious violations of international criminal law, not international human rights law. To address the concerns raised about this crime, it was emphasized that, while discrimination may not be criminal, extreme forms amounting to deliberate persecution clearly are criminal”<sup>91</sup>.

De qualquer modo, atenta a amplitude dos conceitos de perseguição por motivos raciais e de *apartheid* – a interpretar, segundo Triffterer, por

<sup>87</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>88</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 46; Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, p. 142.

<sup>89</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>90</sup> Cfr. Maria Leonor ASSUNÇÃO, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>91</sup> Cfr. Darryl ROBINSON, *op. cit.*, p. 53.

remissão para a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>92</sup> –, podemos dizer, com este autor, que o tribunal tem competência para conhecer de um muito grande número de comportamentos discriminatórios. “The wide number of acts which constitute «the crime of apartheid», the broad definition of racial discrimination under international law as including discrimination based on «race, colour, descent, or national or ethnic origin» (...) coupled with the crime of persecution, give the Court potential jurisdiction over a large number of discriminatory acts as crimes against humanity”<sup>93</sup>.

### III

8. O ordenamento jurídico português criminalizou a discriminação racial em 1982, dando cumprimento aos compromissos internacionais entretanto assumidos com a adesão de Portugal à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>94</sup> – adesão aprovada pela Assembleia da República em reunião plenária de 28 de Janeiro desse mesmo ano<sup>95</sup>, no que veio a ser a Lei n.º 7/82, de 29 de Abril.

A Convenção começa por formular em termos genéricos o dever dos Estados Partes de, “por todos os meios apropriados, incluindo, se as circunstâncias o exigirem, medidas legislativas, proibir a discriminação racial praticada por pessoas, grupos ou organizações e pôr-lhe termo” (art. 2.º, n.º 1, al. d). Discutiu-se e discute-se ainda hoje se as medidas legislativas a que esta norma faz referência devem necessariamente ser de carácter penal ou se podem assumir outra natureza. Consideramos, com Guyaz, atenta a letra do preceito – designadamente, o facto de este admitir “todos os meios apropriados” e de configurar as medidas legislativas como uma hipótese a justificar-se apenas quando as circunstâncias o exigirem –, ser preferível esta segunda leitura do problema. Cabe aos Estados, por isso, no âmbito do art. 2.º, n.º 1, al. d), a decisão sobre quais os meios em concreto adequados a proibir comportamentos discriminatórios, não sendo as medidas legislativas de natureza penal senão uma entre várias soluções possí-

<sup>92</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, pp. 143 e 163.

<sup>93</sup> Cfr. Otto TRIFFTERER, *op. cit.*, pp. 148 e 163.

<sup>94</sup> Cfr. Maria João ANTUNES – *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Espacial*. Tomo II. Coimbra. Coimbra Editora. 1999, p. 575.

<sup>95</sup> Cfr. Diário da Assembleia da República n.º 43, de 29 de Janeiro de 1982, pp. 1753 e ss..

veis. “S’agissant de la discrimination en général, dont il est question ici, le principe du libre choix des Etats parties à propos des moyens qu’ils souhaitent utiliser pour remplir leurs obligations internationales s’applique également et se manifeste à l’article 2 paragraphe 1 lettre d) par les mots «par tous les moyens appropriés». (...) la nature d’une législation interne importe peu, dans la mesure où elle respecte ces conditions, et une interdiction *civile* satisfait sans aucune doute aux exigences de l’article qui nous occupe”<sup>96</sup>. Em idêntico sentido se pronunciara já Partsch, em 1977: “L’Etat peut se demander, avant de prendre ces mesures, s’il y a lieu de devenir actif et dans quelle forme. Il peut, par exemple, préférer des mesures éducatives ou de conciliation au lieu de mesures répressives contre les actes directs de discrimination”<sup>97</sup>.

O dever de incriminar comportamentos discriminatórios vem imposto unicamente pela norma do art. 4.º, alíneas a) e b) da Convenção. Aí se lê que os Estados se obrigam a adoptar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar os incitamentos à discriminação racial e, para este efeito, a “declarar delitos puníveis pela lei a difusão de ideias fundadas na superioridade ou no ódio racial, os incitamentos à discriminação racial, os actos de violência, ou a provocação a estes actos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, assim como a assistência prestada a actividades racistas, incluindo o seu financiamento” (al. a) e a “declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as actividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de actividade de propaganda, que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível pela lei a participação nessas organizações ou nessas actividades” (al. b).

Conforme a esta imposição, o Código Penal português de 1982 instituiu no seu art. 189.º – a par do genocídio – o crime de discriminação racial, prevendo como tal os seguintes comportamentos: 1. a difamação ou injúria de uma pessoa ou de um grupo de pessoas ou a exposição das mesmas a desprezo público por causa da sua raça, da sua cor ou da sua origem étnica, quando feitas em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social (art. 189.º, n.º 2, al. a); 2. a provocação de actos de violência contra pessoa ou grupos de

<sup>96</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 65.

<sup>97</sup> Cfr. Karl Josef PARTSCH – *L’Incrimination de la Discrimination Raciale dans les Législations Pénales Nationales*, in “*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*”, n.º 1, Janeiro-Março, 1977, p. 21.

pessoas de outra raça, de outra cor ou de outra origem étnica, quando feita em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social (art. 189.º, n.º 2, al. b); 3. a fundação ou constituição de organizações ou o desenvolvimento de actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais ou os encorajem (art. 189.º, n.º 3, al. a); 4. a participação nas organizações ou nas actividades referidas em 3 ou a prestação de assistência a quaisquer actividades racistas, incluindo o seu financiamento (art. 189.º, n.º 3, al. b). Empenhado numa clara censura dos comportamentos de etiologia racista, o nosso legislador penal fez ainda figurar entre os indicadores<sup>98</sup> de especial censurabilidade ou perversidade dos agentes – no quadro da muito criticada<sup>99</sup> fórmula de qualificação do homicídio (e, desde 1995, das ofensas à integridade física, art. 146.º) através de *exemplos padrão*<sup>100</sup> – o facto de estes serem determinados por ódio racial ou religioso (art. 132.º, n.º 2, al. d; desde 1998, al. e).

Posteriormente, aquando da primeira grande revisão do Código Penal de 1982, em 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), o crime de discriminação racial ganhou autonomia face ao crime de genocídio – passando a figurar no art. 240.º – e conheceu algumas alterações consideradas necessárias para um mais completo respeito pelos deveres decorrentes da Convenção<sup>101</sup>. Convocando a síntese de Francisca Van-Dunem, diremos que estas “alterações não só reduziram o conteúdo da acção típica (deixou de integrar o quadro típico a exposição a desprezo público), como fizeram crescer a exigência de dolo específico, consubstanciado na intenção de incitamento ou encorajamento da discriminação, exigência que anteriormente se circunscrevia ao genocídio”<sup>102</sup>. Em 1998 (Lei n.º 65/98,

<sup>98</sup> Cfr. Maria Margarida Silva PEREIRA – *Direito Penal II. Os Homicídios*, apontamentos de aulas teóricas dadas ao 5.º ano no ano lectivo de 1996/97. Lisboa, 1998, p. 40.

<sup>99</sup> Cfr. Teresa Pizarro BELEZA – *A Revisão da Parte Especial na Reforma do Código Penal: Legitimação, Reequilíbrio, Privatização, “Individualismo”*, in Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (org.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 93 e 105-106; Maria Fernanda PALMA – *Direito Penal Parte Especial. Crimes Contra as Pessoas*, ed. policop., Lisboa, 1983, p. 45.

<sup>100</sup> Cfr. Teresa SERRA – *Homicídio Qualificado. Tipo de Culpa e Medida da Pena*, 2.ª reimpr., Coimbra, Almedina, 1998.

<sup>101</sup> Cfr. M. Maia GONÇALVES – *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 15.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 769 e 772.

<sup>102</sup> Cfr. Francisca VAN-DUNEM – *A Discriminação em Função da Raça na Lei Penal*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 948.

de 2 de Setembro), e no cumprimento de ainda outro compromisso internacional – desta feita, a Acção Comum de 15 de Julho de 1996, adoptada pelo Conselho da União Europeia –, o art. 240.º foi alterado para passar a incluir entre os motivos de discriminação os factores religiosos e para prever hipóteses de negacionismo<sup>103</sup>.

Actualmente, sob a epígrafe de discriminação racial ou religiosa, são previstos os seguintes comportamentos: 1. fundação ou constituição de organização ou desenvolvimento de actividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais ou religiosas, ou a encorajem (art. 240.º, n.º 1, al. a); 2. participação na organização ou nas actividades referidas em 1 ou prestação de assistência a essas actividades, incluindo o seu financiamento (art. 240.º, n.º 1, al. b); 3. provocação de actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor ou origem étnica ou nacional ou religião, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social, com intenção de incitar à discriminação racial ou de a encorajar (art. 240.º, n.º 2, al. a); 4. difamação ou injúria de pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor ou origem étnica ou nacional ou religião, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social, com intenção de incitar à discriminação racial ou de a encorajar (art. 240.º, n.º 2, al. b).

9. A adesão portuguesa à Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi aprovada por unanimidade e entre manifestações de profundo regozijo por parte dos nossos parlamentares, comovidos que estavam com o facto de verem Portugal finalmente reconciliado com os princípios humanistas que sempre o haviam caracterizado. “As doutrinas da superioridade fundadas nas diferenças entre raças, responsáveis, no nosso século por guerras e extermínios, tal como as políticas governamentais de segregação, sempre tiveram no povo português um inimigo natural” – afirmaria, na ocasião, Fernando Condoso, deputado pelo PSD, para depois adiantar que “o regime possibilitou agora o que já era património da conduta do povo português visto estar de acordo com o seu sentido e querer, com a sua natureza e princí-

<sup>103</sup> Cfr. Francisca VAN-DUNEM, *op. cit.*, pp. 948-949.

pios civilizacionais”<sup>104</sup>. Em idêntico sentido se pronunciariam João Cravinho, Magalhães Mota, Carlos Robalo e Borges de Carvalho, deputados pelo PS, pela ADSI, pelo CDS e pelo PPM, respectivamente. As suas palavras – “Hoje Portugal pode orgulhar-se de ter retomado a sua tradição secular; o Portugal de hoje é de novo o Portugal da convivência aberta a todas as raças. (...) Hoje esta Assembleia foi bem o espelho da fraternidade, símbolo do Portugal de Abril, grande traço de identidade de união de todos os portugueses” (Cravinho, p. 1756); “este momento é (...) o retomar de uma tradição universal portuguesa desde a Idade Média, tradição onde nós nos encontramos connosco próprios quanto mais universalistas e enraizados no mundo nos sentimos” (Mota, p. 1756); “esta aprovação unânime é o epílogo do comportamento da grande maioria dos portugueses ao longo de muitos séculos. Nós portugueses não podemos, nem devemos, esquecer os nossos erros, mas também não devemos esquecer o nosso exemplo universal de capacidade de solidariedade humana e de convivência internacional com todas as raças do mundo” (Robalo, pp. 1756-1757); “Tem esta convenção um espírito que Portugal desde sempre, através da sua história, foi assumindo: um espírito universalista, cristão, que Portugal soube assumir pela História fora e de que hoje, aqui, mais uma vez, seremos intérpretes” (Carvalho, p. 1757).

No meio da emoção, os nossos parlamentares acabaram por ignorar algumas das muito sérias implicações que esta adesão trazia para o ordenamento jurídico português, designadamente em matéria penal. Era sua convicção, de resto, que nada de substancialmente novo adviria daqui para o nosso ordenamento jurídico, já enformado a nível constitucional pelo princípio da igualdade e correlativa proibição da discriminação racial. Esse o sentido das palavras proferidas pelos deputados Fernando Condesso, do PS, e Alda Nogueira, do PCP – “A adesão de Portugal à convenção pelo que fica dito e no que respeita ao ordenamento jurídico português não trará nada de novo para os cidadãos portugueses mas significa o empenhamento de Portugal na manutenção escrupulosa dos princípios que sendo da convenção são nossos pela natureza e direito positivo”; “São princípios que se enquadram em toda a filosofia subjacente à revolução do 25 de Abril, princípios que são queridos a todos os democratas, e que se encontram em total consonância com o princípio da igualdade de todos os

<sup>104</sup> Cfr. Diário da Assembleia da República n.º 43, de 29 de Janeiro de 1982, pp. 1753-1754; são igualmente desta edição os números de página que se indicam em texto a par da transcrição de algumas das intervenções no debate parlamentar.

seres humanos, independentemente da sua cor, raça ou sexo, bem expresso no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa e ao longo de todo o texto constitucional no sentido da realização da igualdade humana no campo económico, social e cultural” (p. 1754).

Este orgulho na nossa tradição humanista<sup>105</sup> e a convicção de que o racismo não é um problema que afecte realmente a sociedade portuguesa – já que os portugueses não são racistas<sup>106</sup> – explicam a leveza com que a questão foi tratada pela Assembleia da República. Importa, porém, ter presente que os compromissos decorrentes da adesão à Convenção não se limitam a respeitar – e reforçar<sup>107</sup> – o princípio da igualdade tal como o temos constitucionalmente consagrado; colidem também, potencialmente, com outros valores muito caros à nossa ordem jurídica constitucional, como sejam a liberdade de expressão e de associação, para além de – na medida em que impõem a criminalização de certas condutas – sempre representarem uma restrição de direitos e liberdades dos cidadãos, o que exige as maiores cautelas<sup>108</sup>. Atenta a tensão inelutável que existe entre liberdade e igualdade – dado que, “levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal”<sup>109</sup> – ter-se-ia justificado plenamente um mais sério debate sobre esta matéria. “En effet, au plan législatif, la lutte contre la discrimination raciale, qui procède du principe de l'égalité entre individus, entraîne inmanquablement des aménagements restrictifs de certaines libertés publiques. (...) De ces inévitables conflits entre libertés publiques naissent les limites inhérentes à toute répression de la discrimination raciale, qui se manifestent quel que soit le champ d'application des textes. En effet, tout texte ayant cet objet doit être soigneusement pesé, sous peine de faire naître l'effet contraire de celui escompté”<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Cfr. Teresa Pizarro BELEZA – *Hostilidades (Sobre a Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional)*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 148.

<sup>106</sup> Cfr. Manuel Carlos SILVA – *Racismo e Conflito Interétnico: Elementos para uma Investigação*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, n.º 56, 2000, p. 62.

<sup>107</sup> Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE – *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed. rev. e act., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 780.

<sup>108</sup> Cfr. José de Sousa e BRITO – *A Lei Penal na Constituição*, in vv. aa., *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1983, p. 26; LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 59.

<sup>109</sup> Cfr. Jorge MIRANDA, *op. cit.*, p. 224.

<sup>110</sup> Cfr. Jean-Pierre BRILL – *La Lutte Contre la Discrimination Raciale dans le*

Noutros países, esse debate aconteceu. Conheceu até momentos exaltados e justificou a formulação de reservas por parte de alguns dos Estados (entre os quais, a França e o Reino Unido) signatários da Convenção<sup>111</sup>. Dependendo da “mentalidade constitucional”<sup>112</sup> dominante, assim foi dada prioridade a uma perseguição vigorosa dos comportamentos discriminatórios ou à salvaguarda das liberdades de expressão e associação. Neste confronto, assumiu grande importância a cláusula “due regard” – incluída no prómio do art. 4.º já com manifestos propósitos conciliatórios<sup>113</sup> – segundo a qual os Estados, ao adoptarem as medidas positivas destinadas a eliminar os incitamentos à discriminação racial, devem ter “devidamente em conta os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no art. 5.º da presente Convenção”. O sentido específico desta cláusula é o de evitar que uma severa repressão da discriminação racial, em cumprimento dos comandos das alíneas a) e b) do art. 4.º, atente de forma intolerável contra as liberdades de expressão e de associação<sup>114</sup>. Não pode, no entanto, como pretenderam alguns Estados, significar uma completa desoneração destes perante o art. 4.º/ a) e b). Até porque, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, não constam apenas as liberdades de opinião e de expressão (art. 19.º), de reunião e de associação (art. 20.º); fazem igualmente parte a proibição da discriminação por motivos raciais (art. 2.º) e o princípio da igualdade perante a lei (art. 7.º)<sup>115</sup>. As normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem que acabam por desempenhar um papel decisivo – negando às liberdades de expressão e de associação um carácter absoluto e, simultaneamente, recusando aos Estados legitimidade para se eximirem às obrigações do art. 4.º/ a) e b) – são as dos artigos 29.º, n.º 2 e 30.º, onde se estabelece a admissibilidade de restrições ao exercício de direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração quando estas se revelem necessárias ao reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos outros e se afasta a possibilidade de interpretar qualquer disposição da Declaração de modo a autorizar os Estados, agru-

*Cadre de l'Article 416 du Code Pénal*, in “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, n.º 1, Janeiro-Março, 1977, p. 38.

<sup>111</sup> Cfr. Karl Josef PARTSCH, *op. cit.*, p. 22.

<sup>112</sup> Cfr. Karl Josef PARTSCH, *op. cit.*, p. 23.

<sup>113</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 66.

<sup>114</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 66 e 70.

<sup>115</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 67-68.

pamentos ou indivíduos a praticar actos susceptíveis de destruir os direitos e liberdades que aí se enunciam<sup>116</sup>.

Apesar de o debate parecer não ter existido em Portugal, o certo é que a ponderação dos interesses não deixou de fazer-se, traduzindo-se muito particularmente na forma como o legislador de 1995 configurou o crime de discriminação racial nas suas dimensões de provocação à violência e difamação ou injúrias (art. 240.º, n.º 2). Para que caibam na(s) hipótese(s) desta norma, é necessário que os actos provocadores de violência e os actos difamatórios ou injuriosos em razão da raça assumam um carácter público<sup>117</sup> – sejam adoptados em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social – e, mais importante, que sejam determinados pela intenção de incitar à discriminação racial ou de a encorajar. A imposição deste “elemento subjectivo especial da ilicitude”<sup>118</sup> – considerado o principal motivo das dificuldades verificadas na condenação pela prática do crime de discriminação racial – não é exigida pela Convenção. Partsch considera-a, no entanto, indispensável a uma justa salvaguarda da liberdade de expressão<sup>119</sup> e tudo indica que o nosso legislador penal também. Guyaz – na linha, de resto, do entendimento que sustenta sobre o que seja a discriminação racial no âmbito da Convenção<sup>120</sup> – considera uma tal imposição inteiramente desnecessária e um subterfúgio lamentável de Estados demasiado ciosos das “suas liberdades”. “Ces conditions vont selon nous trop loin dans l’application de la clause «due regard» et enlèvent à l’article 4 une grande partie de sa raison d’être, sans que la protection de la liberté d’expression ne l’exige. (...) La répression de la diffusion sans dessein ou mobile particulier de propos racistes ne signifie pas la suppression de la liberté d’expression, mais amène les citoyens à mesurer toute la portée de leurs paroles, car l’exercice de cette liberté comporte des devoirs et des responsabilités, comme le prévoient d’ailleurs expressément l’article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l’homme et l’article 19 paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques”<sup>121</sup>. Em nosso entender, é esta a perspectiva mais correcta.

<sup>116</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 68-70; Karl Josef PARTSCH, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>117</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 160-162.

<sup>118</sup> Cfr. Teresa Pizarro BELEZA – *Maus Tratos Conjugais: o art. 153.º, 3 do Código Penal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, pp. 25-26.

<sup>119</sup> Cfr. Karl Josef PARTSCH, *op. cit.*, pp. 26-28.

<sup>120</sup> Cfr., *supra*, ponto 4:

<sup>121</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 76.

Parece-nos redundante e, como afirma Guyaz noutra passagem do seu texto, uma redução inútil da protecção do bem jurídico<sup>122</sup> – que no ordenamento jurídico português é “a igualdade entre todos os cidadãos do mundo”<sup>123</sup> –, exigir a prova de que quem provoca publicamente actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião, o faça com a intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar. Não vemos como possa ser de outro modo. Menos evidente será a intenção subjacente a actos difamatórios ou injuriosos contra pessoa ou grupo de pessoas por aqueles motivos, mas, ainda aqui, atento o carácter necessariamente público destes actos, nos parece ser de concluir em idêntico sentido. O facto de – não se conseguindo provar esta intenção – sempre se poder abranger a “emissão de juízos públicos de desvalor ou de menor dignidade social de pessoas ou grupos com fundamento em preconceito racial (...) pelas disposições gerais referentes aos crimes contra a honra, desde que seja subsumível à respectiva previsão”<sup>124</sup>, afigura-se-nos fraco consolo e argumento inconsequente no plano da estrita dogmática jurídico-penal.

10. Apesar deste “desvio” face à norma do art. 4.º, al. a) da Convenção, pode dizer-se que o nosso país satisfaz no essencial as exigências decorrentes deste seu compromisso internacional<sup>125</sup>. Mas não fez mais do que isso. E podia tê-lo feito, criminalizando, designadamente, a recusa de fornecimento de bens ou serviços ou o entrave ao normal exercício de uma actividade económica por motivos raciais, formas de “discriminação efectiva”<sup>126</sup> que conhecem uma tutela jurídico-penal em muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros<sup>127</sup>. Não que a criminalização seja sempre a melhor solução, longe disso<sup>128</sup>. É bem sabido, de resto, que uma qualquer vitória sobre a “natural tendência discriminatória dos seres humanos” depende muito mais de um esforço de educação do que da imposição de sanções repressivas<sup>129</sup>. Simplesmente, atento o carácter quotidiano deste tipo de

<sup>122</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 258.

<sup>123</sup> Cfr. Maria João ANTUNES, *op. cit.*, p. 575.

<sup>124</sup> Cfr. Francisca VAN-DUNEM, *op. cit.*, p. 950.

<sup>125</sup> Cfr. Francisca VAN-DUNEM, *op. cit.*, p. 950.

<sup>126</sup> Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 780-781.

<sup>127</sup> Cfr. Francisca VAN-DUNEM, *op. cit.*, p. 950.

<sup>128</sup> Cfr. Maria Fernanda PALMA – *Constituição e Direito Penal. As Questões Inevitáveis*, in Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida e José Manuel Vilalonga (coords.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 25.

<sup>129</sup> Cfr. Jean-Pierre BRILL, *op. cit.*, pp. 55 e 57.

ofensas e as suas extraordinárias repercussões para a vida e o sentimento de dignidade daqueles que as sofrem<sup>130</sup>, julgamos ser essa a forma mais adequada de enfrentar o problema. Nesse mesmo sentido se pronunciou Jean-Pierre Brill a pretexto do antigo art. 416.º do Código Penal francês (hoje, art. 225.º) – “ce texte, par le fait qu’il permet de sanctionner certains actes de la vie courante à caractère discriminatoire commis par des particuliers, sans pour autant exiger une manifestation d’un racisme exacerbé, du type provocation, injure ou diffamation, constitue certainement une des meilleures armes juridiques de lutte contre la discrimination raciale”<sup>131</sup>.

Não ignoramos as dificuldades – de formulação normativa<sup>132</sup> e, sobretudo, de aplicação prática – sentidas nesses outros ordenamentos jurídicos onde a recusa de fornecimento de bens ou serviços ou o entrave ao normal exercício de uma actividade económica por motivos raciais constituem crimes. Entendemos, porém, que elas dificilmente serão minoradas pela solução adoptada pelo legislador português – com a Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto – de oferecer àquele tipo de condutas uma cobertura meramente contra-ordenacional. Também aqui sempre será difícil fazer prova de que a recusa do bem ou serviço tem uma motivação discriminatória, especialmente quando essa recusa seja expressa oralmente, sem testemunhas, sem explicação ou escudada num qualquer outro motivo que não a raça. “En effet, nombreux sont les cas où les prévenus se défendent d’avoir voulu agir en raison de la race ou de l’appartenance ethnique d’autrui et invoquent une multitude de motifs, dont il est très difficile de démontrer la fausseté. Ceci sera plus ardu encore dans les domaines où le refus n’est que rarement motivé, ou uniquement par oral et sans témoins, comme notamment en matière de logement ou d’emploi, domaines où la discrimination semble particulièrement répandue et lourde de conséquences pour la victime”<sup>133</sup>. Ao controlo – seja ele de natureza penal ou contra-ordenacional – sempre escaparão as cada vez mais subtis e insidiosas formas veladas de racismo<sup>134</sup>.

Incluir a recusa de fornecimento de bens ou serviços ou o entrave ao normal exercício de uma actividade económica por motivos raciais entre os comportamentos que figuram sob a epígrafe do art. 240.º não faria, no

<sup>130</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 165 e 286.

<sup>131</sup> Cfr. Jean-Pierre BRILL, *op. cit.*, p. 38.

<sup>132</sup> Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 782-783.

<sup>133</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, p. 135.

<sup>134</sup> Cfr. Jean-Pierre BRILL, *op. cit.*, p. 42; Michel VÉRON – *Droit Pénal Spécial*, 7.ª ed., Paris, Armand Colin, 1999, p. 104.

entanto, qualquer sentido, atenta a inserção sistemática desta norma no Código Penal português. Diferentemente do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, a discriminação racial surge aqui, não como uma ofensa contra as pessoas, mas como um crime contra a humanidade, o que explica que só integrem o tipo aqueles comportamentos que, pela sua potencial repercussão, façam perigar a subsistência da comunidade internacional, violando valores que esta reputa de essenciais ao seu desenvolvimento<sup>135</sup>.

Pensamos que, em face desta configuração do crime de discriminação racial, melhor se adequaria a epígrafe “incitamento ao ódio / à discriminação racial”. Sancionadas pelo art. 240.º, n.º 1, são a fundação ou constituição de organizações e o desenvolvimento de actividades – bem como a participação e prestação de assistência (al. b) – na medida em que estas *incitem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais*, ou religiosas, ou que a encorajem (al. a). E, como vimos *supra*, o n.º 2 deste artigo só pune os actos de violência e os actos difamatórios ou injuriosos contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça quando estes sejam adoptados com a intenção de *incitar à discriminação racial* ou religiosa ou de a encorajar. Uma tal alteração permitiria obstar ao frequente equívoco de pretender da norma do art. 240.º tutela contra comportamentos que constituem claramente, à luz da noção dada pela Convenção, actos de discriminação racial e ofensas muito graves à dignidade das pessoas, mas que não possuem a “índole internacional” requerida para a específica categoria de crimes em que esta norma se integra e, por isso, caem fora do seu âmbito de protecção. Essas ofensas muito graves – em que incluímos recusa de fornecimento de bens ou serviços e o entrave ao normal exercício de uma actividade económica por motivos raciais, para além da provocação de violência, a difamação e as injúrias contra pessoa ou grupo de pessoas por motivos raciais, independentemente da intenção que lhes subjaza – passariam a constituir o crime de discriminação racial *proprio sensu*, a integrar na categoria dos crimes contra as pessoas e tendo como bem jurídico protegido a dignidade humana<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Cfr. Maria João ANTUNES, *op. cit.*, p. 559.

<sup>136</sup> Cfr. Alexandre GUYAZ, *op. cit.*, pp. 174-180 e 197-219.