

A INFLUÊNCIA DA ÉTICA EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise do caso *Ellwanger* a partir do debate Hart vs. Dworkin¹

Leonardo Figueiredo Barbosa

*Professor Adjunto do Centro Universitário Serra dos Órgãos-UNIFESO
(lfb.oab@gmail.com)*

Caroline da Rosa Pinheiro

*Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ e do Centro Universitário
Serra dos Órgãos-UNIFESO (carolinepinheiro.adv@gmail.com)*

ÁREA TEMÁTICA: **Instituciones políticas y conflicto interinstitucional**

Resumo

O presente trabalho é primordialmente uma pesquisa relacionada à filosofia do direito através do qual se pretende questionar qual o papel que os valores morais podem exercer na identificação do conceito de Direito e, especificamente, o papel de tais valores em decisões tomadas pelo Poder Judiciário brasileiro no século XXI, ou seja, no momento atual da construção das decisões judiciais. Com esse intuito o trabalho será composto de duas partes: a análise de um marco teórico específico acerca da relação entre moralidade e legalidade e um estudo de caso que envolve decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do Poder Judiciário brasileiro. Quanto ao corte teórico, analisar-se-á a questão a partir do debate entre Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) e Ronald Myles Dworkin (1931-2013) – também denominado debate “Hart-Dworkin” –, selecionando-se os pontos mais relevantes nas obras desses autores para o estudo da relação entre legalidade e moralidade. Para o estudo de caso se analisará o HC 82.424-2/RS, também conhecido como *caso Ellwanger*, com o objetivo de realizar, ainda que de forma inicial, apreciação crítica sobre o ajustamento da atuação do STF em relação às propostas rivais de Hart e Dworkin sobre a influência dos valores morais no momento da aplicação do direito.

Palavras-chave: Ética; Decisão Judicial; Hart; Dworkin; HC 82.424-2/RS

¹ Trabajo preparado para su presentación en el VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013

INTRODUÇÃO

Este *paper* se originou de pesquisa em andamento que pretende questionar qual o papel que os valores morais² podem exercer na identificação do conceito de Direito, bem como seu papel em decisões tomadas pelo Poder Judiciário nas democracias atuais, ou seja, no momento atual da construção das decisões judiciais. O presente artigo estabelece um corte teórico específico – o debate entre as teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin através da seleção de alguns pontos relevantes e que têm gerado repercussão até os dias de hoje – e um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) considerado emblemático³: o HC 82.424-2/RS, também conhecido como *caso Ellwanger*. O objetivo é realizar, ainda que de forma inicial, apreciação crítica sobre o ajustamento da atuação do STF, em relação às propostas rivais de Hart e Dworkin, no que concerne à influência dos valores morais no momento da aplicação do direito.

AS TESES DE HART E DWORKIN

Apresentar de forma sintetizada os pontos principais de um debate que dura quase cinco décadas pode ser uma tarefa arriscada, apesar disso, busca-se resumir abaixo, em um desencadeamento lógico de ideias, os principais pontos do raciocínio de cada autor sobre o debate entre as teses da vinculação e da separação entre direito e moral, com o único intuito de facilitar a análise de caso que é o foco do trabalho.

A Teoria de Hart

A obra de Hart busca focar na questão estrutural do direito, tentando apontar os elementos comuns que essa construção social teria em qualquer comunidade contemporânea e, portanto, que poderiam ser identificados, por qualquer pessoa razoavelmente instruída, como os pontos importantes de semelhança entre os diferentes sistemas jurídicos. Posteriormente, ao longo da obra, Hart resumiria essas cinco características da estrutura semelhante que os diversos sistemas jurídicos contemporâneos apresentam em dois tipos de regras diferentes: *primárias* (que determinam que os indivíduos façam ou deixem de fazer algo) e *secundárias* (que permitem que se possam criar novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas; determinar sua incidência e aplicação; e identificar os aspectos ou características capazes de definir quais seriam as regras de

² Embora exista vasta bibliografia debatendo a existência ou não de diferenças entre os conceitos de ética e moral, para construção do presente projeto não analisaremos tal discussão e tomaremos os termos como sinônimos..

³ O caso selecionado foi escolhido por envolver, de forma mais expressiva, a utilização de valores morais (ainda que também jurídicos) como critério de *identificação* do direito ou de *justificação* para as escolhas feitas no momento da decisão judicial, pois envolve o conflito entre a liberdade de expressão e o crime de racismo (e o debate sobre o próprio conceito de raça/racismo).

direito válidas) cuja interação é considerada pelo autor como “a chave para a ciência do direito”. Portanto, Hart elege como *caso central ou paradigmático*, para seu projeto de identificação do conceito de direito, a combinação dessas normas, argumentando que sua correta observação e descrição poderia esclarecer diversas questões que não eram adequadamente explicadas pelas teorias imperativas (como a de John Austin):

Obviamente, todo pressuposto teórico apresenta algumas consequências e a escolha desse modelo de caso paradigmático ocasiona as seguintes:

- a) **Tese das fontes sociais do direito** – A ideia de que o direito é composto por um conjunto de normas – sejam elas regras ou princípios – que podem ser identificadas através da observação da prática social, acarretando o argumento de que “o critério último de validade jurídica deriva da prática dos tribunais em aceitar o que denominei em meu livro <<uma regra de reconhecimento>>”. (HART, 1980).
- b) **Tese da discricionariedade jurídica** – Se o direito pode ser caracterizado, ao menos nos casos centrais, através desse conjunto de regras primárias e secundárias, isto significa que podem existir casos não cobertos por essas regras. Além da possível ausência de regras, Hart admite que a incompletude do direito também possa derivar de limitações e indeterminações oriundas da própria linguagem humana, bem como da *relativa ignorância de fato* e a *relativa indeterminação de finalidade* típicas de qualquer empreendimento que busca influenciar em comportamentos futuros – ocasionando o que o autor denomina *textura aberta do direito*. Por tudo isso, é razoável afirmar que o direito é parcialmente incompleto ou indeterminado – nas situações onde não existem regras claramente aplicáveis (porque não houve previsão desse fato ou porque as normas criadas incorrem na textura aberta do direito), não existe “direito” previamente estabelecido – e, em tais situações, caso o judiciário precise apresentar uma decisão, caberá ao magistrado exercitar um *poder discricionário* – já que não existe norma *legal* aplicável e, portanto, não existe nenhum padrão obrigatoriamente vinculante (para os positivistas só o direito posto deve ser obrigatoriamente observado) – de criação do direito para aquela situação específica.
- c) **Tese da separação conceitual entre direito e moral** – Por derradeiro, se é possível identificar o direito com base na observação imparcial dessas regras que ocorrem na prática social, não existiria relação *necessária* entre moralidade e legalidade (entre o que o direito é e o que ele *deveria ser*, entre ética e direito, entre validade e justiça) – embora possam existir conexões contingentes em determinadas comunidades –, ou seja, a existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito, outra.⁴

⁴ Essa afirmação é baseada na obra de Austin (2007, p. 157), originariamente publicada em 1832, *The Province of Jurisprudence Determined*.

Portanto, esses três pilares do positivismo hartiano seriam decorrências lógicas de seu pressuposto teórico – ou seja, que o cerne do direito é constituído pela união de regras primárias e secundárias que podem ser objetivamente identificadas através de uma *metodologia descritiva*.

Para o presente trabalho uma das consequências mais relevantes do pressuposto hartiano é a impossibilidade de realização de avaliações de cunho valorativo, *dentro* de uma ciência meramente descritiva, já que a metodologia pretende apenas observar e descrever os elementos acima elencados. Isso não significa que valores da própria comunidade (que podem estar inseridos no ponto de vista interno) não possam estar presentes entre os elementos que serão descritos – é nesse sentido que Hart (2005, p. 306) afirma que “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação”. Aqui o autor busca defender que a postura descritiva não só não inviabiliza a consideração de valores que podem estar presentes no objeto de estudo, mas, além disso, que o relato desses valores não significa uma aquiescência do pesquisador aos valores relatados. MacCormick (2010, p. 219), visando defender a razoabilidade dessa visão hartiana, afirma que é possível “considerar importante para uma melhor compreensão estudar um objeto, instituição ou conjunto de instituições específico sem atribuir valor moral específico ao objeto ou instituições estudadas”, o que, por sua vez, não significa afirmar que aquilo que foi descrito não é passível de avaliação moral, apenas que tal avaliação *não será efetuada no âmbito da ciência* (ou, ao menos, do projeto) *que se pretende tão somente descritiva e não avaliativa*.

Isso não significa que Hart não vislumbre possibilidade de influência da ética no direito. Desde a versão original de “O Conceito de Direito”, em 1961, Hart já havia reconhecido diversas possibilidades de conexão entre ambos (capítulo IX, seção 3), mas, para o autor, todas essas relações seriam meramente contingentes e não teriam como consequência a necessária inclusão da moralidade como critério de validade das normas jurídicas, o que permitiria afirmar a existência de normas moralmente iníquas.

Mais uma vez, delimitado esse contexto específico, é possível considerar inteligível a afirmação de Hart (2005, p. 301-302) de que seu projeto “é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito” e, portanto, constitui um empreendimento radicalmente diferente da teoria do direito de Dworkin que é vislumbrada como avaliadora e interpretativa.

Entretanto, mesmo que o projeto de Hart não se resuma a busca do conceito de direito através de uma análise do uso que se faz da palavra ‘direito’, mas, antes, caracterize-se como uma proposta de identificação de um conceito social através de uma metodologia descritiva que se

concentre em casos centrais ou paradigmáticos, caracterizados pela união de regras primárias e secundárias, ainda persiste o questionamento se o *pressuposto* adotado por Hart é verdadeiro ou se constitui a melhor opção na identificação do conceito de direito, bem como se a *metodologia* adotada com base nesse pressuposto é adequada e porque consistiria em um projeto melhor do que a alternativa avaliadora e justificadora proposta por Dworkin.

A Teoria de Dworkin

Neste tópico se assume que as discussões *iniciais* entre Hart e Dworkin – sobre se o direito é composto só por regras ou também por princípios e se a regra de reconhecimento pode incorporar princípios – está relativamente superada, portanto, não se fará uma análise desses embates, mas se focará nas questões mais recentes que, segundo alguns positivistas (SHAPIRO, 2007, p. 27), ainda representam uma “objeção extremamente poderosa” ao positivismo jurídico.

Dworkin, mormente a partir da obra “*Law’s Empire*”, afirma que o positivismo não é capaz de explicar a ocorrência de *divergências ou desacordos teóricos*. Seriam casos onde as pessoas, apesar de não divergirem sobre os fatos históricos relativos à determinada situação e nem mesmo sobre as normas jurídicas existentes, ainda assim, discordam sobre a aplicação do direito ao caso concreto.

Para compreender essa crítica se deve partir do argumento principal de “O Império do direito” (DWORKIN, 2007, p. 231, grifo nosso): “o **conceito de direito** [...] **associa o direito à justificativa de coerção oficial**”, portanto, “uma concepção do direito deve explicar de que modo aquilo que chama de direito oferece uma *justificativa geral* para o exercício do poder coercitivo pelo Estado”. Tal argumento parece se embasar não somente na visão que muitos juristas, ao menos nas democracias contemporâneas, teriam do direito, mas parece também consistir numa evolução da posição que Dworkin defendia em “Levando os direitos a sério” (2002, p. XIII-XV), no qual considerava que os direitos são trunfos políticos que o cidadão tem “contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação explícita”, embora, não se coadunando com as teorias jusnaturalistas.

Como comentado na explicação sobre a teoria de Hart, todo pressuposto teórico apresenta consequências e ter em mente esse pressuposto pode auxiliar a compreender melhor diversas afirmações provenientes da teoria de Dworkin:

- a) Se o direito tem uma *finalidade* isso significa que sua identificação e aplicação estão, em alguma medida, atreladas a tal propósito. É por isso que o direito consistiria em uma *prática argumentativa*, ou seja, caracterizada pela compreensão que os próprios participantes têm da necessidade de apresentarem *razões* para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como verdadeiras pelos demais

participantes dessa prática. Conseqüentemente, qualquer proposta sobre o que o direito significa deve ser uma interpretação que considera a intencionalidade e finalidade (**dimensão valorativa**) pressupostas pela prática.

- b) Qualquer interpretação de uma prática social, exatamente por albergar uma dimensão valorativa, é caracterizada em parte por proposições mais abstratas que são compartilhadas pelos integrantes da comunidade (*conceito* – parte consensual), mas, a partir desse *platô abstrato de consenso*, é possível a proposição de interpretações mais específicas daquela ideia mais abstrata e consensual (*concepções* – parte não consensual). Para Dworkin, o direito seria um *conceito interpretativo* (2010, p.17), ou seja, um daqueles conceitos que as pessoas compartilham, apesar de agudas divergências sobre os critérios (não existe consenso) para identificação e aplicação do conceito (e.g. vencer um *round* de boxe). Tais conceitos “nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal construto” e as respostas a estes questionamentos “dependem da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos [...] e do melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente quando da decisão de uma situação específica”.
- c) Portanto, não seria possível definir perfeitamente um conceito interpretativo através de uma *metodologia meramente descritiva*: (i) seja porque não há um perfeito consenso sobre os critérios a serem utilizados na definição/identificação do conceito; (ii) seja porque tais conceitos demandam uma interpretação (conseqüentemente uma análise avaliativa) e não simplesmente um relato daquilo que ocorre ou ocorreu ao longo da história. Isto não significa que a metodologia descritiva não seja importante e mesmo necessária, entretanto, ela não é suficiente nesses casos, pois também se faz necessária uma metodologia avaliativa.

Desenvolvido o raciocínio acima, talvez fique mais fácil compreender porque Dworkin acusa o positivismo hartiano de não ser capaz de explicar a “divergência teórica”. Se o direito pode ser explicado simplesmente de uma forma descritiva a partir de seus elementos estruturais (factuais) porque as pessoas divergem sobre o que o direito determina em casos onde, aparentemente, todos concordam sobre os fatos e sobre os textos jurídicos existentes?

Dworkin (2007, p. 5-10) propõe que para compreendermos a verdadeira natureza dos desacordos que existem quando os juristas divergem sobre o direito, precisamos entender dois conceitos essenciais: (a) “*proposições jurídicas*” seriam as alegações que são feitas sobre aquilo que o direito permite, proíbe ou autoriza – que podem ser verdadeiras ou falsas –, sendo que a veracidade ou não dessas proposições depende do que ele chama de (b) “*fundamentos do direito*”

(“*grounds of law*”) que são “outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias” e que especificam quando essas proposições jurídicas “devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras” (DWORKIN, 2007, p. 7 e 136 respectivamente). Ou seja, em última análise, aquilo que o direito realmente é depende daquilo que considerarmos como fundamentos para a identificação do direito.

Portanto, para Dworkin (2007, p. 8) eles estariam divergindo “sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito”, bem como sobre o corolário dessa divergência: caso esses elementos não esgotem os fundamentos do direito, o que mais poderia ser considerado como elemento apto a tornar as proposições jurídicas verdadeiras?

Para Dworkin (2007, p. 10-15), a teoria positivista de Hart só conseguiria explicar as divergências empíricas porque pressupõe, em função da regra de reconhecimento – norma “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada” –, que os fundamentos do direito são fixados consensualmente entre as autoridades legais. Por isso os positivistas, de uma forma geral, ou simplesmente desconsideram a existência de divergências teóricas ou simplesmente desqualificam esse tipo de desacordo afirmando que não passa de uma ilusão, não faz sentido ou é apenas política disfarçada.

Apesar disso, bastaria observar os casos decididos pelos tribunais – ao menos nas democracias ocidentais – bem como a compreensão que os próprios juristas têm de sua prática para afirmar que efetivamente ocorrem desacordos teóricos: em diversos casos os juristas, apesar de concordarem sobre as questões factuais e sobre o que dizem os textos legais, divergem sobre o que o direito determina para aquela situação específica.

Dworkin afirma que a teoria jurídica que vincula o conceito de direito a simples questões factuais não consegue explicar as divergências teóricas porque desconsidera uma questão crucial sobre a prática jurídica. Embora o direito seja um fato social, ele apresenta uma característica especial que não seria – segundo o autor – comum a todos os fatos sociais: sua prática é *argumentativa*, portanto, considera as razões, os objetivos e finalidades (ou seja, os valores) que a prática social pretende alcançar.

O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 82.424-2/RS PELO STF

Resumidas as teses principais de Hart e Dworkin sobre a relação entre moralidade e direito, cabe ainda verificar se existe alguma aproximação entre essas respectivas propostas e a realidade jurídica brasileira. Com o intuito de dar alguns passos iniciais nesse estudo, far-se-á análise de um caso específico que pudesse caracterizar, de forma mais expressiva, o debate de (e entre) valores morais como uma das questões relevantes que precisavam ser/foram consideradas ao longo do

processo de decisão judicial (seja na de identificação do direito ou na justificação para escolhas feitas no momento da decisão judicial): o “caso Ellwanger” (HC 82.424-2/RS) que envolve o conflito entre os valores (jurídicos, mas também morais) da liberdade de expressão e de preservação da dignidade humana – além de outros conceitos e valores relacionados como igualdade, democracia, solidariedade, tolerância, dentre outros – em função da publicação de livros com conteúdo discriminatório aos judeus e que abarcou o debate acerca do conceito de raça e, conseqüentemente, a extensão do crime de racismo e do estabelecimento de limites à liberdade de expressão.

Breve resumo do caso

O julgamento do Habeas Corpus 82.424-2/RS pelo STF é considerado um dos casos mais polêmicos da história recente da Corte máxima de nosso país.⁵ O histórico de toda a querela pode ser resumido da seguinte forma: Siegfried Ellwanger, proprietário da editora Revisão, teria escrito, publicado e comercializado livros de conteúdo antissemita no Rio Grande do Sul, sendo denunciado e julgado pelo crime do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8081/90 – “*Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional*”.

O réu foi absolvido na 1ª instância, porém, após apelação dos assistentes da acusação foi condenado em 1996 pela 3ª Câmara Criminal do Rio Grande do Sul a dois anos de detenção e confisco de todos os exemplares dos livros referidos nos processos.

A ementa do julgado tem o seguinte teor:

RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada. (STJ, HC 15.155/RS, p. 3).

Em abril de 2000 a condenação foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Posteriormente, o paciente ingressa com ação de *Habeas Corpus* (HC) no STJ, tendo a solicitação sido denegada pelo tribunal em dezembro de 2001. Ainda inconformado o paciente ingressa com novo HC, então (setembro de 2002) no STF.

⁵ Fato afirmado pelo próprio sítio do STF, em 19 de março de 2004, quando da publicação do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62411&caixaBusca=N>>..

Tecida esta pequena ambientação, cabe efetuar a análise específica da decisão do STF, apontando o ponto fulcral da querela: o debate sobre os conceitos de raça e racismo e a consequente possibilidade de caracterização do ato praticado como incluído neste tipo penal.⁶

O conceito de racismo e as teorias de Hart e Dworkin

A decisão do STF no que concerne a interpretação do crime de racismo – por uma maioria de 8 a 3 – foi expressa no item 1 do acórdão⁷:

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "*fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias*" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (p. 524).

Mas é interessante observar que, após ampla e controvertida discussão acerca dos termos “raça” e “racismo”, o Supremo decidiu que a definição de tais conceitos não poderia ser feita através de critérios *biológicos* ou por procedimentos *científicos*, mas somente através de uma análise “*político-social*” e que busca-se compatibilizar os entendimentos “*etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo*”:

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, pêlos 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.

[...]

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**. (p. 524-525, grifo nosso).

Ou seja, a corte sustenta que embora o mapeamento do genoma humano tenha comprovado que *biologicamente* todos os seres humanos são iguais ainda persistiria o conceito de raça como

⁶ Não se fará, no âmbito do presente artigo, a análise da questão do conflito entre os princípios constitucionais da dignidade humana (CRFB, art. 1º, III) e da liberdade de expressão e de pensamento (CRFB, art. 5º, IV e IX; Art. 220) que também ocorreu no âmbito do julgamento.

⁷ Todas as citações referentes à decisão do STF no HC 82424-2/RS serão feitas com base no chamado “inteiro teor” publicado no sítio do STF: STF – HC 82424/RS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 19/03/2004). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>>.

uma *construção social, cultural e política*. Portanto, “o real sentido e alcance” do termo e, conseqüentemente, da norma que dele faz uso, depende de uma *interpretação* que não se reduz a uma análise etimológica do vocábulo.

Neste sentido, parece muito razoável afirmar que o STF compreende que alguns conceitos não são meramente descritivos, mas devem ser *construídos* através de um processo que busca, na medida do possível, compatibilizá-los. Apesar dessa afirmação, ainda restam algumas questões: **Quais os critérios e mecanismos que regem a construção desta definição jurídica de um termo controverso? Seria possível estabelecer que uma das concepções seja mais “neutra” do que as outras? Como avaliar quais dentre as propostas de significado são melhores que as outras?**

Voto do Min. Moreira Alves (Relator)

Afirma que “a questão que se coloca neste ‘habeas corpus’ é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão ‘racismo’”, não só por uma questão teórica, mas pelos efeitos práticos de extrema relevância que dela decorrem: quais crimes estão ou não sujeitos à imprescritibilidade e inafiançabilidade (p. 534). As diversas alegações utilizadas no voto do relator têm como intuito responder a seguinte pergunta: todos os crimes tipificados na Lei 7.716/89 – em especial os do artigo 20 – configuram racismo e são, portanto, imprescritíveis?

Embora reconheça que a CRFB transfere para a *legislação infraconstitucional* a obrigação de tipificar as condutas a serem identificadas como “prática de racismo” e quantificar a pena base, o voto alega que o inciso XLII do art. 5º “não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprover sobre o significado de ‘racismo’” (p. 534).

A partir dessa afirmação, defende que, ainda que tal dispositivo constitucional esteja relacionado a um dos *objetivos fundamentais* de nosso país – artigo 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” –, o crime de racismo não abarcaria “toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação” – por exemplo, aqueles que se relacionam à idade ou ao sexo –, portanto, deveria o termo ser *interpretado de uma forma estrita*, ainda mais por tratar-se de direito penal.

Moreira Alves busca reforçar seu argumento enfatizando outros três pontos:

- i) A Lei 7.716/89 não teria declarado expressamente que os crimes nela descritos são imprescritíveis, nem que caracterizariam todos os tipos de preconceito, mas tão somente aqueles “crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”;
- ii) Não haveria que se considerar que a imprescritibilidade seria presumível em função da atrocidade do crime em comento – do qual não se discorda – posto que crimes tão atrozés como a *tortura* e o *terrorismo*, considerados pela própria

Constituição como *hediondos*, não receberam tratamento imprescritível (CRFB, art. 5º, XLIII);

- iii) Considerando os “*elementos históricos*” – argumentos de congressistas que defenderam à inclusão do inciso XLII no artigo 5º da CRFB – e doutrinários seria possível afirmar que o conceito de “racismo” (ao menos como supostamente imaginado pelo poder constituinte originário) estaria vinculado somente às discriminações com base em raça ou cor. Cita ainda diversos posicionamentos de “respeitáveis autores judeus” que sustentam não serem os judeus uma raça (no sentido *biológico* ou *genético*). Com base em tais argumentos afirma que a discriminação ou preconceito contra os judeus, por mais nefasta e terrível que seja, não caracterizaria o crime de “racismo” (p. 540-544).

É interessante observar que o Relator reconhece a possibilidade daquilo que denomina “*interpretação evolutiva*” que consiste na possibilidade de mudança de interpretação quanto a um vocábulo “em que se leva em consideração a mudança das condições sociais”, ou seja quando, “por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre” do elemento histórico. Mas, apesar disso, alega que a exegese constitucional deve render consideração especial ao “elemento histórico do texto constitucional, [...] do que se discutiu na Assembleia Constituinte” (p. 536 e 600).

Voto-Vista do Min. Maurício Corrêa

Maurício Corrêa também enfatiza que o cerne da “questão [...] gira em torno da exegese do termo racismo”, porém, desde o início, Maurício Corrêa enfatiza que não se poderia definir o termo apenas através de seu significado biológico. Segundo o autor, seria necessário, em função da “pluralidade de conceituações do termo”, buscar não apenas o “sentido” vernacular ou científico, mas também “sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos” (p. 557).

No que concerne ao conceito de *raça* assevera que as diferenças físicas tradicionalmente referidas como diferentes espécies de seres humanos são fruto de adaptações geográficas – clima, alimentação, comportamento de convivência com o ambiente, etc. – e não de variações genéticas. Portanto, quaisquer posturas de diferenciação seriam decorrentes de comportamentos sociais relacionados à intolerância e à pretensão de superioridade de uns em detrimento de outros, sendo essa postura que produz o racismo e não supostos critérios científicos.

Cita também documentos de direito internacional, como a *Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais* aprovada em 1978 pela UNESCO⁸, para referendar que tais comportamentos de diferenciação não só não encontrariam guarida em qualquer critério científico, mas violariam também princípios que compõem o arcabouço valorativo da humanidade.

No entanto, reconhecer que não existem critérios científicos ou biológicos para caracterizar os seres humanos em distintas raças não é suficiente para eliminar a lamentável prática social do racismo. Nesse sentido, citando expressamente os períodos da Segunda Guerra Mundial e da Inquisição afirma que tais atos adquiriram uma conotação racista como pode ser comprovado pelos próprios documentos produzidos durante o período do nacional-socialismo que visavam impedir a miscigenação entre “alemães” e judeus, baseando-se em falsas características negativas do ponto de vista físico e moral. Ou seja, “na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça [...] Fica assim explícito que **tal conduta caracteriza ato de racismo**, segundo as convicções de quem o pratica”. O que restaria absolutamente comprovado através de uma das declarações de Hitler, em seu livro “Minha luta”: “A grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não ariana, a semita/judaica”, sendo que “para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça” (p. 565).

Afirma, então, Maurício Corrêa:

O **racismo**, pois, não está na condição humana de ser judeu. **O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica**, se se trata ou não de uma raça, **mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça** e, exatamente com base nessa concepção, **promove e incita a sua segregação**, o que ocorre no caso concreto. Assim, esboçado o quadro, indiscutível que o racismo **traduz valoração negativa de certo grupo humano**, tendo como substrato **características socialmente semelhantes**, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve **dispensar tratamento desigual da dominante**. Materializa-se à medida que as **qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico** a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. [...]

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, **o racismo persiste enquanto fenômeno social**, o que quer dizer que a existência das diversas raças **decorre de mera concepção histórica, política e social**, e é ela que **deve ser considerada na aplicação do Direito**. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política. (p. 568, grifo nosso).

Em resumo, o ministro afirma que a caracterização do conceito de raça seria baseada não em critérios científicos, mas no reconhecimento de uma distinção que ainda ocorreria na sociedade; sendo o crime de racismo, portanto, dependente da convicção e intenção daquele que o pratica, que identifica seu alvo como integrante de uma raça diferente da do agente e, por conta disso, promove,

⁸ “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”.

incita ou induz atos que podem variar de uma inferiorização até a eliminação dos integrantes deste grupo.⁹

Sustenta uma interpretação ampliada do conceito de racismo – apontando ainda diversos tratados internacionais, leis e decisões de outros países ou blocos e doutrina nacional para argumentar a razoabilidade dessa interpretação – visando efetivar o que define como “uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal” com fulcro na “busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República” afirma que é preciso dar a devida atenção aos fundamentos “inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático” – a *cidadania* e a *dignidade* da pessoa humana (artigo 1º, II e III) –, bem como ao princípio que inspira o combate ao racismo – o princípio da *igualdade*, que se confunde com o próprio “reconhecimento mundial dos direitos do homem”. Considerando tudo isso, caberia ao interprete buscar a harmonização entre os bens jurídicos tutelados pela constituição no intuito de encontrar “o verdadeiro significado da norma”. Desta forma, a interpretação deve considerar não só o respeito à norma específica em tela, mas deve ter em mente que o ordenamento jurídico é composto por diversos princípios e, neste sentido, a interpretação deve buscar dar a toda norma um sentido ou significado que auxilie na manutenção e respeito destes outros princípios que também são considerados relevantes, como se houvesse – embora não sejam estas as exatas palavras do ministro – uma rede de princípios que deve ser mantida de forma harmônica, sob pena de se deixar ruir toda uma estrutura relevante para a sociedade (p. 578-587).

Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma **interpretação teleológica e sistêmica** da Carta Federal, a fim de conjugá-la com **circunstâncias históricas, políticas e sociológicas**, para que se **localize o sentido da lei** para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, **buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.** (p. 587, grifo nosso).¹⁰

⁹ E, neste ponto (p. 570), cita diversos trechos das obras editadas e escritas por Ellwanger que caracterizariam esta vontade de imputar “aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra” e “falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu”.

¹⁰ Poder-se-ia dizer que nada mais comum do que buscar o sentido das palavras – que compõem o direito, como qualquer prática social – no contexto social (incluindo os aspectos morais, históricos e políticos). Porém, também se pode questionar, de um ponto de vista juspositivista, o seguinte: **se existem diversos posicionamentos doutrinários, de direito comparado e de direito internacional, além dos próprios ditames da constituição (que no Brasil é analítica e não sintética), porque se torna necessário revolver as questões histórico-político-sociais, bem como os valores morais e éticos para definir o sentido de uma palavra?** Que “vaguidade” é essa que ainda resta, mesmo após a citação de doutrinadores brasileiros do mais alto calibre; da referência ao direito internacional de tratados que vão de 1948 até 2001; da apresentação de leis e decisões judiciais de diversos países de diferentes continentes?

Talvez a resposta seja dada pelo próprio Ministro através da citação que faz de Alexandre de Moraes: “a interpretação ‘deve buscar a **harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua**s, adequando-a a realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”. Mas as finalidades não são passíveis de identificação com base exclusiva no texto, antes, é necessário se questionar sobre os **valores** que estão por trás da norma, pois só assim pode-se identificar a ‘verdadeira’ finalidade, objetivo, sentido (ou, como diria Dworkin, *point*) seja da norma, seja da própria prática social que se deseja estimular, proteger ou repudiar.

OBSERVAÇÕES

Ao analisar os debates sobre os dois votos principais acerca da definição de **raça e racismo**, é muito difícil não lembrar alguns tópicos específicos das teses de Hart e de Dworkin, seja para defendê-los ou para refutá-los: textura aberta do direito; necessidade de interpretação das normas; poder discricionário do juiz; regra de reconhecimento do sistema; caráter vinculativo dos princípios; diversidade ou univocidade de resposta aos casos difíceis; diferença entre conceitos e concepções; dimensão de valor e de ajuste, metodologia descritiva e avaliativa; o papel dos conceitos políticos; dentre diversos outros que poderiam ser citados.

Seria extremamente extenuante analisar todos os tópicos, motivo pelo qual se buscará selecionar alguns pontos considerados diretamente relacionados ao tema.

I) Desacordos teóricos, conceitos e concepções

Defende-se que o caso é caracterizado por uma *divergência teórica*: apesar de não existir desacordo sobre os fatos históricos (validade do Art.5º, XLII; tratados internacionais assinados pelo Brasil, etc.), ainda assim os ministros divergem sobre a aplicação do direito ao caso.

Segundo Dworkin isso ocorreria porque os ministros discordam exatamente sobre a identificação dos próprios *fundamentos* do direito, ou seja, sobre o que torna uma proposição jurídica verdadeira: enquanto o voto-relator se debruça sobre a *mens legislatoris* específica do inciso XLII do art. 5º, o voto-divergente busca a intenção por trás da Constituição como um todo – consequentemente de todo o sistema jurídico –, bem como de identificar os valores que fundamentam o ordenamento jurídico e/ou o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, talvez fique mais clara a crítica de Dworkin à tese da regra de reconhecimento de Hart, pois, ao menos nesse caso, os ministros parecem não compartilhar exatamente os mesmos critérios para a identificação do direito: embora todos concordem que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico, existe uma divergência posterior, por exemplo, sobre o uso ou não de direito comparado para esclarecer o sentido de termos constitucionais não definidos claramente pela própria CRFB ou a prevalência de dados históricos sobre os debates da Assembleia Constituinte. Se não há perfeito consenso sobre isso, como afirmar que existe uma regra de reconhecimento capaz de acabar com o caráter de incerteza sobre a identificação do direito? Seria possível defender, nesse caso específico do HC 82.424-2/RS, a tese de Hart de que existe uma regra de reconhecimento “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada”? A resposta parece ser negativa, exatamente porque existe divergência sobre *quais critérios devem ser priorizados* (embora exista relativo consenso sobre os fatos e documentos

jurídicos válidos).¹¹ Por exemplo, alguns ministros defendem a prioridade da intenção do constituinte, outros defendem a identificação da *mens legis* do próprio sistema.

Mas, reitere-se, a verificação desses desacordos não significa a inexistência algum grau de consenso sobre a própria prática do direito ou mesmo sobre o conceito de racismo – sob pena de não existir verdadeiro ordenamento jurídico e reinar o caos – mas entre a completa insegurança do caos e o consenso absoluto da regra de reconhecimento, ocorrem diversas situações intermediárias caracterizadas pelo *desacordo teórico*.

Hart tenta argumentar que os juízes podem concordar com a existência de uma regra de reconhecimento, mesmo que discordem sobre a forma correta de aplicar tal regra a determinados casos – especificamente os difíceis –, principalmente quando a regra serve para explicar o funcionamento do sistema nas condições normais e que condizem com a prática uniforme dos tribunais.

A função da regra é determinar apenas as condições gerais que as decisões jurídicas corretas devem satisfazer nos modernos sistemas de direito. A regra [...] de reconhecimento pode fornecer **testes relacionados** não com o conteúdo factual das leis e sim com a sua conformidade **com valores ou com princípios morais** essenciais. Claro que, em casos concretos, os juízes podem discordar quanto à questão de saber se tais testes estão satisfeitos, ou não, e um teste moral quanto à regra de reconhecimento não resolverá tal discordância. Os juízes podem estar de acordo acerca da relevância de tais testes, enquanto algo resolvido por uma prática judicial estabelecida, mesmo se discordarem sobre aquilo que os testes exigem em casos concretos. (HART, 2005, p. 320-31, grifo nosso).

Mas Dworkin considera essa explanação insatisfatória justamente porque não explica o funcionamento do sistema no que concerne a resolução dos chamados casos difíceis, aqueles mais relevantes e significativos na opinião do professor norte-americano. É exatamente para tentar explicar essa situação de parcial acordo que evita a desordem, mas de possibilidade de algum grau de desacordo, que Dworkin chama a atenção para a diferença entre os termos *conceito* e *concepção*. Os *conceitos* seriam proposições mais abstratas e que – por isso mesmo – são compartilhadas socialmente, servem como *platô abstrato de consenso*: todos concordam que o *racismo* é caracterizado pela discriminação injusta entre pessoas que são essencialmente iguais, mas onde o perpetrador parte de um pressuposto equivocado de superioridade em relação ao(s) outro(s). Já as *concepções* seriam interpretações específicas daquela ideia mais abstrata e consensual: Moreira Alves compreende que, ao menos no Brasil, o racismo seria aquela discriminação quando relacionada ao conflito histórico entre negros e brancos, produzindo uma concepção mais restrita de

¹¹ Por isso, Dworkin defende que não é possível compreender os conceitos políticos, valorativos ou interpretativos como conceitos criteriológicos: porque não há consenso sobre os critérios que devem ser utilizados, mesmo que haja consenso sobre os fatos e documentos jurídicos existentes sobre o tema. Além disso, “elaborar uma teoria desse tipo de conceito [criteriológico] significa propor uma definição mais precisa, para uma finalidade específica. Mas seria um erro afirmar que qualquer definição mais precisa apreende melhor do que outras a essência do conceito. É um erro afirmar, por exemplo, como tantos fazem hoje, que a essência do casamento é uma união entre um homem e uma mulher, pois tal afirmação faz do casamento *gay* uma contradição em termos”. (DWORKIN, 2010, p. 16).

racismo; já Maurício Corrêa tem uma concepção mais abrangente de racismo, incluindo não só a discriminação com base em cor ou raça, mas quaisquer atos segregacionistas baseados numa pretensa ideia de superioridade/inferioridade fundada em ódio ou intolerância entre seres humanos.

II) Definição de conceitos, interpretação valorativa, discricionariedade e vinculação

O modo de identificação/definição de um vocábulo é, certamente, o ponto fulcral da questão. Sendo assim, cabe lembrar como os autores se posicionam sobre isso.

Da tese de Dworkin (2010, p. 212), se pode pinçar a proposta de **conceito político**, evolução de sua proposta sobre a diferença entre *conceitos* e *concepções*. O autor defende que alguns vocábulos funcionam “como **conceitos interpretativos de valor**”, isto é, numa sociedade podem ocorrer concepções divergentes desse mesmo conceito exatamente porque existem discordâncias sobre os valores (ou seus significados) que são albergados pelo vocábulo, em outras palavras: “a contestação [sobre o próprio valor] gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor”.

A discussão sobre o significado do termo “racismo” parece obedecer à mesma lógica dos debates sobre os conceitos políticos conforme a teoria de Dworkin (2010, p. 210): existe certo consenso sobre a importância dos valores envolvidos no conceito de racismo – é algo terrível, que gerou abomináveis injustiças em função de posturas de ódio, intolerância e discriminação; além disso, caracteriza uma prática que viola outros valores e, por isso, deve ser combatida e buscada sua eliminação –, mas, apesar disso, “esse consenso deixa em aberto questões substantivas cruciais sobre o que, mais precisamente, tais valores são ou significam” – o racismo é caracterizado por qualquer tipo de discriminação? Se não, a quais tipos se aplica? Qual o objetivo de caracterizar o racismo como imprescritível? A imprescritibilidade do crime deve influenciar para produzir uma interpretação restritiva ou extensiva? Na definição do conceito, o contexto histórico-social específico do país é mais importante que o contexto mundial? Os critérios científicos são mais importantes que os critérios culturais? De que forma os outros valores constitucionais e dos tratados internacionais devem influenciar na determinação do conceito de racismo?

Portanto, tais conceitos funcionam como *conceitos interpretativos de valor*: são compartilhados por nós porque compartilhamos as práticas sociais e experiências onde tais conceitos figuram; concordamos que eles se relacionam a valores, mas, algumas vezes, discordamos quanto a sua correta concepção porque divergimos sobre quais valores melhor justificam as práticas (nesse caso, na prática de combate ao racismo sem descurar dos outros valores presentes no ordenamento jurídico) nas quais eles ocorrem.

Alguns de nossos conceitos funcionam [...] como **conceitos interpretativos** que nos estimulam a **refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática social que elaboramos**, bem como a contestar tal construto. [...] **dependem da melhor interpretação** das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos [...] **e do melhor modo de aplicar tudo isso** conjuntamente quando da decisão de uma situação específica. (DWORKIN, 2010, p. 17, grifo nosso).

No que concerne à teoria de HART, é importante reconhecer que o autor já havia observado aquilo que denominou de *textura aberta do direito*, ou seja, situações onde “há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece sua rejeição”, mas para Hart (2005, p. 139-140, grifo nosso) esse seria um problema oriundo, primordialmente, de uma incerteza inerente à própria *linguagem*. Mas então, como resolver essa incerteza? Nesses casos, onde a aplicação (e, portanto, a correta definição) do termo é incerta, torna-se necessário realizar “algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas”, e esse procedimento “tem de ser feito por aquele que tem de as resolver”.

Essa parte da tese de Hart (2005, p.141-142) se relaciona de forma umbilical com a questão da definição jurídica do conceito de racismo, pois mesmo o positivismo hartiano reconhece que – ao menos em alguns casos – há que se questionar sobre a *finalidade* que se atribui à norma e essa finalidade pode ser fundamental para determinar o grau de rigidez ou flexibilidade que conferiremos à definição de um conceito jurídico em um caso concreto. Para compreender essa finalidade há que se considerar aquilo que pode ser chamado de *objetivos sociais razoáveis* o que só pode ser feito “através da escolha entre os interesses concorrentes”, ainda que esta escolha não possa ser confundida com uma conduta “arbitrária ou irracional”.

Entretanto, e este talvez seja o cerne desta questão da teoria de Hart, podem ocorrer **conflitos** entre a verificação destas **finalidades** e aquilo que se denomina “**segurança jurídica**”. A importância relativa de cada uma dessas dimensões e do conflito que pode se instaurar entre elas é expressa na obra de Hart que advoga a favor da necessidade de uma escolha ulterior e critica as tentativas de ignorar ou exagerar a necessidade e os efeitos dessa escolha posterior:

Aqui ocorre o que Hart denomina de disputa entre *interesses concorrentes* ou *conflitantes*, sendo que tais conflitos somente podem ser solucionados através do confronto entre a regra geral e o caso concreto não previsto e a consequente definição mais específica da finalidade inicial da norma, que deverá ser estabelecida à luz das próprias finalidades sociais. (HART, 2005, p. 143).

Até aqui, em alguma medida, parece haver uma correlação entre as teorias de Hart e Dworkin no que concerne a necessidade de interpretação das regras e da relação dessa interpretação com finalidades, objetivos e valores para a determinação do significado de termos e conceitos utilizados no direito – o que demonstra claramente que o filósofo britânico não está tão afastado da ideia de finalidades ou valores como alguns erroneamente pensam.

Mas então, poder-se-ia explicar a necessidade de interpretação e a referência a valores para a definição de conceitos através de ambas as teorias? Ainda que os dois autores reconheçam a necessidade de exercer uma atividade interpretativa, mormente nos casos concretos considerados difíceis, bem como a necessidade (Dworkin) ou possibilidade (Hart) de referência a valores morais, existem divergências fundamentais entre as teorias conforme já apresentado nos capítulos anteriores, das quais serão destacadas algumas para análise do presente caso.

Para Hart (2005, p. 314) o sistema jurídico é “parcialmente indeterminado ou incompleto” o que significa que nos casos difíceis, “quando a questão é de saber se uma dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado”. Seja em função da textura aberta, da relativa ignorância de fato ou da relativa indeterminação de finalidade, caberia ao juiz, nessas hipóteses, “exercer a função restrita de criação de direito”. Para Dworkin o direito pode ser controvertido, mas isso não significa que seja incompleto. Portanto, nos casos difíceis, para HART os juízes efetuariam uma escolha (ainda que sujeitas a determinados limites) que não foi previamente estabelecida pelo direito; já para Dworkin os princípios (explícitos ou implícitos), que albergam valores e fazem parte do direito, vinculariam a decisão judicial, portanto, não haveria que se falar em escolha, mas sim na busca de descobrir aquilo que o direito já determina.

Hart (2005, p. 316) insiste que nos casos difíceis – mesmo que se compreenda que a moral exerce influência na decisão judicial – a discussão sobre se o magistrado cria novo direito ou revela o direito já existente *não teria relevância prática*, pois, o dever do juiz será o mesmo: a saber, fazer o melhor juízo moral que puder sobre quaisquer questões morais que possa ter para decidir.

Considerando-se que a determinação do conceito de racismo neste caso é um exemplo perfeito de caso difícil – *i*) o direito não regulou ou regulou de forma parcialmente incompleta ou indeterminada (Hart) ou *ii*) casos em que a resolução é feita não somente pelo uso de regras, mas também pela consideração dos princípios (Dworkin) que vinculam a decisão, apesar de juízes razoáveis, inteligentes e bem intencionados poderem discordar sobre a resposta a ser dada – será que é possível verificar sua adaptação a uma dessas propostas?

As argumentações dos ministros parecem favorecer a teoria de Dworkin, pois se vislumbra tentativas de demonstrar como o ordenamento jurídico forneceria previamente instrumentos para uma tomada de decisão. Não se vislumbra qualquer insinuação de que se está diante de uma situação de escolha não determinada pelo direito – ainda que possa não ter sido determinada especificamente pelo art. 5º, XLII da CRFB ou pela Lei 7716/89. Além disso, o apelo a princípios, finalidades ou objetivos é utilizado tanto pelos que seguem o voto divergente quanto pelo voto do relator, como razões para defender o que o direito determina (não aquilo que *deveria* determinar).

Mas Hart já havia se posicionado no sentido de que a retórica judicial oficial, que se socorre de princípios, objetivos e finalidades supostamente jurídicas, pode esconder o que realmente ocorre: a pura e simples criação de um novo direito que não era predeterminado pelo ordenamento.

Se considerarmos a tese de Hart correta e afirmarmos que nesse caso difícil os magistrados tinham o poder discricionário de escolher entre padrões que não são jurídicos (já que o direito não determinava previamente o conceito de racismo), então, o que o poder judiciário fez foi escolher, posteriormente à prática do fato, entre princípios concorrentes. A conclusão lógica, do ponto de vista prático, é que uma pessoa foi condenada por racismo, embora, à época da prática de seu ato, ela não tenha praticado qualquer ato que o direito, então, definia como racista!

Qualquer pessoa poderia questionar sobre a injustiça de se condenar alguém por uma prática que não seria considerada crime ou que, de forma mais específica no caso Ellwanger, não seria considerada racismo e, portanto, estaria sujeita à regra geral da prescritibilidade.

Hart responde que essa ideia da injustiça da decisão *ex post facto* depende do pressuposto de que tais decisões não dão o devido respeito às *expectativas justificadas*, mas nos casos difíceis não haveria que se falar em expectativas justificadas exatamente porque o direito não regulou de forma perfeita tais situações.

Ainda que se possa concordar com Hart de que só haveria, ao menos do ponto de vista jurídico, “expectativas justificadas” quando o direito de fato regula algo, não se pode esquecer que existem máximas ou princípios gerais em qualquer campo do conhecimento, inclusive do direito, que são condições de validade para as demais proposições. No direito, especificamente, existem princípios gerais exatamente para gerar alguma segurança naquelas situações em que o direito é omissivo e um desses é o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ou seja, a ideia de que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Ora, se o legislador constituinte definiu que o racismo é imprescritível, mas – segundo a tese de Hart em função da *textura aberta*, da *relativa ignorância de fato* ou da *relativa indeterminação de finalidade* – não está evidente o conceito de racismo – e as diferentes decisões desde a primeira instância até o STF, além dos debates entre os ministros, seriam suficientes para demonstrar o desacordo – então, somado ao princípio geral citado, pode-se razoavelmente falar em expectativa justificada.

Mas o sistema jurídico brasileiro traz um complicador a mais, qual seja o de que o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* é, aqui, um princípio constitucional (CRFB 5º, XXXIX). Sendo assim, haveria que se declarar a inexistência do crime sob pena de estar se criando novo direito contra expressa determinação constitucional.

Ressalte-se de forma veemente que não se está aqui defendendo a ideia de que os conceitos de raça ou de racismo devem, necessariamente, ter uma interpretação restritiva, mas tão somente o argumento de que para não se efetivar essa interpretação restritiva, especificamente no caso da

Constituição brasileira, há que se admitir que a utilização de princípios foi feita com base em critérios previamente estipulados pelo direito.

III) A insuficiência das metodologias descritivas para a identificação de um conceito jurídico

Considerando que existem diferentes posições (ou princípios que defendem analogias concorrentes) sobre a definição do conceito de “racismo”, é possível afirmar que *alguma destas concepções é mais neutra (no sentido valorativo) do que as outras?* É razoável se adotar uma postura meramente descritiva (por exemplo, dos debates realizados durante a Assembleia Constituinte) para a perfeita definição de um conceito político?

Dworkin busca defender a insuficiência da metodologia descritiva para identificação de conceitos políticos e argumenta que qualquer postura que privilegie elementos históricos ou científicos não é, só com base nisso, menos valorativa ou engajada do que outra que advogue em favor de elementos morais. Obviamente isso não significa que não se possa propor a devida atenção, e até a primazia, de elementos históricos, científicos, criteriológicos sobre outros. O que se quer é evidenciar que quaisquer propostas que deem primazia a algum aspecto interpretativo são tão engajadas quanto quaisquer outras, pois produzirão efeitos concretos na identificação/aplicação do direito e, sendo assim, acabam “tomando partido”, representam uma tomada de posição. Nesta visão, no caso em tela, a proposta que defende a vontade do legislador constituinte como mais importante do que a evolução social, ou que as questões históricas específicas de um dispositivo são mais importantes que determinados objetivos sociais ou jurídicos (CRFB 1º, III; 3º, IV; 4º, II e VIII, dentre outros) seria tão engajada e valorativa quanto a proposta inversa, pois ambas gerarão consequências específicas, não sendo possível afirmar que uma é mais neutra ou mais engajada que a outra.

Quando Moreira Alves propõe uma interpretação que privilegia o que ele chama de “elementos históricos” – os debates produzidos durante a Assembleia Constituinte – ele acaba “tomando partido” por uma interpretação restritiva. A questão, nesse momento, não é se isso é bom ou mau, mas sim evidenciar que esta postura não pode tomar para si o título de posição neutra e não valorativa como Hart pretende.

É evidente que um pesquisador pode fazer um levantamento sobre como o conceito de racismo foi encarado ao longo da história; ou se existem critérios científicos capazes de identificar a questão racial; ou dos debates e manifestações sociais que levaram a inclusão de um determinado dispositivo normativo contra o racismo no ordenamento jurídico. Mas essas descrições – que são importantes e necessárias – não são suficientes para empreender a definição de um conceito

político, ou seja, não é possível identificar cabalmente o significado de um conceito político, através de uma metodologia meramente descritiva – embora esta possa contribuir, em alguma medida – exatamente por que este tipo de conceito *demanda uma interpretação sobre a prática social relacionada ao conceito* e, conseqüentemente, é dependente de uma análise dos valores, finalidades e objetivos que se pretende atingir através dessa prática.

É razoável afirmar que ambos os votos (e aqueles que os seguiram), mesmo apresentando interpretações divergentes, reconhecem a *necessidade de apresentar motivos, razões que justifiquem uma escolha em detrimento da outra*. O voto que apela a elementos históricos e de descrição dos debates dos constituintes de 88, por exemplo, também postula a afirmação de atrocidade do caráter de imprescritibilidade penal e das conseqüências supostamente nocivas que a atribuição de uma interpretação menos restritiva poderia gerar para a prática social.

Nesse sentido, parece haver certa conformidade com a proposta de Dworkin:

Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que **exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade**, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. **Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e formulamos concepções sobre as condições de veracidade** das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, **à luz dos propósitos e valores que especificamos**. (DWORKIN, 2010, p. 19, grifo nosso).

BIBLIOGRAFIA

AUSTIN, J. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Trad. Liborio Hierro, Francisco Laporta i Juan Ramón Páramo. **Sistema: Revista de ciencias sociales (Madrid)**. nº 36, Mayo 1980, p. 3-18.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 4ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: a Short Guide for the Perplexed**. University of Michigan Public Law Working Paper No. 77. February 2, 2007.