

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS; Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAHN, Hans. Logic, Mathematics and Knowledge of Nature. In: AYER, A. J. (Org.). *Logical Positivism*. New York: The Free Press, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Propriedade* (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a Legislação Ordinária e a Constituição). [s.n.t]. Disponível em: <<http://www.cidadanet.org.br/dados/dout8.htm>>. Acesso em 24 de setembro de 2003.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E APLICAÇÃO DO DIREITO: O CONCEITO DE RACISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Hebert Soares Leite

Sumário

1. Apresentação. 2. A Abrangência do Conceito de Racismo na Constituição de 1988. 3.A Contribuição da Hermenêutica Jurídica. 4. A Aplicação do Direito ao Caso Concreto. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 APRESENTAÇÃO

Durante o ano de 1989, o Movimento Popular Anti- Racismo (Mopar), integrado pelos Movimento Negro, Movimento Judeu Independente e Movimento de Justiça e Direitos Humanos de Porto Alegre, tomou a iniciativa de um processo criminal contra o brasileiro, escritor e editor de livros Siegfried Ellwanger, então na faixa dos sessenta anos, que foi denunciado pelo Ministério Público em 1991 pelo crime previsto no art. 20 da lei nº 8081, de 21 de setembro de 1990:

Art.20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 2 a 5 anos.

O fato é que Ellwanger, na condição de sócio diretor da Revisão Editora Ltda editou, distribuiu e vendeu diversas obras de autores estrangeiros e nacionais, de forte caráter anti-semita, além de uma obra própria, publicada sob o pseudônimo S.E. Castan, intitulada "Holocausto Judeu ou Alemão- Nos bastidores da mentira do Século", de mesmo caráter.

O réu foi absolvido em primeira instância. A juíza Bernadete Coutinho Friedrich, substituta da oitava Vara Criminal de Porto Alegre, proferiu sua sentença em 14 de julho de 1995 decidindo pela improcedência da denúncia. No seu entender, a atividade do réu não passava de mero exercício do Direito Constitucional de Liberdade de Expressão, sendo que o acusado apenas havia manifestado sua opinião sobre fatos históricos sob um ângulo diverso da maioria.

Provendo o recurso, o Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não interpretou o caso da mesma maneira. Julgando a apelação criminal, sua terceira Câmara Criminal condenou o editor a dois anos de prisão, com suspensão da pena e prestação de serviços comunitários por quatro anos. O benefício da suspensão da pena foi concedido pelo fato de Ellwanger ser réu primário.

Provendo novamente o recurso, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação proferida em 2º instância após julgamento realizado em março de 2001.

Em face da impossibilidade de se contestar a decisão da Corte Suprema, a defesa partiu para uma argumentação que visava extinguir a punibilidade do caso. Os advogados do editor de livros impetraram habeas-corpus no Superior Tribunal de Justiça, com pedido para mudar os termos da condenação proferida pelo Tribunal de Justiça, trocando a acusação de racismo por práticas discriminatórias, uma vez que os judeus não configuram uma raça.²²¹

Dessa maneira, o crime não seria inafiançável e imprescritível como disposto na Constituição Federal:

Art. 5º, XLII. A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 5º, XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O réu estaria em condições de requerer extinção da pena porque o crime cometido seria disciplinado pelas regras de prescrição elencadas nos artigos 109 e 110 do Código Penal Brasileiro (Decreto lei nº 2848, de 27 de dezembro de 1940).

O pedido foi denegado pelo Superior Tribunal de Justiça. Por força de um novo recurso, o habeas-corpus foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, onde a maioria dos Ministros votaram pelo indeferimento do pedido.

²²¹ BECKER, Werner. Uma questão meramente jurídica. Folha de São Paulo. São Paulo, 26 de julho de 2003. Tendências/Debates, p. A3

2 A ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE RACISMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1 Um conceito restrito

A apologia de idéias contra a comunidade judaica não pode ser caracterizada como racismo porque os judeus não são raça, sustentam os advogados de defesa. Ellwanger foi condenado por crime contra os judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, não podendo a luz da palavra autorizada dos antropólogos, dos rabinos e dos intelectuais judeus ser inserido entre os decorrentes da prática de racismo. Com essa tese, fundamentada em citações de conceituados antropólogos como Moacyr Scliar e Darcy Ribeiro, a defesa quer demonstrar que o crime pelo qual Ellwanger foi condenado já esta prescrito.²²²

Para sustentar a alegação de que o réu não cometeu crime de racismo, os advogados do editor ressaltam que: "Os muçulmanos, os judeus não formam uma raça, assim como os católicos ou os protestantes..."(UNESCO).

A definição de judeu como raça encontra sempre veemente repúdio de toda a comunidade judaica, tanto pelos antropólogos judeus, pelos rabinos e pela sua intelectualidade. A comunidade

²²² 2000/0131351-7-HC 15155.P:21

judaica sempre contestou incisivamente a doutrina nacional socialista que institucionalizou na Alemanha Nazista o judeu como tipo racial.

Trechos da obra do antropólogo Miguel Asheri, residente em Israel, também são citados para reforçar a tese:

São os judeus uma raça, um grupo religioso, um grupo lingüístico, uma nacionalidade ou o que? Raça não são: existem judeus louros e de olhos azuis, judeus negros, judeus morenos, judeus amarelos e de todos os tons que se possa imaginar entre essas cores. Os judeus são um povo, assim como, por exemplo, os Armênios são um povo. Os irlandeses uma mistura de raças, duas línguas e duas religiões, são um povo.²²³

Da obra do rabino Morris Kertzer, os advogados destacam o trecho no qual ele afirma que: "Como parte de inegável importância de qualquer definição válida, deve-se dizer o que o judeu não é. Os judeus não são raça. Judeu é todo aquele que aceita a fé judaica."²²⁴

A defesa recorre também à obra "O Povo Brasileiro", de Darcy Ribeiro, na qual define-se que a característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele.

Não se tratando os judeus de uma raça, não se poderia averbar de imprescritível, característica exclusiva dos crimes de racismo previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal, supra citado. Um dos advogados do acusado, Sr. Werner Becker, resalta que:

... se o inciso XLI do art. 5º da Constituição increpa como crime toda a conduta discriminatória, o inciso imediato restringe a imprescritibilidade somente ao crime de racismo,

²²³ BECKER, Werner. Uma questão meramente jurídica. Folha de São Paulo. SP, 26 julho de 2003. Tendências/Debates, P. A3

²²⁴ Ibidem.

se a intenção do legislador fosse a de atingir todas os crimes decorrentes de quaisquer práticas discriminatórias, raciais ou não raciais, ele teria utilizado a expressão prática de discriminação e, não, prática de racismo.²²⁵

O habeas-corpus impetrado não constitui agressão a ninguém e não faz apologia de nenhuma idéia política ou religiosa. Apenas pretende que a pena do réu não seja exacerbado além do permitido pela Constituição.²²⁶

O advogado sustenta a defesa no Princípio da Reserva Legal: "Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sen prévia cominação legal;"

A criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior. Seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária por meio da realização da certeza do Direito. Assim não se admite analogia para fins de se aumentar a incriminação penal, ou seja, aplicar-se a analogia visando a estender, a outras condutas a imprescritibilidade prevista especificamente para a prática do racismo. Não é legítimo ampliar a interpretação da norma constitucional que faz da prática do um crime inafiançável e imprescritível para ter como igualmente imprescritível o delito de quem "apenas incitou a discriminação ou o preconceito contra os judeus".²²⁷

²²⁵ 2000/0131351-7-HC 15155

²²⁶ BECKER, Werner. Uma que são meramente jurídica. Folha de São Paulo. SP, 26 de julho de 2003. Tendencias/Debates, p.A3

²²⁷ Ibidem

De acordo com essa teoria, o réu não teria sido condenado pela prática de racismo, pois a condenação foi por incitamento ao judaísmo, sendo que somente o racismo estaria abrigado na Constituição Federal como imprescritível.

Alega-se, em síntese, que deve ser afastada a imprescritibilidade do delito imputado ao réu, para que o Juízo da Vara de Execuções possa reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, eis que, entre a data do recebimento da denúncia e a do julgamento da apelação criminal, quando condenado o paciente, teria transcorrido mais de quatro anos- prazo prescricional a ser considerado na hipótese, tendo em vista a pena de dois anos de reclusão então estabelecida.²²⁸

2.2 Um conceito amplo

A definição do caso no Superior Tribunal de Justiça conteve os votos do Relator, Ministro Gilson Dipp, e dos Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo e Félix Fischer. Votou vencido o Ministro Edson Vidigal.

O Ministro Gilson Dipp sustentou que a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento. A argumentação de que a norma constitucional prevê a imprescritibilidade do crime de racismo, não contemplando as demais condutas preconceituosas e

²²⁸ 2000/0131351-7-HC15155

discriminatórias posteriormente trazidas pela legislação infraconstitucional é um argumento falacioso.

Ao contrário, se poderia argumentar que apenas a discriminação e o preconceito fundados em motivos raciais se amoldariam à imprescritibilidade constitucional, e que tal imprescritibilidade não atingiria outras motivações (etnia, convicção religiosa, etc)

Com efeito, a lei nº 7716/89 inicialmente restringiu-se ao preconceito de raça e de cor. Através da lei nº 8081/91, acrescentou-se à lei nº 7716/89 o seu art. 20.

Art.20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos.

O crime de racismo, gizado pela Constituição, é imprescritível, a pena é perene, possibilitando que o Estado puna o autor do fato a qualquer tempo- imprescritibilidade esta, que é aplicada no exercício tanto da pretensão punitiva, quanto da pretensão executória. Não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que prática uma destas três condutas discriminatórias é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

Em uma linguagem técnico-científico-jurídica, o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles oriundos das

desigualdades relacionadas à etnia ou à grupos nacionais, assegura o Ministro Jorge Scartezzini.²²⁹

Em sua obra " Holocausto Judeu ou Alemão ?- Nos bastidores da mentira do Século", Ellwanger cita trechos com forte caráter anti-semita:

É de se lamentar que todo Estado não os (Judeus) tenha perseguido como a peste da sociedade (p.59). Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço (p.193)

Pode-se afirmar que o legislador constituinte de 1988 pretendeu que a prática do racismo fosse abolida e reprimida em todas as suas formas. Todavia, esta não é a posição adotada pelo paciente, consoante vê-se em seus escritos e nas idéias que propaga. O legislador ordinário criminalizou a incitação, o induzimento e a prática do racismo, embora definidos pela mesma norma penal. O legislador constituinte puniu um deles, o delito de prática. O paciente praticou-o, de acordo com o exposto, sendo-lhe imputado os justos efeitos da imprescritibilidade.²³⁰

3 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

O habeas-corpus impetrado em favor de Siegfried Ellwanger fundamenta-se na alegação da prescritibilidade do crime decorrente

²²⁹ 2000/0131351-7-HC 15155

²³⁰ Ibidem

da discriminação, em contraposição à tese defendida pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que defendem a imprescritibilidade por tratar-se de crime de racismo.

O ponto fundamental da discordância entre o referido Tribunal e o réu diz respeito à definição e à abrangência do conceito de racismo usado pelo legislador constituinte. Portanto, a prudência atenta para a necessidade de se recorrer à esfera da Hermenêutica Jurídica, na medida em que cabe a esse campo do conhecimento relacionar a norma jurídica e o fato social, tendo como finalidade proceder à sistematização de toda a teoria e procedimentos da interpretação lato senso, o que inclui, além da interpretação propriamente dita, a integração e a aplicação das normas jurídicas.

A escolha de um método de interpretação é caminho determinante para a aquisição da verdade, na busca de um resultado exato e rigorosamente verificado. Ressalvada a inexistência de consenso na doutrina acerca da terminologia a ser adotada quanto aos diversos métodos de interpretação, esse trabalho se restringirá ao estudo dos métodos gramatical, sistemático e teleológico, pela íntima relação com o desfecho do caso.

O método gramatical consiste no apego à literalidade do texto, considerando seu valor léxico e sintático no exame da linguagem. Trata-se de um critério de interpretação que atende à forma exterior do texto, procurando estabelecer qual o sentido de cada vocábulo, frase ou período.²³¹

²³¹ LIMA, Iara. *Hermenêutica Constitucional Clássica*, p.16

A interpretação sistemática é fruto da concepção do ordenamento jurídico como sistema harmônico, um conjunto entrelaçado de normas interdependentes e submetidas a uma ordem hierárquica. Portanto, a lei não pode ser entendida isoladamente, como elemento destacado do sistema que pertence; só é possível entendê-la em função do conjunto.

A interpretação que os advogados de defesa pretendem imprimir ao art. 5º, inciso LXII da Constituição, supracitado, prende-se ao processo gramatical, esquecendo-se que o Direito Constitucional tem a peculiaridade de, em regra, considerar os vocábulos no seu sentido vulgar, tendo em vista que a constituição se constitui em uma obra do povo, que por ele deve ser lida e adotada. Só se consideram os vocábulos no sentido técnico-jurídico, característica do método gramatical, se for inequívoco ter sido esta a intenção do legislador constituinte.²³² Em evidente concordância ao método sistemático, Celso Ribeiro Bastos²³³, ao analisar os princípios que regem a interpretação das normas constitucionais, destaca o Princípio da Unidade da Constituição. Nesse sentido, para evitar as contradições, antagonismos e ao final, do ponto de vista jurídico, harmonizar as dúvidas, o interprete deve procurar recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição.

A Constituição de 1988, enquanto expoente do paradigma do Estado Democrático de Direito, traz em si o caráter plural, a tolerância e o respeito às diferenças.

²³² *Ibidem*, p17

“Art.5º, XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

Embora os advogados do réu aleguem que seu cliente cometeu crime de discriminação contra a comunidade judaica e não crime de racismo (o que possibilitaria a extinção da punibilidade, tendo em vista que já havia vencido o prazo prescricional que estabelece limite de quatro anos entre a data do recebimento da denúncia e o dia do julgamento da apelação criminal), a interpretação da norma supracitada (Art.5º, XLII, CF) deve observar o sistema jurídico como um todo, analisando a relação da norma individualizada com as outras em conjunto.

Não cabe, portanto, a afirmação de que a Constituição, no intuito de proteger a pluralidade e o respeito às minorias, dispensa atenção especial ao caso do racismo em sentido estrito, desprezando os demais tipos de discriminação.

Ultrapassando os limites do processo sistemático, Francesco Ferrara²³⁴ oferece valiosa contribuição para a análise hermenêutica. Segundo a teoria interpretativa do jurista italiano, “o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual”.

Assim, as palavras, que nada mais são que portadoras do sentido da lei, podem apresentar defeitos, cabendo ao interprete descobrir o

conteúdo real da norma jurídica. Para tal empreendimento, deve-se utilizar métodos de interpretação. Ferrara, atenta-se para a incerteza e limitação do sentido gramatical:

É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que se quer obter. Assim, uma palavra pode ter mais de um sentido, um largo e outro restrito ou técnico. (p.35)

Deve-se ultrapassar os limites da interpretação literal, aproximando-se da interpretação racional. Nesse sentido, atenta-se para o caráter teleológico das normas jurídicas, que configura-se, *lato sensu*, na concretização de um fim. Baseia-se na investigação da *ratio legis*, razão ou motivo que justifica e fundamenta o preceito, na perquirição do “para que” da norma jurídica. Essa razão diz respeito à finalidade prática da lei e se traduz na própria necessidade humana que esta visa amparar. Tal finalidade tem como fundamento os valores que constituem a base axiológica da sociedade no momento da criação da lei.²³⁵

Trazendo essa análise teórica para o caso concreto em estudo - a interpretação do conceito de racismo no art. 5º, LXII - a interpretação literal deve buscar o conteúdo etnológico de tal conceito. Cabe, então, recorrer a definições de dicionários técnicos para a compreensão do sentido do texto.

O Ministro Jorge Scartezini buscou verificar a abrangência do termo em dicionários jurídicos e deduziu que tal conceito prende-se às minorias étnicas.²³⁶

²³³ Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva

²³⁴ FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. ED.Lider, 2002. P.33

²³⁵ Lima, Iara. Hermenêutica Constitucional Clássica. P.36

²³⁶ 2000/0131351-7 - HC 15155. P. 29

A interpretação racional, contudo, fundamentada na *ratio legis*, não pode conceber esse sentido estrito do conceito de racismo, sob pena de não promover o fim último do Direito, a justiça.

Segundo a análise do mesmo Ministro, os doutrinadores em geral compreendem que tal conceito abrange, além das discriminações decorrentes da etnia, também aquelas oriundas de diferenças nacionais, de origem e religiosas.

Dessa maneira, há de se pensar que o legislador buscou, ao atribuir as características “*inafiável*” e “*imprescritível*” ao crime de racismo, condenar todas as condutas discriminatórias de determinados grupos, e não somente aquelas relacionadas ao tom da pele.

A interpretação oposta conduziria à uma infração ao Princípio Constitucional da Equidade: por exemplo, caso o réu tivesse editado livros que incitassem a discriminação aos negros, deveria ser condenado; no entanto, por se tratar de ofensa à comunidade judaica, a prática da mesma conduta não configuraria a imprescritibilidade.

Deve-se esclarecer que julgar com equidade é requisito indispensável para decidir com justiça. Assim, se nas constates rupturas de paradigmas e conseqüentes mudanças nas gramáticas sociais, o preceito jurídico já não corresponde à sua finalidade, manifesta-se uma antítese entre a lei e a justiça. Nesse sentido, a equidade poderá corrigir o próprio Direito.

Percebe-se a importância da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas. Acredita-se que

o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça.²³⁷

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO CASO CONCRETO

É necessário se ter em mente que a Constituição resulta do conteúdo universalista dos princípios republicanos expressos nas sociedades pluralistas nas quais os contrastes multiculturais se agudizam. Nesse sentido, há intrínseca à Constituição um conteúdo racional de uma moral baseada no respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro. A própria história das sociedades abre espaço para um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. Uma comunidade moral que se constitui pela idéia da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados. Deve-se assim ser excluído toda a sombra de universalismo que a todos assimila e iguala, fazendo desaparecer a estrutura relacional da alteridade e da diferença.²³⁸

Nesse sentido, trazendo os ensinamentos habermasianos ao estudo do caso concreto fica evidente que a possível absolvição de Sigfried Ellwanger especificamente por considerar que o povo judeu

²³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, V.III, P.472,1997.

não constitui uma raça e, portanto, não se poder falar em crime de racismo, seria esquecer notáveis conquistas da democracia e das principais Constituições republicanas. Conquistas essas conseguidas e mantidas a duras penas no processo contínuo e subjacente às grandes rupturas do constitucionalismo.

O artigo 5º, XLII, possui obviamente eficácia jurídica na medida em que é uma norma vigente e editada, revogando todas as normas anteriores que com ela conflitam. Nesse sentido, mesmo que não tenha sido aplicada concretamente, a eficácia jurídica esta presente e a norma é, portanto, aplicável.

A eficácia social, no entanto, se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Assim, a argumentação da defesa do réu, aparentemente plausível em um primeiro momento, de que o povo judeu não constitui uma raça e, portanto, não cabe o crime de racismo e sim o de discriminação, tipificado no artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, perde, quando analisada com maior esmero, qualquer sentido lógico racional no contexto de um Estado Democrático de Direito. Ora, se o termo racismo se aplica somente a diferenças raciais ou a cor da pele, característica histórica do racismo brasileiro, o artigo 5º, XLII, não possui nenhuma eficácia social na sociedade contemporânea.

A eficácia social fica extinta pela impossibilidade de aplicação a casos concretos dessa norma. Essa impossibilidade decorre da

constante construção e reconstrução de conceitos e dos próprios avanços da engenharia genética e na maneira como as ciências humanas interpretam esses avanços.

Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido aos seus processos sociais, encaram simultaneamente formas de vida dentro das quais se desenvolvem sua identidade, independente de sua origem étnica ou racial. Dentro de um Estado Democrático de Direito todos são regidos pela mesma Constituição e não cabe diferenciação de sangue ou raça. Todos os cidadãos de um Estado são, antes de tudo, pertencentes à raça humana. A própria genética já demonstrou através de estudos recentes e muito debatidos na mídia que todas os seres humanos são um amontoado de DNA e de sangue, misturados na frutífera miscigenação racial que caracteriza a história da humanidade. Assim, não há que se falar em raça diferenciada, superior ou inferior, todos são raça humana e nada mais que isso.

Dessa forma, discutir o conceito de racismo na Constituição ou se o povo judeu é ou não raça não tem sentido algum. Considerar extinta a punibilidade do réu por desconsiderar o caráter racial do povo judeu é uma idéia, no mínimo, descabida e que pretende desviar o foco que deveria ser abordado no julgamento do caso.

Cresce a multiplicidade de formas culturais, grupos étnicos e crenças religiosas que devem coexistir com os mesmos Direitos, no interior de uma mesma coletividade, de um mesmo Estado, não apenas lado a lado, mas também umas com as outras. A liberdade, dessa forma, da maneira em que é idealizada no paradigma do Estado

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, p. 9.

Democrático de Direito, requer o respeito às diferenças, supondo o reconhecimento da igualdade de todos, embora considerados diferentes, ou seja, uma comunidade de homens livres que se respeitam mutuamente em suas diferenças.²³⁹

Escrever e editar livros discriminando as diferenças e fazendo apologia ao racismo é, portanto, caminhar na contramão da História, ferindo princípios exacerbados pela Constituição que constituem verdadeiros alicerces do frágil Estado Democrático de Direito.

Compete ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal em particular, assumir a guarda da Constituição, a satisfazer a exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada consistentemente fundamentada tanto a luz do Direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto, de modo a assegurar a certeza do Direito e a justiça da decisão tomada. A atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.²⁴⁰

Toma-se consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo à prática do Direito, de forma que este não pode

²³⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição

²⁴⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos práticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 475, 1997.

permanecer alheio ao seu modelo social. Isso, porém, só é possível à medida que as decisões do sistema jurídico assegurem a legalidade, faticidade, e a adequabilidade às particularidades do caso concreto, validade, o que possibilita a legitimidade desse sistema. Para que a decisão possa cumprir esses requisitos, é colocado como pressuposto o fato de que ela tenha surgido da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos.²⁴¹

5 CONCLUSÃO

Após doze anos de processo e trânsito por todas as instâncias da justiça brasileira, o caso do editor Siegfried Ellwanger chegou ao seu final. A jurisprudência nessa matéria será firmada no sentido de se entender o anti-semitismo como uma espécie de racismo, sendo dessa maneira repudiado pelo artigo 5º, XLII, que lhe imputa a condição de crime inafiançável e imprescritível.

A decisão do Supremo Tribunal Federal é final, é ela que será aplicada. A interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito, no entanto, não pode se ater a letra da lei, mas também não pode ultrapassar os limites do princípio da legalidade ou da reserva legal.

A liberdade de locomoção é um direito fundamental e seu cerceamento é a medida mais extrema da qual o direito lança mão para proteger os bens jurídicos mais importantes. A teoria da norma penal defende que a lei penal não retroage, não ultra-age, não é objeto

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade, p.129 e 146.

de analogia, se disso resulta em prejuízo ao réu. A conduta do agente deve se encaixar com justa moldeza ao tipo penal. O artigo 5º, XLII, é uma norma penal e deve se sujeitar às regras impostas às normas penais. A prática do crime é diferente do crime de prática. O primeiro implica na realização da conduta expressa no tipo penal, qualquer que seja o seu núcleo. O segundo implica em ser o verbo praticar o núcleo do tipo penal. A prática do racismo não é a mesma coisa que incitação ao racismo. Sendo este inciso uma norma penal não cabe a analogia.²⁴²

A jurisprudência é responsável por dar dinamismo ao Direito. Por permitir que as normas sejam aplicadas da maneira mais coerente com a realidade. Contudo, em uma ordem jurídica há princípios basilares que devem ser aplicados e observados. A igualdade e a dignidade da pessoa humana se encontram entre esses princípios. Mas a segurança jurídica, a legalidade e a ordem também.

Nesse sentido, considera-se que os rumos que tomou o processo do editor Siegfried Ellwanger são sintomáticos de problemas estruturais por que passa o Direito brasileiro: leis que não são claras o suficiente, elaboradas por pessoas sem o devido conhecimento técnico e sem uma visão crítica da realidade do País; uma justiça morosa, com seus quadros ora compostos por aplicadores que, mesmo dotados de um notório conhecimento jurídico, não possuem a devida preparação para a atividade que vão exercer, a vivência que lhes possibilitaria

serem mais justos ao decidirem de maneira irresistível sobre a vida das pessoas.

Na instância legislativa, as motivações dos parlamentares são claramente casuístas e eleitoreiras. Não há preocupação em reformular o tratamento de algumas instituições ou condutas, preocupa-se tão somente com medidas paliativas que mostram resultados a curto e médio prazo, não eliminando o problema. Como estamos utilizando o caso em estudo como exemplo, podemos citar um projeto de lei que se originou na controvérsia ora discutida: o deputado Lincoln Portela, do Partido Liberal (PL) de Minas Gerais apresentou o projeto de lei nº 829/2003, que propõe dar nova redação ao artigo 1º da lei nº 7.716/89. O novo texto ficaria assim:

Art. 1º. Serão punidos, na forma da lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional E POVO – grifo nosso.

Fica claro que a inovação proposta pelo parlamentar em nada ajudaria na solução do caso se fosse lei anteriormente à prática do delito. Ora, que a conduta do editor era típica não havia dúvida, mas quanto ao anti-semitismo ser um tipo de racismo não há o menor esclarecimento.

Quanto ao problema da morosidade da justiça, toda a discussão levantada pela defesa de Siegfried Ellwanger teria sido evitada se a condenação tivesse sido proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul antes de vencido o prazo de prescrição previsto no Código Penal. Se assim tivesse ocorrido, não haveria discussão sobre a imprescritibilidade ou não do crime e, após a denegação do recurso

²⁴² 2000/0131351-7 – HC15155

à sentença condenatória pelo STF em 2001, o condenado cumpriria sua pena sem outras possibilidades de contestação.

Em relação ao despreparo e à inexperiência, é eloqüente o exemplo extraído do próprio objeto desse estudo, a sentença proferida pela juíza substituta de 1º grau. O Corregedor Geral do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Carlos Otaviano Brenner de Moraes, em um parecer para a apelação²⁴³ afirma que a magistrada não cumpriu o princípio constitucional do devido processo legal, pois uma sentença, mesmo que seja de absolvição, deve ser fundamentada.

Apesar desses muitos problemas que concorrem na deficiência da justiça brasileira, o caso termina com a condenação pelo Supremo Tribunal Federal do Sr. Sigfried Ellwanger por crime de racismo contra a comunidade judaica. Há, dessa forma, o cumprimento da exigência de que as decisões judiciais cumpram não apenas o critério de certeza jurídica, mas também o de aceitabilidade racional. As decisões do judiciário devem trabalhar construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, de forma a dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, segurança jurídica, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.²⁴⁴

²⁴³ Vencedor de três prêmios. A íntegra do parecer encontra-se em <http://www.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=289>

²⁴⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v III.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. [s.l.]: Saraiva, [s.d.]

BECKER, Werner. Uma questão meramente jurídica. Folha de São Paulo. São Paulo, 26 de junho de 2003. Tendências/Debates, p. A3

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Habeas-Corpus. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Improriedade do writ. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outro. Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilson Dipp. Acórdão 18 dez.2001. Vencedores os votos dos ministros Jorge Scartezini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Ficher e vencido o voto do Ministro Edson Vidigal.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, v. III, 1997.

CATTONI, Marcelo Andrade de oliveira. Apontamentos para uma Teoria Discursiva do Direito Processual. Cursos de pós-graduação em Direito da UFMG.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. I Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

THEMIS *VERSUS* HÉRCULES: UMA CONCORRÊNCIA DE PARADIGMAS²⁴⁵

Bruna Rodrigues Colombaroli²⁴⁶

Sumário: 1 Introdução; 2 Um “presente de grego” ao estado democrático de direito; 3. A superação de um enfoque ontológico e sua relação com a efetividade das normas constitucionais; 4. O conceito de paradigma; 5. Os paradigmas jurídicos de maior sucesso na modernidade; 6. A interpretação do direito e as rupturas paradigmáticas; 7. Interpretação e aplicação do direito no estado democrático de direito; 8. Referências bibliográfica

1 INTRODUÇÃO

Com o incremento da complexidade da sociedade contemporânea, observa-se uma concorrência de horizontes de sentido que podem informar a atividade de interpretação e aplicação do Direito. Por meio de uma reconstrução paradigmática da atividade hermenêutica e de uma superação da chamada filosofia dos dois mundos, busca-se determinar

²⁴⁵ A expressão “concorrência de paradigmas” fora desenvolvida por Jürgen Habermas ao tratar a interpretação do Direito no Estado democrático de Direito. Sobre isso, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107 *et seq.*