



UFPE

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE ARTES E COMUNICAÇÃO  
DEPARTAMENTO DE LETRAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM LETRAS

BRUNA DE CARVALHO CHAVES PEIXOTO

**A ÉTICA COMO LIMITE INTERPRETATIVO DO DIREITO: uma análise dialógica  
da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS**

Recife  
2017

BRUNA DE CARVALHO CHAVES PEIXOTO

**A ÉTICA COMO LIMITE INTERPRETATIVO DO DIREITO: uma análise dialógica  
da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Letras.

**Área de concentração:** Linguística

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Cristina Hennes Sampaio

Recife  
2017

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Jéssica Pereira de Oliveira, CRB-4/2223

P379e Peixoto, Bruna de Carvalho Chaves  
A ética como limite interpretativo do Direito: uma análise dialógica da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS / Bruna de Carvalho Chaves Peixoto. – Recife, 2017. 136f.

Orientadora: Maria Cristina Hennes Sampaio.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Artes e Comunicação. Programa de Pós-Graduação em Letras, 2017.

Inclui referências.

1. Ética. 2. Direito. 3. Linguagem. 4. Racismo. 5. Dialogismo.  
I. Sampaio, Maria Cristina Hennes (Orientadora). II. Título.

410 CDD (22. ed.) UFPE (CAC 2019-134)

BRUNA DE CARVALHO CHAVES PEIXOTO

**A ÉTICA COMO LIMITE INTERPRETATIVO DO DIREITO: uma análise dialógica  
da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.424/RS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Letras.

Aprovada em 23/08/2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Cristina Hennes Sampaio (Orientadora)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fabiele Stockmans De Nardi (Examinadora Interna)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza (Examinadora Externa)  
Universidade Federal de Pernambuco

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, preciso agradecer a meus pais, Luiz Carlos e Maria Antonieta, por terem me ensinado a acreditar em mim mesma, por terem lançado, no mundo tão perto de mim, a voz, que hoje me atravessa, de valorização dos estudos e que não poderiam me proporcionar nada tão importante quanto a educação e, para isso, fizeram de tudo. Sem falar no amor incondicional dedicado, presente e atencioso que até hoje recebo. Espero sempre retribuir sendo feliz e os fazendo felizes de volta. Prometo tentar, com todo amor, ser tudo o que vocês acreditam que posso ser e para o que sempre me dão todo o suporte necessário.

Às minhas irmãs, Bianca e Bárbara, que, só de existirem, já me fazem mais feliz, desde que nasceram, sendo, hoje, as melhores amigas que eu poderia ter.

Aos meus avós, Antônio e Céia, os amores mais lindos da minha vida. Os responsáveis pela importância que se dá à educação na minha família. Especialmente, minha avó Céia, que foi, por muito anos, professora.

Aos outros avós, Carma e Peixoto, por terem tornado os finais de semana no interior mais gostosos.

Aos tios e primos que também torceram imensamente para que eu fosse bem-sucedida em todas as empreitadas às quais me lancei.

Aos meus amigos, que não são muitos, mas são muito especiais. São uns anjos na minha vida.

À minha orientadora, a Dra Maria Cristina Hennes Sampaio, pela paciência, apoio, compreensão, torcida, pela orientação e por ter se tornado exemplo na academia e na vida. Fui muito feliz nesse período, pois pude aprender bastante na convivência da orientação, não só sobre filosofia e linguagem, mas a partir de toda inteligência e delicadeza de Cristina. Muito obrigada por ter confiado em mim, do início ao fim, apesar dos contratemplos.

Finalmente, a Deus, que me mostra todos os dias que confiar Nele é melhor do que em mim, porque Ele sabe o que é melhor para minha vida. Por sempre se lembrar de mim e me proteger de todos os males.

Esse conjunto me compõe e me permite expressar toda minha tonalidade emocional e afetiva. Só nesta coexistência eu sou e participo do presente estudo. A todos, minha (e)terna gratidão.

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar, na decisão condenatória, tomada pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao Habeas Corpus 82424/RS, que considerou crime de racismo, contra os judeus, os discursos antissemitas veiculados em diversos livros publicados e comercializados pelo editor-réu, os valores e os acentos apreciativos, contidos no discurso jurídico que fundamentou a aplicação do direito, nessa decisão, permitindo o reordenamento jurídico em relação aos crimes de racismo. Procurar-se-á demonstrar, através do método dialógico de análise do discurso e de uma abordagem onto-fenomenológica-hermenêutica do acontecimento do ser, advindas das Filosofias da Linguagem do filósofo alemão Martin Heidegger e do russo Mikhail Bakhtin, a legitimidade do Acórdão publicado por aquele egrégio tribunal e a consideração de aspectos éticos que circunscreveram e delimitaram as possibilidades do dinamismo interpretativo do discurso jurídico do STF, abordando igualmente o contexto social, político e histórico. Os resultados sugerem que, na decisão em foco, o STF ateu-se na questão da abrangência e no alcance conceitual do sentido de racismo para o ordenamento jurídico brasileiro, como pressuposto para aplicação do Direito. O Direito visto, pois, no âmbito da linguagem, é construído e expresso através de discursos jurídicos, sejam eles as leis, as normas, os princípios ou, até mesmo, as decisões. Sendo assim, depende da interpretação para adquirir sentido e, conseqüentemente, cumprir com o seu papel de instrumento da justiça e de organização da sociedade. Como linguagem, portanto, questiona-se a neutralidade dos discursos do Direito, sendo imperiosa sua análise dialógica, tomando-se em consideração seus aspectos situacionais imediatos, bem como o seu contexto histórico, para se aplicar, adequadamente, o Direito à realidade de fato vivida, na busca da verdade como justiça.

**Palavras-chave:** Ética. Direito. Linguagem. Racismo. Dialogismo.

## ABSTRACT

The research aims to analyze, in the condemnatory decision taken by the Federal Supreme Court, at the Habeas Corpus 82424 / RS, which considered the anti-Semitic discourses appearing in several books published and marketed by the editor-in-chief to be the crime of racism against Jews, values and appreciative accents, contained in the legal discourse that grounded the application of the law, in that decision, allowing the legal reordering in relation to crimes of racism. The studies will seek to demonstrate, throughout the dialogical method of the analysis of discourse and with an onto-phenomenological-hermeneutic approach to the event of the being, arising from the Philosophies of the Language from the German philosopher Martin Heidegger and the Russian Mikhail Bakhtin, the legitimacy of the Judgment published by the Supreme Court and the consideration of ethical aspects that circumscribed and delimited the possibilities of the interpretative dynamism of STF's legal discourse, also addressing the social, political and historical context. Therefore, the results suggest that, in the decision studied at this thesis, the STF focused on the issue of the coverage of the idea of racism, as well as the conceptual meaning of racism for the Brazilian legal system, as a presupposition for the application of Law. The law, thus, seen in the context of language, is constructed and expressed through legal discourses, by laws, norms, principles and by the decisions themselves. Then, it depends on interpretation to acquire meaning and, consequently, to fulfill its role as an instrument of justice and organization inside a society. As a language, therefore, the neutrality of the discourses in law is questioned, furthermore, its dialogic analysis became imperative, considering its immediate situational aspects, as well as its historical context, in order to adequately apply the law to the so called lived reality, in the search for truth as justice.

**Keywords:** Ethics. Law. Language. Racism. Dialogism.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....</b>	<b>21</b>
2.1	A CIÊNCIA DO DIREITO.....	21
2.2	O DIREITO COMO LINGUAGEM.....	32
2.3	AS CONSEQUÊNCIAS DO PÓS-POSITIVISMO NO DIREITO.....	40
2.4	A REPERCUSSÃO DA HERMENÊUTICA DA FACTICIDADE E DA ARQUITETÔNICA NA FUNÇÃO INTERPRETATIVA DO STF NO HC 82424: <i>UMA RECONSTRUÇÃO DO DIREITO</i> .....	50
2.5	DA IMPORTÂNCIA DA CONCEPÇÃO DE TEXTO E GÊNERO PARA A COMPREENSÃO DO ACÓRDÃO.....	64
2.6	DAS RESPONSABILIDADES EM BAKHTIN: <i>ESPECIALIZADA E MORA (ÉTICA)</i> .....	67
<b>3</b>	<b>CAMINHOS METODOLÓGICOS: O CAMINHO SE FAZ CAMINHANDO.....</b>	<b>71</b>
3.1	SOBRE OS TEXTOS ANALISADOS.....	72
3.2	O QUE SIGNIFICA UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DA LINGUAGEM?.....	74
3.3	A HETERODISCURSIVIDADE DESTE ESTUDO.....	78
<b>4</b>	<b>DA NÁLISE DOS RESULTADOS.....</b>	<b>81</b>
4.1	SOBRE O GÊNERO ACÓRDÃO.....	81
4.2	DA ANÁLISE DA EMENTA E AS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS BAKHTINIANAS E HEIDEGGERIANAS.....	82
4.3	ANALISANDO AS POSIÇÕES DOS PERSONAGENS DO EVENTO DISCURSIVO.....	93
4.4	O MOVIMENTO DIALÓGICO, A DINAMICIDADE DAS VOZES SOCIAIS E OS SENTIDOS DO SER-ÁI-RACISMO.....	96
4.5	A PRAVDA E A ISTNA NO JULGAMENTO DO HC 82.424/RS: SOBRE A RESPONSABILIDADE ÉTICA.....	122
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>131</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>136</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Como já se há muito se aceita, sobretudo após o advento da pós-modernidade e de seu marco filosófico – o pós-positivismo, o Direito é visto como linguagem (CALMON DE PASSOS, 2001), o que é possível concluir igualmente a partir de Bakhtin (2011), quando o filósofo afirma que tudo é linguagem. Destarte, o Direito é algo a ser construído diante da necessidade do caso concreto, como uma resposta única e particular para cada situação referente à realidade de fato vivida. O Direito, portanto, não se resume aos chamados textos secos da letra das leis, abstratos e gerais. Ao contrário, vai além disto, abarcando os princípios, os valores essenciais da sociedade, os costumes, o senso comum de justiça e, portanto, o contexto social, histórico e ideológico, e ainda as decisões dos juízes e tribunais deste país, que formam os precedentes, a jurisprudência<sup>1</sup>, isto é, a consciência histórica do Poder Judiciário.

Sendo assim, por não mais se admitir a mera subsunção do fato à norma abstratamente considerada, é que importa compreender o trabalho dos intérpretes do Direito, com o objetivo de desvendar os móveis de determinada decisão quando, diante do caso concreto, ou seja, da realidade de fato vivida, do acontecimento do ser, um evento único e irrepetível.

Antes mesmo de os operadores do Direito, depois da II Guerra Mundial, terem se preocupado com sua aplicação mais justa, abandonando a legalidade estrita, o positivismo puro, que permitiu toda sorte de violação aos direitos humanos durante a citada guerra, e passando a considerar a individualidade da situação, a mutabilidade da sociedade, a complexidade das relações intersubjetivas, alguns filósofos já tratavam da hermenêutica, da fenomenologia, do ser-aí ocasional, da realidade de fato vivida, do evento único<sup>2</sup>, o acontecimento do ser. Sob a influência do positivismo puro, isto é, da aplicação da lei pura, sem influência de valores morais, o Direito, pois, acabava por legitimar situações absurdas, incoerentes, muitas vezes contrárias ao sentimento comum de justiça, de necessidade da sociedade e contrárias até

---

<sup>1</sup> A jurisprudência consiste no entendimento pacífico e consolidado de determinado tribunal, sejam os estaduais, federais regionais ou ainda os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Ela permite uma maior previsibilidade acerca do posicionamento sobre certa questão a ser decidida, conferindo maior segurança e estabilidade ao ordenamento jurídico. Na obra *Repensando o Círculo de Bakhtin*, Brandist (2012, p. 67) observa a aproximação do Círculo de Bakhtin como direito e a filosofia jurídica, especialmente com as concepções jusfilosóficas da Escola de Marburg, segundo a qual a jurisprudência era descrita como a matemática das ciências humanas. Segundo Brandist (2012), quando analisa o direito e os gêneros do discurso, segundo a teoria da linguagem do Círculo de Bakhtin e a fenomenologia da razão, explica que a noção bakhtiniana de interação verbal aproxima-se do uso da jurisprudência no âmbito do direito.

<sup>2</sup> Tratam-se de expressões de noções filosóficas de M. Heidegger, E. Husserl e M. Bakhtin, respectivamente, que serão bem abordadas na fundamentação teórica.

mesmo ao sentido do que a lei visava a proteger.

No entanto, esta mencionada pureza e abstração do discurso jurídico que se pretendia com o Direito teve sua justificativa, à época, em virtude da urgência de submeter todos a uma mesma ordem, sem favorecimentos, isto é, urgia a limitação do poder dos governantes, com o desiderato de garantir segurança jurídica através da submissão de todos, sem qualquer distinção, a um mesmo Direito, sem variações interpretativas, sem adequações ao caso concreto. A necessidade era um Direito que igualasse todas as pessoas, independentemente de suas particularidades, ou seja, um Direito imutável e abstrato.

Seguidamente a este contexto, contudo, uma nova realidade demandava não apenas a segurança jurídica das leis gerais e abstratas às quais todos estariam submetidos, mas também demandava justiça, equidade, através de respostas adequadas a cada realidade de fato vivida, exigindo-se, dos intérpretes do Direito, um trabalho mais complexo de interpretação das leis, de acordo com fatores extralinguísticos, como a situação imediata<sup>3</sup> e o contexto social, histórico e ideológico, bem como a consciência histórica.

Importa na presente pesquisa, sobretudo diante do voto do Ministro Maurício Correa, elucidar o que Heidegger (2012) explica sobre consciência histórica, para a interpretação do hoje. Segundo ele, pois, em *Ontologia (Hermenêutica da Facticidade)*:

(...) o modo como uma época (o hoje ocasional) vê e aborda o passado (o ser-aí próprio ou de qualquer outro passado), quer resguardando-o quer renunciando-o, é o sinal de como o presente se relaciona consigo mesmo, de como o ser-aí é ou *está* em seu "aí".  
(HEIDEGGER, 2012, p. 42-43)

Sendo assim, será analisado o modo como o racismo, tratado como uma questão semântica, pelo Supremo, é visto hoje, e qual o sentido e o alcance que este conceito tem no ordenamento jurídico pátrio, a partir da forma como atualmente a sociedade relaciona-se com o racismo no passado, rejeitando-o, o que permitiu a interpretação em análise. O STF, pois, cuidou de conceituar o racismo não só diante da situação atual dos judeus, mas levou em consideração toda sua história, respeitando, conseqüentemente, a proteção aos direitos humanos e a Constituição pátria, pelo que ela visa a proteger.

---

<sup>3</sup> Bakhtin, em *Marxismo e Filosofia da linguagem*, ao falar de interação verbal, sugere que a enunciação, sob qualquer perspectiva, vai ter seu sentido determinado pelas condições reais em que foi produzida, isto é, a sua situação imediata.

Importante observar que, neste trabalho, ao mesmo tempo em que nos propomos a estudar a linguagem, estudamos também como promover a justiça, considerando-a um valor almejado na realidade de fato vivida, sobretudo no contexto do Direito, mais especificamente dos direitos humanos, como se deu no HC 82.424/RS. Trata-se, pois, de uma interdisciplinaridade necessária na complexidade atual do mundo, a qual não pode mais deixar de ser considerada nas ciências humanas, não mais interessando uma separação rígida e estanque dos conceitos, sob pena da não compreensão, ou compreensão distorcida da realidade.

Destarte, o objetivo geral desta investigação é compreender como se deu o dinamismo da interpretação discursiva jurídica, do referido Acórdão, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como se deu uma avaliação reponsiva e responsável acerca de seus limites, legitimidade e abrangência alcançados no âmbito da conceituação discursiva do crime de racismo.

Quanto aos objetivos específicos, pretende-se:

- 1) desvelar, na decisão do Supremo, as vozes sociais que foram consideradas no *acontecimento do ser* do processo decisório, para se chegar à decisão final;
- 2) desvelar, no movimento dialógico propiciado pelo entrecruzamento de vozes, presentes no discurso jurídico, no âmbito da vida de fato vivida, as causas e as motivações da prevalência de determinadas vozes sobre as demais;
- 3) desvelar, nos discursos produzidos pelos aplicadores do Direito, os sentidos do ser (*Dasein*) e os acentos apreciativos que emergem em relação à presença de conceitos socialmente já dados e estabilizados, acerca do racismo, os quais acenam<sup>4</sup> para mudanças concretas da realidade;
- 4) desvelar as formas pelas quais o contexto histórico, cultural, político e social influenciaram a emergência de sentidos do ser (*Dasein*), modulados por acentos apreciativos, durante o processo decisório da interpretação do Direito, na decisão do Acórdão, pelo STF;
- 5) desvelar em que medida os atos interpretativos dos ministros do STF, no processo decisório, foram orientados ou não pela responsabilidade e de um dever-ser ético.

Nesse sentido, quando se consideram os variados contextos nos quais se

---

<sup>4</sup> Para Heidegger (2011, p.159), em *A caminho da linguagem*, “Acenos acenam de várias maneiras. Um aceno pode acenar de forma tão simples e ao mesmo tempo tão plena para uma direção (...). Remete também “para o que dá a pensar como o lugar de onde acena e para o que daí acena como algo digno de se pensar (...)”.

inscrevem as decisões do Supremo, pode o Direito também promover, na busca da justiça, mudanças concretas da realidade?

Quanto à consecução de nossos objetivos, parte-se do pressuposto de que o Direito, para ser aplicado, precisa ser interpretado. Daí a importância da hermenêutica, conforme sugerido pelo filósofo alemão, Martin Heidegger<sup>5</sup>, em sua proposta de uma hermenêutica da facticidade:

A hermenêutica tem como tarefa tornar acessível o ser-aí próprio em cada ocasião em seu caráter ontológico do ser-aí mesmo, de comunicá-lo, tem como tarefa aclarar essa alienação de si mesmo de que o ser-aí é atingido. Na hermenêutica configura-se ao ser-aí como uma possibilidade de ver a compreender-se e de ser essa compreensão.

(. . .)

A hermenêutica não é um modo artificialmente concebido de análise que é imposta ao ser-aí e perseguido por curiosidade. Se considerado a partir da própria facticidade, deve-se determinar quando e em que medida ela solicita a interpretação proposta. Assim, pois, a relação entre hermenêutica e facticidade não é a mesma que se dá entre a apreensão da objetualidade e a objetualidade apreendida, à qual aquela somente teria de ajustar-se, mas o interpretar mesmo é um como possível distintivo do caráter ontológico da facticidade. A interpretação é algo cujo ser é o ser da própria vida fática (HEIDEGGER, 2012, p. 21).

Segundo Heidegger, o ser-aí, no mundo (Dasein), é a abertura, do ente, à existência, na qual se encontram os seres humanos. Nesta senda, na dimensão ontológico-fenomenológica da hermenêutica da facticidade, de Heidegger, o ser-aí deve ser considerado em seu caráter de ocasionalidade, ocorrido na vida fática. Trata-se, pois, de investigar o caráter ontológico do ser, isto é, de verificar a possibilidade de ser do ser-aí ocasional. A referida facticidade, que desestabiliza qualquer pretensão de evidência, “situa-se na posição prévia, a partir da qual e em vista da qual será interpretada” (HEIDEGGER, 2012, p. 22). Sendo assim, Heidegger (2012), em *Ontologia (Hermenêutica da Facticidade)*, explica que:

Conceito” não é um esquema, mas uma possibilidade de ser, do instante, isto é, constitui este instante; um significado produzido, extraído; um conceito mostra a posição prévia, quer dizer, transpõe para a experiência fundamental; mostra a concepção prévia, isto é, exige o como do falar e questionar de alguém; ou seja, transpõe o ser-aí segundo sua tendência para a interpretação e a preocupação. Os conceitos fundamentais não são acréscimos posteriores, mas motivos condutores: deve-se tomar o ser-aí na acepção de sua maneira de ser (HEIDEGGER, 2012, p. 12).

<sup>5</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ontologia (hermenêutica da facticidade)*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 21.

Importa esclarecer, ainda, que a manutenção do ser-aí aberto, como uma eterna possibilidade de ser, o qual não se fecha e nem se encerra em si mesmo, pois não chega a um fim, implica deixar sempre o caminho livre para a possibilidade de ser. Nesta esteira de pensamento, o caminho inicia-se, segundo Heidegger (2012), a partir da posição prévia, pois, a fim de compreender a ontologia fenomenológica do ser, o filósofo alemão abriu o conceito ontológico das coisas existentes no mundo, dando uma atenção especial não ao sistema de categorias, mas ao como de acesso da ontologia fenomenológica. A posição prévia, por sua vez, consiste numa noção de determinado conceito já compreendida anteriormente.

Sendo assim, embora exista uma pré-compreensão sobre os entes, esta noção prévia é apenas o começo da investigação do sentido, pois não se trata de um conceito imutável, estanque e absoluto, mas existencial, isto é, um ser-no-mundo, que considera a temporalidade como um elemento determinante para a compreensão do sentido e de sua abertura às possibilidades futuras.

A verdade não é, portanto, absoluta, pois deve-se manter a questionabilidade das posições prévias, que é o que Heidegger (2012, p.23) chama de questionabilidade ôntica, de forma que, na hermenêutica, não há estabilidade para além daquele instante vivido, e sim cuidado, inquietude, medo e temporalidade<sup>6</sup>. Neste instante, e somente nele, isto é, na questionabilidade, é que se pode falar em termo fixo.

Nesta senda, para Bakhtin (1997), a verdade não pode ser pré-estabelecida, tampouco estabelecida apenas uma vez, e ser, destarte, considerada eterna. O sentido, pois, é constitutivo e depende de interpretação. Esta, por sua vez, não pode ser dissociada dos elementos de afetividade, vontade e emoção os quais só podem ser experimentados no mundo da vida.

Nessa perspectiva, Bakhtin (1997) opõe, ao mundo teórico, a vida de fato vivida, tomando-a como o contexto espaço-temporal privilegiado no qual os sentidos são construídos e modificados. Isso implica admitir que o sentido de toda a palavra e de todo enunciado está sujeito ao processo de mudanças de significação em função da situação sócio histórica no qual está inserido. Por conseguinte, a reflexão bakhtiniana, acerca da compreensão de mundo, está fundamentada na atividade ética do desvelamento dos sentidos como um *acontecimento do ser*, considerando-se, como já afirmara Heidegger (2011) que “a linguagem é a casa do ser”. Tal posicionamento difere radicalmente da visão

---

<sup>6</sup> Segundo Heidegger (2012, p.23), são estes os sentimentos investigativos que movem a *questionabilidade ôntica*.

estruturalista dos fenômenos da linguagem, nas ciências positivas, provocando questionamentos e trazendo implicações epistemológicas e metodológicas sobre as formas de se chegar ao conhecimento, das ciências, em geral, em oposição aos caminhos sinalizados pela filosofia, em suas vertentes bakhtiniana e heideggeriana, para se chegar à compreensão do sentido do ser.

Neste sentido, enquanto a proposta filosófica de compreensão do sentido do ser, em Bakhtin (1997), está fundamentada no *imperativo ético da responsabilidade*, Heidegger (2012) fundamenta sua proposta na *hermenêutica da facticidade*, através da qual o ser é interpretado tal como ele se manifesta na existência. Para tanto é fundamental levar-se em conta, na interpretação do ser-no-mundo, o mundo da vida e a temporalidade através dos quais dar-se-á o desvelamento da essência do ser em cada ocasião, ou como diriam os intérpretes do Direito, no chamado caso concreto. Trata-se, pois, de desvendar o sentido do ser, dos entes, das coisas e, por conseguinte, do sentido do próprio Direito, no âmbito da jurisprudência, no mundo contemporâneo.

Sendo assim, tendo em vista a importância dada à interpretação, por Heidegger (2012), pretendemos, nesse estudo, correlacionar a *hermenêutica da facticidade* com a interpretação no âmbito do Direito, uma vez que esta pretende alcançar o sentido adequado do ser-aí (ser-no-mundo) em sua manifestação espaço-temporalmente localizada.

Nesse contexto, considerando que os mencionados filósofos escreveram suas obras *Por uma filosofia do Ato* (1920-24) e *Ser e Tempo* (1949), época em que ainda imperava o marco filosófico do positivismo, tanto nas ciências, quanto, especialmente, no Direito, mais fortemente do que se pode observar hoje, os respectivos filósofos autores das mencionadas obras em muito contribuíram para a construção do pensamento que atualmente permite uma investigação mais responsável do sentido da norma e, conseqüentemente, sua aplicação mais justa e adequada ao caso concreto. O positivismo, pois, gerava uma sobreposição da segurança jurídica, através da leitura de conceitos estáticos, estanques e imutáveis, independente da realidade objetiva. Esta visão legalista, do Direito, justificou o cometimento de diversas atrocidades com seres humanos, desconsiderando-se qualquer argumento justo e moral, desprovido, portanto, de tonalidade afetiva,

emocional e volitiva<sup>7</sup>.

Se para Heidegger (2012), o sentido do ser-aí só pode ser desvelado na existência<sup>8</sup> e na relação do ser-com-os-outros, para Bakhtin (1997), apenas no ato único e responsável, executado na realidade de fato vivida e na arquitetônica de um eu-para- mim, de um eu-para-o-outro e de um outro-para-mim, é que o sentido do ser pode ser desvelado.

Neste sentido, o recurso à hermenêutica, tal como proposta por Heidegger, como interpretação do sentido do ser-aí, torna-se cada vez mais pertinente, sobretudo no âmbito do Direito, em sua visão pós-moderna, como procuraremos demonstrar no decorrer de nossa análise do fenômeno em questão. Ou seja, trata-se de interpretar o sentido do ser-aí no âmbito da facticidade, que, em nosso caso concreto, do Direito, vai encontrar sua forma de expressão nos modos como o racismo se manifesta no mundo de fato vivido através da linguagem. Para chegar a esta conclusão é preciso explicitar claramente em que consiste a hermenêutica heideggeriana e de que forma ela se aplica ao Direito.

Assim sendo, a ideia heideggeriana de abertura do ser propiciada pela existência, no mundo de fato vivido, aproxima-se do pensamento de Bakhtin (1997), no contexto de sua crítica ao teorismo, à pretensão de universalidade e de verdade absoluta da ciência, reafirmando a impossibilidade de nos reconhecermos, enquanto sujeitos históricos que somos, em um mundo teórico e abstrato. Daí a contrapor, à visão cientificista e dos modos de abordagem dos fenômenos, o ato ético responsável (de pensamento, de linguagem e emoções) de sujeitos únicos e singulares, ato esse que não nos exime de nossa responsabilidade com o outro, no mundo da vida: ser é ser com o outro. Isso pressupõe que a compreensão do *sentido do ser* deve ser buscada não no mundo teórico, mas no *acontecimento*, no curso do desenvolvimento dos eventos e da história em que o fenômeno acontece, por aquele que participa, vive e age responsavelmente na existência, levando sempre em consideração o *outro*. Decorre daí que o ato de interpretar consiste em desvelar os sentidos daquilo que se manifesta diante de nossos olhos como *presença* (o já dado).

O que chama a atenção no ato assim pensado é a inalienável responsabilidade imposta ao sujeito, como um imperativo categórico, ao qual deve responder: por que e por quem sou responsável? Alguns casos emblemáticos acerca da responsabilidade podem ser lembrados nos crimes praticados no

---

<sup>7</sup> A efetividade e/ou o tom emocional-volitivo estão respectivamente, presentes tanto na filosofia heideggeriana de uma hermenêutica da facticidade quanto na concepção de ato ético da filosofia bakhtiniana.

<sup>8</sup> Ex-sistência, na concepção heideggeriana, refere-se à abertura ao mundo.

regime nazista, durante a Segunda-Guerra Mundial. Ficou conhecido o julgamento, por uma suprema corte israelense, em 1961, do tenente-coronel nazista Joseph Eichmann, responsável pela deportação de centenas de milhares de judeus para campos de concentração. Durante o processo, Eichmann usou como argumento de defesa, o fato de ter apenas seguido ordens superiores, como um imperativo de dever moral ao qual não poderia se esquivar.

Ainda nesta linha de pensamento, Heidegger (2010) adverte, numa crítica às ciências, que o método sistematicamente organizado para enquadrar resultados em categorias pré-determinadas, não pode ser levado às últimas consequências para justificar resultados. Sendo assim, para se chegar ao sentido do ser deve-se observar o ente nos seus modos de manifestação de *presença*. Aplicando-se as abordagens filosóficas heideggeriana e bakhtiniana, de apreensão do sentido do ser, ao fenômeno que nos ocupa, a manifestação de racismo, seria, portanto, insuficiente tomar, como ponto de partida, os conceitos de racismo e de liberdade de expressão, previamente estabelecidos por algum campo do Direito para, na consecução de fórmulas estanques, decidir se o editor-réu teria, ou não praticado crime de racismo.

É esta, a interpretação comprometida, portanto, com a atividade precípua do intérprete do Direito e que, neste trabalho, será analisada a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre o racismo, o *Habeas Corpus* 82424, na qual, diante do caso concreto, do acontecimento do ser, da facticidade, levado à Suprema Corte, os ministros, por maioria, decidiram ampliar o conceito de racismo para abranger um evento de discriminação e propagação do discurso de ódio contra um grupo minoritário da sociedade, que sempre sofreu com a estigmatização: os judeus.

Pela análise da decisão, que se fundamentou, sobretudo, na interpretação do art. 5º, XLII<sup>9</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina que esta prática é considerada crime imprescritível e inafiançável, bem como baseou-se no contexto sócio-político e ideológico, buscando uma resposta justa à facticidade consubstanciada nas publicações de um livreiro, que propagavam o ódio contra os judeus, a repulsa contra um povo, o que o Estado Democrático de Direito deve coibir, a fim de que se mantenha a ordem e a paz, para que, como diria o sociólogo italiano, Norberto Bobbio (2004), em sua obra *A Era dos direitos*, as pessoas se sintam à vontade no mundo.

Percebe-se, portanto, que a justiça, a paz social, está não somente na segurança jurídica, que se garantia através da mera subsunção do fato à

---

<sup>9</sup> XLII- A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

literalidade da lei. O trabalho dos intérpretes é mais complexo, devendo-se atentar tanto para as vozes sociais<sup>10</sup> que atravessam as leis e indicam seu sentimento de proteção, como o contexto situacional em que se dará a decisão e sua repercussão na sociedade, que espera justiça e coerência do STF. O crime de racismo, pois, não é um ente abstrato, e sim carregado de sentidos, que são dados por quem enuncia a palavra (STF), aqueles a quem a palavra<sup>11</sup> se dirige (a sociedade), todos inseridos na vida vivida, conforme explicitado por Bakhtin (1997), na obra *Estética da criação verbal*:

O autor (o locutor) tem seus direitos imprescritíveis sobre a palavra, mas também o ouvinte tem seus direitos, e todos aqueles cujas vozes soam na palavra têm seus direitos (não existe palavra que não seja de alguém). A palavra é um drama com três personagens (não é um dueto, mas um trio). E representado fora do autor, e não se pode introjetá-lo (introjeção) no autor. Se nada esperamos da palavra, se separa do diálogo e se coisifica (BAKHTIN, 1997, p. 350).

No Direito, pois, considerando-se o dialogismo bakhtiniano, deve-se questionar a neutralidade dos discursos, os quais são atravessados por diversas vozes sociais inseridas em situações imediatas e contextos diversos, conforme já mencionamos, e tudo isso se materializa na decisão ora analisada, na qual o STF realizou suas ponderações sobre a interpretação que deveria prevalecer, diante de outras possibilidades, como a opção de restringir o alcance do sentido do racismo, conforme foi proposto pela defesa do réu e endossado por alguns ministros, como Marco Aurélio.

Neste sentido, verifica-se que, ao mesmo tempo em que o contexto é determinante, em relação ao discurso, ele é igualmente modificado por este último,

<sup>10</sup> Consoante explica Bakhtin, em *Estética da Criação Verbal*, na voz do sujeito da enunciação se misturam diversas outras vozes e o sentido está nestas vozes, somadas às vozes do intérprete. Neste sentido, é que se diz que nenhum discurso é neutro. Voz, para Bakhtin, é a memória histórica e social que a palavra carrega e que, conseqüentemente, estava presente no discurso dos ministros do Supremo quando da decisão sobre o sentido do racismo.

<sup>11</sup> Quando Bakhtin (1997) define o enunciado concreto, esta noção funde-se à ideia de palavra, de texto e de discurso, ou seja, a noção de enunciado abarca também a de discurso. No capítulo "O discurso em Dostoiévski" (BAKHTIN, 1997, P.198), podemos encontrar o primeiro momento em que uma "análise/teoria dialógica do discurso" é proposta quando Bakhtin afirma que (...) "temos em vista o discurso, ou seja, a língua em sua integridade concreta e viva e não a língua como objeto específico da lingüística, obtido por meio de uma abstratação absolutamente legítima e necessária de alguns aspectos da vida concreta do discurso". Mais adiante, o termo discurso, apresentado como objeto complexo, pertencente ao mesmo tempo à lingüística e à nova disciplina que está sendo proposta, é substituído por relações dialógicas as quais não podem ser separadas do campo do discurso, ou seja, da língua enquanto fenômeno integral concreto. Sendo assim, a ideia do dialogismo está relacionada à palavra, ao enunciado concreto, ao texto e ao discurso, uma vez que trata-se de relações de sentido que estão estabelecidos entre eles.

uma vez que uma decisão poderá influenciar a resolução de outros possíveis casos, além de transformar a consciência da coletividade para, como no presente caso de racismo, possibilitar uma visão ampliada deste crime e, a partir deste precedente de condenação, alertar para a necessidade de se ter um maior cuidado e respeito nas relações sociais.

Conforme já observara o filósofo alemão Edmund Husserl (2012), em sua célebre obra *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*, não é possível sustentar a imutabilidade, a generalidade, dos conceitos quando confrontados com o mundo onde se vive. Husserl, pois, em sua obra *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*, contesta a ciência positiva, uma vez que a considera alheia às questões sobre o sentido em relação à existência humana, guiada pela liberdade, que não é considerada no racionalismo restritivo, estanque, imutável e objetivo do positivismo. A visão do Direito, portanto, a partir da metodologia das ciências positivas, tornou-se questionável, pois não considera a vivida, a liberdade do homem, nem as particularidades do caso concreto, conforme assevera o filósofo, na mencionada obra:

Que tem a dizer a ciência sobre a razão e a não razão, que tem ela a dizer sobre nós, homens, enquanto sujeitos desta liberdade? A mera ciência dos corpos obviamente nada, pois abstrai tudo o que é subjetivo.

Mas, por outro lado, no que concerne às ciências do espírito que, em todas as suas disciplinas particulares e gerais, consideram o homem na sua existência espiritual, ou seja, no horizonte da sua historicidade, a sua cientificidade rigorosa – diz-se - exige que o investigador exclua cuidadosamente todas as tomadas de posição valorativas, todas as questões acerca da razão e da não razão da humanidade temática e das suas configurações culturais. (...) O mundo onde se vive, que assume em si sem mais todas as configurações (mesmo as ciências objetivas como fatos culturais na abstenção de tomar parte nos seus interesses), está certamente referido, no curso mutável das relatividades, à subjetividade (HUSSERL, 2012, p.3).

Sendo assim, no presente estudo, o fenômeno que nos ocupa, no âmbito do campo do Direito, qual seja, a decisão em sede de um *habeas corpus*, será abordado sob duas perspectivas analíticas. A primeira, de cunho discursivo e, a segunda, de cunho filosófico, respectivamente: 1) a análise dialógica do discurso (ADD), a qual pressupõe levar em conta as (inter) subjetividades inerentes à interpretação do texto jurídico e aos discursos que nele se inscrevem, bem como a influência de seu contexto sócio-histórico em contraposição a um posicionamento

interpretativo de viés positivista que tende a isolar o Direito do mundo dos fatos; 2) a abordagem onto-fenomenológica que se inscreve na hermenêutica da facticidade de Heidegger e na filosofia do ato ético de Bakhtin. Nesse sentido, observar-se-á, no contexto desta investigação, a responsabilidade da interpretação – realizada pelos ministros da Suprema Corte –, a respeito do racismo, no sentido de estabelecer a verdade, com base na ética.

Neste sentido, diante da interpretação da Suprema Corte sobre o racismo, em 2003, quando decidiu denegar a ordem de *habeas corpus* ao jornalista Siegfried Ellwanger, acusado da prática do referido crime, em virtude de suas publicações contra os judeus, a presente análise fundamenta-se nos acontecimentos da vida vivida, do caso concreto, da mutabilidade dos sentidos, da liberdade, da ética, contrapondo-se ao vácuo, ao isolamento, à abstrativização e a generalidade de uma abordagem de cunho positivista, que não permitiria a justa decisão a que se chegou o Supremo no presente caso.

O que chamou atenção, na decisão da Suprema Corte, foi o fato de que a interpretação, da maioria do pleno, ter levado em consideração os fatores situacionais e contextuais, através de uma compreensão ativa e responsiva, prevendo a repercussão futura, sem esquecer o passado que o racismo carrega e a realidade de fato vivida. O oposto teria acontecido se o STF tivesse isolado a palavra de seu contexto, realizando uma interpretação apenas do ponto de vista formal, de mera subsunção do fato à norma, sem qualquer preocupação responsabilmente ética.

Tendo em vista as relações do processo decisório, ocorrido no âmbito da Suprema Corte brasileira, em uma de suas decisões mais importantes, com as noções filosóficas tanto de Bakhtin (1997), quanto de Heidegger (2012), que se aproximam ao defenderem a abertura dos conceitos para a realidade de fato vivida, e a importância da rede contextual subjacente, para a compreensão do sentido, passamos a descrever a organização teórica que fundamentou nossos estudos.

Inicialmente, na primeira parte da fundamentação teórica, fazemos uma breve explanação sobre a evolução do Direito, primeiro como ciência, abordando a sua forma de tratamento mais atual, a qual se aproxima da perspectiva do Direito como linguagem. No tópico seguinte, tratamos o Direito desde o início de sua teorização, como um sistema fechado e abstrato, nos moldes do método positivista, para, em seguida, abordar o Direito consoante estudos contemporâneos, que relativizaram a tendência positivista passada, a partir da incorporação dos dados da realidade do caso concreto. Sendo assim, ainda dentro da abordagem do Direito, tratamos da influência do marco filosófico pós-positivista em seu domínio,

relacionando as ideias de teóricos do Direito com as dos filósofos alemães Edmund Husserl (2012), Martin Heidegger (2012) e do russo Mikhail Bakhtin (1997).

Ato contínuo, após o breve estudo sobre o Direito, para situar o fenômeno em análise e articulá-lo às ideias dos filósofos que fundamentam o estudo, abordamos as ideias e noções mais importantes de Heidegger (2012) e Bakhtin (1997). No primeiro tópico, discute-se a importância da hermenêutica da facticidade, da arquitetônica bakhtiniana e da abordagem onto-fenomenológica<sup>12</sup> do Direito e dos fatos da vida a serem interpretados e decididos pela Justiça<sup>13</sup>; fundamentando-nos em obras clássicas de Heidegger (2010;2012) e Bakhtin (1997;1999;2011). Nesta perspectiva, são elucidadas noções heideggerianas sobre objetualidade, consciência histórica, falação, ser-aí, tipificação etc, bem como as bakhtinianas sobre arquitetônica, realidade de fato vivida, etc.

No tópico seguinte, são estudadas as noções de Bakhtin (1997), sobre vozes sociais, dialogismo, responsividade, ato ético, compreensão-penetração, compreensão ativa, interação verbal, intertextualidade, uma vez que irão fundamentar a decisão, a qual constitui o fenômeno ora em análise. Neste mesmo tópico, elucidamos os conceitos de responsabilidade especializada e responsabilidade moral (BAKHTIN, 1997, p. 8), considerando-se que a primeira, refere-se à lei formalmente prevista no ordenamento jurídico, enquanto a última diz respeito às considerações relativas à proteção dos direitos fundamentais, do compromisso da Justiça com a promoção da dignidade da pessoa humana – valor fundamental da República do Brasil<sup>14</sup>–, que guiam a atividade jurisdicional do STF.

Outrossim, como subtópico do acima mencionado, abordamos também a noção de gênero textual em Bakhtin (2011), procurando-se extrair contribuições para a compreensão mais adequada da decisão do STF, levando-se em consideração que o Acórdão também constitui-se em um gênero do campo jurídico.

Relativamente à metodologia, depois de contextualizar o trabalho, a partir da supra mencionada fundamentação teórica, no capítulo 4, descrevemos a

---

<sup>12</sup> Estas três noções serão devidamente abordadas na fundamentação teórica.

<sup>13</sup> Justiça, como foi escrito e empegado, refere-se ao Poder Judiciário e seus órgãos, aos quais competem o exercício da atividade jurisdicional, isto é, decidir, como terceiro imparcial (não neutro, contudo), de forma definitiva, as questões que lhes são levadas pelos sujeitos, chamados de jurisdicionados. Sendo assim, não se confunde, neste momento, com o valor de justice (sentido axiológico).

<sup>14</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, em seu artigo 1º, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, de forma que todos os demais direitos, deveres, leis, normas, bem assim todo exercício de poder, devem se manifestar em consonância com o desiderato de proteger e promover o referido fundamento.

organização do *corpus*, bem como os caminhos trilhados para a sua análise.

No capítulo dedicado à análise dos resultados, são desvelados os fatores considerados, ainda que veladamente, no processo decisório, como as vozes sociais antagônicas, as quais atravessarem os diálogos dos ministros, no âmbito dialógico do discurso, tendo em vista a abertura do ser-aí no mundo e as responsabilidades formal e ética verificadas ao final do processo de construção do sentido, bem como a compreensão ativa e a participação dos intérpretes nesta construção.

Relativamente às conclusões, concluímos acerca da importância de uma hermenêutica da facticidade e da abordagem onto-fenomenológica do ser, com o seu condão de tornar todos os conceitos uma possibilidade, um devir diante de um determinado contexto presente, que também considere a força histórica, a sua projeção para o futuro.

Este estudo, no entanto, não pretende fechar a consciência sobre o que se pode entender sobre o racismo; mas muito ao contrário, pretende-se abrir este conceito, com o desiderato de, a partir do ser-aí ocasional, pautado na ética, alcançar, um cada vez mais, um amplo respeito às diferenças e particularidades que irrompem, a todo instante, a vida vivida. Pois, como diria Heidegger (2012), “só é possível apropriar-se da fenomenologia de uma maneira fenomenológica, ou seja, não partindo de enunciados, não assumindo princípios ou crendo em dogmas de escolas, mas pela *demonstração*”. Assim sendo, concordamos com o filósofo quando, ao postular a verdadeira questão da hermenêutica, coloca a seguinte questão: “que caráter ontológico do ser-aí se manifesta nestes modos de ter-se-a-si-mesmo?”

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 A CIÊNCIA DO DIREITO

Preliminarmente, cumpre elucidar sobre o objetivo da ciência, partindo, para em seguida atualizar, do sentido do que pretendeu o jurista, economista e sociólogo alemão Marx Weber (2001) em sua obra *Ciência e Política: duas vocações*, como forma de legitimar o conhecimento, através de um método que levaria ao resultado imaginado pelo cientista, que formulou suas hipóteses, inspirado e vocacionado<sup>15</sup> pela finalidade de um determinado âmbito da ciência, que, no presente caso, é a ciência do Direito. Antes, porém, de abordar o pensamento weberiano (2001), cabe mencionar que, embora o pensador tenha falecido em 1920, suas obras continuaram a ter grande repercussão nos meios intelectuais até meados de 1960, possuindo, ainda hoje, grande proeminência no âmbito das Ciências Sociais.

Outrossim, importa ter em mente que Max Weber (2001), preocupou-se com diversos ramos do conhecimento, como direito, sociologia, religião, política e arte. No entanto, quanto ao direito, como Weber (2001) encontra-se no contexto da modernidade e, conseqüentemente, dos parâmetros do individualismo, liberalismo, da racionalização do método científico, tais correntes de pensamento influenciaram o filósofo alemão, como professor e como pesquisador do direito. Neste sentido é que se considera Weber um precursor das ideias positivistas.

O direito, segundo Weber (2001), deveria ser considerado uma ciência extremante formal, composto por regras vazias de valores e considerações extrajurídicas, isto é, compreendido no processo do que Weber (2001) chama de intelectualização<sup>16</sup>, ou racionalização intelectualista, que se dá através da técnica e possibilita a previsão. Sendo assim, o Direito é esvaziado, como ciência, de valores e de magia (sobrenaturalidade), considerando-se que Weber (2001) é um positivista e, neste trabalho, além de ciência, o Direito é linguagem e, por isso, a perspectiva positivista do Direito não consegue alcançar o resultado a que se chegou a decisão ora em análise.

---

<sup>15</sup> Para Weber (2001), em sua obra *Ciência e Política: duas vocações*, a vocação de cientista qualifica determinado indivíduo como cientista e professor e, para ele, apenas o trabalho fruto de uma especialização científica substituirá no tempo. E, embora ele entenda que se trata de algo genérico, abstrato e vazio de valores, o trabalho científico depende do que Weber chama de um entusiasmo, uma embriaguez singular, que são requisitos da inspiração. E o trabalho mais o entusiasmo dão origem à intuição.

<sup>16</sup> Segundo Weber (2001), na obra acima citada, a racionalização seria a intelectualização do mundo, isto é, a técnica mais a previsibilidade. Seria a pretensão de dominar o mundo, através da ciência, despojando o mundo da magia, da religião, para explicar o que não se entendia.

Para Weber (2001, p. 48), a legitimidade da Ciência residia na sua vocação de ser ciência por ciência, excluindo todas as ordens de valores e fatores externos, pois, para ele, “as diversas ordens de valores se defrontam no mundo em luta incessante” e esta luta não levaria à exatidão do positivismo.

Ainda tendo em mente Max Weber (2001), devemos indagar qual é a finalidade do Direito, a que suas leis editadas legitimamente, pelos representantes do povo, se propõem. O Direito, enquanto disciplina, parece ser diferente da medicina, da matemática e da arte, uma vez que cada uma destas disciplinas têm diferentes propósitos e métodos de realização.

Destarte, individualizado o objeto da Ciência do Direito, pelos seus propósitos, pela análise de sua forma, pelo seu funcionamento e suas consequências, a ciência do Direito é elevada a um fim em si mesmo, sem a pretensão de preservar valores e princípios fundamentais, embora, mesmo que apenas formalmente, possa coincidir com tais valores. Para Weber, a ciência está dissociada da ética, visto que esta é uma concepção individual, particular, sobre a qual não atua a metodologia científica. Eis o que ele ensina:

Que homem teria a pretensão de refutar “cientificamente” a ética do Ser- mão da Montanha, ou, quem sabe?, a máxima “não oponha resistência ao mal” ou a parábola do oferecer a outra face? Entretanto, é claro que, sob a ótica estritamente humana, esses preceitos evangélicos fazem apologia de uma ética que se levanta contra a dignidade. Cabe decidir a cada um entre a unidade religiosa conferida por essa ética a dignidade de um ser viril, que prega algo bastante diferente como “resiste ao mal ou serás responsável pela vitória que ele alcance” (WEBER, 2001, p.49).

No teor das convicções mais profundas de cada pessoa, uma dessas éticas assumirá as feições do diabo, a outra as feições divinas e cada indivíduo terá de decidir, segundo sua própria ótica, o que, para ele, é deus e o que é o diabo.

Destarte, observa-se que, para Weber (2001), precursor do positivismo, o Direito deveria estar separado da ética, da moral e dos valores subjacentes à sociedade, mesmo que vez ou outra fosse com eles coincidente, como acontece com a proibição legal de matar, ou de roubar, ou de cumprir os contratos assinados.

Para ele (WEBER, 2001), a Ciência não se presta a indicar os melhores comportamentos da vida prática, assim como o professor universitário não ensina, através de sua disciplina científica, a como os alunos devem proceder na vida, ou qual seria a posição ética a ser tomada. Para tanto, a ciência pura é suficiente e é ela unicamente que o cientista se dedica, pois, para Weber (2001), pregar valores e catequizar as pessoas ensinando como se deve proceder na vida prática, nada tem

de científico e o homem entra em contato com estes valores por acaso, sem precisar de técnica ou metodologia.

No entanto, o acaso dos valores, na vida prática, e a previsibilidade da ciência, na abstração, não poderiam se conciliar de forma intencional para os positivistas. A dizer: não é a intenção da ciência servir para provar valores éticos ou morais, embora, como no caso do Direito, há momentos em que, pela análise meramente formal, pode-se chegar às mesmas conclusões, tanto pela via estritamente formal, quanto através da análise valorativa do problema. O problema desta visão positivista, da ciência e, por conseguinte, do Direito, é que, quando a formalidade não coincidir com a ética e a moral, poderá estar se legitimando uma grande injustiça.

Em seguida, diante da indagação sobre o objetivo da ciência, uma vez que Weber (2001) já afirmou que ela é a racionalização das coisas, o intelectualismo racionalidade, separada dos valores da vida prática, Weber (2001, p. 52) passa a discriminar a que se destina a ciência, apontando três finalidades desta. Vejamos:

(...) a ciência põe naturalmente à nossa disposição determinado número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida através da previsão (...).

(...) a ciência nos fornece (...) métodos de pensamento, ou seja, os instrumentos e uma disciplina.

Vislumbramos a possibilidade de apontar para uma terceira vantagem: a ciência contribui para a “clareza”. Com a condição de que nós, os cientistas, de antemão a possuamos. Caso assim seja, poderemos dizer-lhes claramente que, diante de tal problema de valor, é possível adotar, na prática, esta ou aquela posição (...).

Ao se adotar esta ou aquela posição, será necessário, conformar o procedimento científico, aplicar tais ou quais meios para conduzir o projeto a bom termo. Em determinado momento, poderá ocorrer que os métodos apresentem um caráter que nos obrigue a recusá-los. Em tal caso, será preciso escolher entre o fim e os meios inevitáveis que esse fim exige (2001, p.52).

Quando apresenta as três finalidades da ciência, Weber (2001), ao final, permite que alguns meios levem a resultados diferentes e o cientista, diante deste impasse, deverá escolher se vai privilegiar os métodos ou os fins. No entanto, ambas decisões são, pelo positivismo, igualmente válidas e não cabe ao professor, que para Weber (2001) é antes um cientista, mostrar qual seria o melhor método, porque, como já se disse esta questão é valorativa e, conseqüentemente, não é ciência. Outrossim, ao lado dos fins da ciência, estão as conseqüências a que as escolhas entre os métodos e os fins levarão. Estas conseqüências são uma das grandes preocupações do Direito, sobretudo quando estamos diante de uma

decisão tão polêmica como que está em análise no presente trabalho.

Finalmente, a última contribuição da ciência, para o jurista alemão, é a comprovação lógica e racionalizada das conclusões a que chegou o cientista, seguindo a técnica e o método. Essa possibilidade é a certeza absoluta do resultado, é a possibilidade de chegar a uma verdade abstrata e geral incontestável naquela situação.

Weber (2001), contudo, apesar de ser precursor do positivismo, defende que o Direito não está isolado e que possui ligação com a política e a economia. Isto não significa que o Direito poderia variar, no caso concreto, de acordo com a economia ou a política, mas ao contrário: foi graças ao formalismo do Direito, à sua segurança abstrata, ao seu método racional e à sua estabilidade, que foi possível existir e estudar uma economia de mercado, pois a ciência permite uma lógica e um resultado previsível.

Nesta mesma trilha de pureza da ciência jurídica, em relação a valores supremos, insere-se Hans Kelsen (2001), nascido em Praga, em 1881, época em que as margens do rio Moldava ainda pertenciam ao Império Austro-Húngaro. Após lecionar por muitos anos em Viena, mudou-se para os EUA. Sua doutrina foi amplamente difundida, constituindo-se a chamada *Escola de Viena*, nas quais figuraram juristas ilustres, como o inglês Herbert Hart e o italiano Norberto Bobbio. Considerado por muitos como o maior jurista do século XX, notabilizou-se por sua obra *O que é Justiça?* Nela questiona o que seria justiça, para tentar demonstrar que, como este é um conceito indefinido, e que ninguém vai conseguir provar o que é, apesar de pensadores como Platão e Kant já o terem tentado, ela não pode ser determinante para o Direito. E, assim, ao referir-se à natureza, do ponto de vista da justiça, admite que ela não é justa:

E, de fato, ao julgarmos a natureza do ponto de vista da justiça, deveremos admitir que ela não é justa: a um dá saúde, a outro, doença; a um inteligência, a outro, poucas luzes. Nenhuma ordem social poderá compensar totalmente as injustiças da natureza (KELSEN, 2001, p.3).

Mais adiante, nesta mesma obra, Kelsen (2001) separa o que seriam juízos de valor e juízos de direito, sendo o primeiro um juízo que pode se referir a qualquer objeto a ser avaliado, até mesmo sobre o direito; e o segundo corresponderia às qualidades de lícito ou ilícito. Entre os juízos de valor, encontram-se o que o ele chama de valores de justiça, que não se relacionam com os juízos de licitude ou ilicitude, verdadeiro ou falso, pois, para ele, o Direito se manifesta sob a perspectiva positiva, senão vejamos:

Como o Direito sempre se manifesta na forma de uma ordem jurídica positiva – como o Direito francês, o suíço, o americano ou o internacional –, um juízo jurídico de valor é sempre verdadeiro ou falso relativamente a tal ordem positiva. (...) Nossa dúvida se resolve quanto a ser lícita ou ilícita determinada conduta é resolvida quando podemos indicar uma regra jurídica que se refere afirmativa ou negativamente à conduta em questão. (...) O juízo jurídico de valor de que uma conduta é lícita ou ilícita é uma asserção de uma relação afirmativa ou negativa entre a conduta e uma norma cuja existência é pressuposta pela pessoa que faz o juízo. Assim, um juízo jurídico de valor pressupõe a existência de uma norma, de um “dever ser”. O significado desse juízo de valor, conseqüentemente, depende do significado da asserção de que uma norma “existe”. (Hans Kelsen, 2001, p. 364)

Já o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (2014, p.73), em sua obra *A Teoria do Ordenamento Jurídico*, ao definir o Direito, deixou claro que seu conceito sobre esta ciência não coincide com a noção de justiça, pois, para ele, o direito positivo cuidava do direito como ele é, do ser, e não do dever ser, que seria o direito justo. No entanto, neste estudo, o Direito precisa coincidir com a justiça, o que será possível através da hermenêutica, cujo limite é a responsabilidade ética.

Já a posição de Weber (2001), diante dos valores, é a separação destes em relação à ciência, vez que esta é fruto de um processo de racionalização, de intelectualização, e, para ele, a escolha dos valores caberia ao indivíduo sozinho, de acordo com sua religião e sua consciência. Desta forma, Weber (2001) separou o ser do dever ser, aderindo à visão da neutralidade axiológica da ciência. Para entender o que ele (WEBER, 2001, p.57-58) defende, eis um trecho de sua obra *Ciência e Política*:

O fim precípua de nossa época, caracterizada pela racionalização, pela intelectualização e, principalmente, pelo “desencantamento do mundo” levou os homens a banir da vida pública os valores supremos e mais sublimes. Esses valores encontraram refúgio na transcendência da vida mística ou na fraternidade das relações diretas e recíprocas entre os indivíduos isolados. [...] Àquele que não é capaz de suportar estoicamente esse sistema de nossa época, resta apenas dar o seguinte conselho: volta em silêncio, sem dar a teu gesto a publicidade habitual dos renegados, com simplicidade e recolhimento, aos braços abertos e cheios de misericórdia das velhas igrejas. Elas não tornarão penoso o retorno. De qualquer maneira, quem retorna será inevitavelmente compelido a fazer o “sacrifício do intelecto” (WEBER, 2001, p.57-58)

O problema é que não se pode aceitar atualmente, depois de tantas injustiças proporcionadas pela visão puramente formalista do Direito, como foi o caso da II Guerra Mundial e o nazismo, que não foram vividos por Weber, uma ciência afastada de valores morais e éticos, sem qualquer responsabilidade na consideração de suas consequências.

Nesta toada, da problemática sobre o Direito como ciência, Platão<sup>17</sup> e Aristóteles<sup>18</sup> igualmente se debruçaram sobre os temas que, hoje, são preocupações do Direito, como a lei, a ética, a justiça e a moral. Tanto para Platão quanto para seu aluno, o aspecto racional era a fonte da sabedoria e da prudência e que, por isso deveria guiar o comportamento do homem que tivesse o desiderato de ser bom e justo. Ambos os filósofos tratam de proposições normativas estritamente ligadas a valores supremos, os quais só podem ser alcançados pela razão.

No presente trabalho, fazemos a ligação entre Direito e Justiça, através da linguagem, da visão do fenômeno jurídico como discurso, como ato ético e responsável, indissociável de valores supremos inseridos na interpretação da norma jurídica, a partir de sua abertura fenomenológica. Assim, a evolução e as diferentes concepções de Direito, Justiça e Ética, da separação destas ordens, depois um novo encontro, são importantes para a construção da compreensão e aceitação do Direito como aqui se propõe.

De volta a Platão, este definia a justiça do ponto de vista do indivíduo como sendo a união perfeita das três partes da alma, transformando suas partes em um conjunto harmônico, de múltiplo que era. Torna-se um ideal uno, temperante e harmônico, permitindo observar que tanto para o mestre, quanto para seu aluno, a justiça está ligada à virtude, que são elementos constitutivos do Direito (KELSEN, 2001).

No entanto, entre Aristóteles e Platão, existe uma diferença que interessa mencionar, pois, nesta separação, reside uma semelhança com o que se discute neste trabalho. Enquanto Platão acredita no mundo das ideias, onde existe verdade absoluta e perfeição, Aristóteles rejeita essa abstração e não admite a noção de justiça como um bem absoluto. Para ele, pois, seria necessário avaliar, em cada conduta humana, o meio termo, que consiste no estado médio, na mediedade, uma disposição de todo ser humano a ser delimitado pela razão, isto é, pela prudência (KELSEN, 2001).

---

<sup>17</sup> República. A sua preocupação central é o conceito de verdade e de perfeição que só são possíveis no mundo das ideias. Aristóteles, *apud*, KELSEN, Hans. O que é justiça? Martins Fontes. 2001. São Paulo.

<sup>18</sup> Ética e Nicômaco: preocupação central com a virtude. Aristóteles, *apud* KELSEN, Hans. O que é justiça? Martins Fontes. 2001. São Paulo.

Em *Ética a Nicômaco*, cujo principal tema tratado é a virtude moral, Aristóteles defende que agir virtuosamente é agir segundo a doutrina do meio, isto é, descobrir o meio termo entre os extremos. Ato contínuo, Aristóteles divide a justiça em justiça universal, geral, ou legal, e a justiça particular. A justiça universal consiste na conformidade da conduta do indivíduo com a lei, significando a legitimidade, ou a legalidade, da ação humana, que, por sua vez, trata-se da virtude social. Para esta primeira concepção de justiça, o injusto é o ilegal, é o que afronta as leis, que, nas cidades-estados gregas, salvaguardavam todas as virtudes, visando ao bem comum. Observa-se aqui uma certa proximidade com o positivismo, no que tange à injustiça como ilicitude (KELSEN, 2001).

Aristóteles fala ainda em justiça particular e, nesta, reside a proximidade com a preocupação deste trabalho. A justiça particular, pois, ou virtude particular, parte da noção de igualdade; sendo a injustiça, portanto, a desigualdade. Esta justiça é dividida em dois tipos: a corretiva ou comutativa, que visam a restabelecer a igualdade na exata proporção da injustiça sofrida, e a justiça distributiva, que prevê uma proporcionalidade diante da situação fática, sendo mais uma questão política, de igualmente material (KELSEN, 2001).

Todavia, é preciso fazer uma ressalva quando se fala nesta proximidade, uma vez que a supra mencionada igualdade, variável com a situação fática e com o merecimento, poderia justificar algumas injustiças, situadas em algum dos extremos que devem ser evitados. De um lado, pois, respeitando a situação fática particular, poderia legitimar a mais lúdima justiça, segundo a concepção contemporânea de equidade, compensando o desequilíbrio da igualdade meramente formal e universalista, através da redistribuição do que excede a justiça particular de um e falta para outro. Atualmente, esta concepção de justiça particular distributiva, poderia justificar os tratamentos diferenciados para os grupos vulneráveis<sup>19</sup>, que não poderiam ser tratados com igualmente meramente formal, pois seriam mentidas as injustiças, ou poderia justificar a iniquidade da escravidão, que era defendida por Aristóteles, uma vez que não havia injustiça em tratar diferente um escravo, que era considerado diferente dos homens livres (KELSEN, 2001).

A solução deste extremo da particularidade seria, *hodiernamente*, a concepção de ato responsável, segundo a noção bakhtiniana de responsabilidade

---

<sup>19</sup> A noção de vulnerabilidade, especialmente em relação a determinados segmentos sociais, é muito presente no Direito e, sobretudo, na jurisprudência dos tribunais superiores do país. Trata-se de grupos de indivíduos, que, em virtude de alguma particularidade, tornaram-se marginalizados e estigmatizados; necessitando, portanto, inicialmente, de reconhecimento desta condição, para que o Estado, através de todos os seus Poderes, possa ajudar os vulneráveis a alcançarem a igualdade material (substancial). No presente trabalho, este olhar específico em relação a certo grupo estigmatizado socialmente, foi tarefa realizada pelo Poder Judiciário.

moral, engajada com uma ética substancial, com vistas a limitar tanto a universalidade, que invisibiliza a realidade de fato vivida, quanto limitar a particularidade desproporcionalmente irresponsável. Nesta oposição universalidade-particularidade, cuja justiça está na ética responsável, com os reparos feitos em respeito à distância de todas as ordens que separam Bakhtin (1997) de Aristóteles (*apud*. KELSEN, 2001), é possível verificar os extremos e o meio termo.

Neste sentido, da análise da evolução do Direito como ciência, o jusfilósofo Tércio Sampaio (2014), em sua obra *A ciência do Direito*, decide traçar um histórico do conceito de ciência e o problema da aceitação da qualificação das Ciências Humanas, como aconteceu tanto com o Direito e com a Linguística, demonstrando que a celeuma consistiu na inadequação do método aplicável às ciências ditas da natureza quando diante das ciências humanas. Eis um trecho da mencionada obra:

Aqueles que propõem uma distinção básica entre ciência humana e ciência da natureza partem, em geral, do reconhecimento do método aplicado às ciências da natureza, observando, em seguida, a sua inadequação aos objetos ditos humanos. A questão pode ser *grosso modo* apresentada do seguinte modo: nos fenômenos naturais, o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam: já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de *compreender*, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos *fenômenos*, valorando-os. A introdução do compreender traz para a ciência o discutido conceito de valor. As ciências humanas passam a ser explicativas e compreensivas à medida que se reconhece que o comportamento humano, não tendo apenas o sentido que lhe damos, tem também o sentido que ele próprio lhe dá; exige um método próprio que faz repousar sua validade na validade das valorações (individuais? Sociais? Ideais? Históricas?) que revelam aquele sentido (JR., 2014, p. 4-5)

Destarte, o problema do Direito, como ciência, assim como o estudo da linguagem, como ciência, deu-se em virtude da exigência de uma ciência pura, que refletisse uma verdade absoluta e, por meio de seu método autossuficiente, respondesse às questões, objetos de seu estudo, de forma segura, certa, sem precisar recorrer a outro sistema.

No entanto, por mais que se tenha tentado estudar o Direito como um sistema fechado, como é para os positivistas, esta concepção não é hoje considerada suficiente diante da complexidade das relações humanas e da necessidade do Direito de abarcá-la pois, isoladamente, em seu sistema de normas jurídicas, com a pretensão de aplicação direta, sem maiores considerações relativas a valores

essenciais, contextuais e circunstanciais, ao caso fático, descaracteriza o Direito, em seu fim de justiça, e, portanto, como o próprio Direito.

Tem-se, desta forma, que os fatores antes excluídos do Direito, como ciência pura, são, na verdade, constitutivos dele, uma vez que ele não se realiza completamente até seu último fim de concretização da justiça. A justiça, no entanto, é um conceito axiológico e, conseqüentemente, variável e indefinido considerando apenas a letra fria da lei.

Nesta linha de intelecção, Tércio Sampaio (2014, p. 48) afirma que o problema do Direito, ao contrário das ciências naturais positivas, não é a verdade e, sim, ao que ele chama de decidibilidade. Para Tércio, pois, o objeto de investigação, da ciência, é a verdade, geral, abstrata, com validade *erga omnes*, invariável independente de qualquer contexto. Enquanto o objetivo da investigação do Direito é a decidibilidade, sendo sua validade relacionada à utilidade, à questão prática e ao que deve ser decidido, diante de um problema social vivido nas realidades das intimidades intersubjetivas.

Não se pode pretender uma uniformidade e uma validade baseada no tratamento e enquadramento meramente formais do caso concreto, em relação ao Direito, pois, como se falou, a particularidade da vida torna múltiplos e infinitos os problemas às quais as investigações jurídicas se destinam, para, ao final, proporem uma decisão que solucione a questão, de forma que a legitimidade desta decisão resida na justiça que realiza. Tudo, portanto, que envolve o Direito, desde sua decisão legislativa até a decisão jurídica, está intimamente ligada a valores, pois estes o compõem, sendo impossível estudá-lo como sistema, ou aplicar suas normas, sem considerar um de seus elementos constituintes.

No que concerne à decidibilidade como centro problemático do Direito e como peculiaridade em relação às demais ciências, Tércio (2014, p.55) define três modelos de ciência jurídica, classificáveis conforme seu conteúdo diante da decidibilidade. Ele divide a ciência jurídica em três modelos, sendo o primeiro o analítico, o segundo o hermenêutico e o terceiro o modelo empírico.

Primeiramente, o analítico define-se pela relação da norma com ela mesma, dentro de um sistema que as classifica em harmonia, preocupando-se com uma adequação formal. Para o modelo hermenêutico, a questão da decidibilidade ganha relevância significativa, visto que analisa o Direito a partir de uma atividade interpretativa para aplicação, à qual interessa o sentido do comportamento humano. O modelo empírico cuida da decidibilidade para além de uma adequação meramente formal, buscando justificativas para uma decisão na contínua evolução do

ser humano. Vejamos o que Tércio (2014, p. 56) explica em sua obra *A Ciência do Direito*:

O primeiro modelo, que poderíamos chamar de analítico, encara a decidibilidade como uma relação hipotética entre conflito e decisões, isto é, dado um conflito hipotético e uma decisão hipotética, a questão é determinar as suas condições de adequação: as possibilidades de decisões para um possível conflito. (...) Neste caso, a Ciência do Direito aparece como uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista. O segundo modelo vê a decidibilidade do ângulo da sua relevância significativa. Trata-se de uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu sentido. (...) A Ciência do Direito, neste caso, se assume como atividade interpretativa (...) Pelo seu caráter, este modelo pode ser chamado *hermenêutico*.

O terceiro modelo encara a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. (...) procurando-se determinar as condições desta relação para além da mera adequação formal entre conflito e decisão. Segue a concepção da Ciência do Direito como uma investigação das normas de conviência. (...) Pelo seu caráter, este modelo pode ser chamado de empírico (JR., 2014, p.56).

Estes mesmos problemas da ciência e do Direito foram igualmente observados no campo da linguagem. Os estudos sobre ela, pois, iniciaram-se com a abstração do mundo vivido em relação ao código linguístico, sendo que, para alcançar o *status* de ciência, precisou isolar-se em relação a um sistema puramente formal e estrutural. Em seguida a esse isolamento formal e estrutural, em respeito à realidade humana, houve uma abertura destes sistemas, tanto dos estudos sobre o Direito, especialmente após a Segunda-Guerra Mundial, quanto sobre a linguagem, levando em consideração as particularidades do caso concreto, que dão corpo, que constituem o sentido, tanto dos objetos das ciências, quanto do discurso do Direito.

Nesta abertura dos conceitos e, conseqüentemente, dos dogmas do Direito, importa mencionar a importância da fenomenologia de Heidegger, a partir da ontologia do *Dasein* e da hermenêutica da facticidade. O filósofo alemão tem, pois, como preocupação principal, a pergunta pelo sentido do ser, revelado na manifestação do fenômeno, como ele se mostra e que, para ser alcançado, é preciso ser desvelado através de *existenciais*. Em sua analítica existencial, pois, Heidegger (2006) refere-se a três modos de ser constitutivos da abertura do Ser-aí (*Dasein*): a compreensão – através da qual o sentido do ser aparece, realizando-se através da interpretação, a disposição (situação afetiva) – que revela seu dever-ser constitutivo e o discurso, considerando-se que o ser-aí é uma possibilidade sempre aberta na existência, comportando outras possibilidades de sentido a depender a

realidade subjacente.

Nesta senda, diante da infinitude das possibilidades de sentidos, é que a hermenêutica trata do ser-aí (*Dasein*) e observa como ele fala de si mesmo, isto é, como “o ser-aí fático se toma e se possui a si mesmo na interpretação de si mesmo” (HEIDEGGER, 2012, p. 54). À interpretação, pois, importa encontrar a dimensão ontológica do ser-aí, uma vez que, segundo o filósofo alemão, a forma de exposição, do ser-aí, é um início apenas do caráter ontológico, tratando-se de uma “indicação formal” do ser. Ato contínuo, Heidegger (2012) explica como se dá a interpretação do ser-aí na consciência histórica, chamando atenção para o caráter objetual do passado<sup>20</sup>. Neste sentido, há uma unidade mais ou menos estabilizada sobre o ser, que o segue em suas manifestações e, para que a compreensão destas manifestações seja compatível com o núcleo essencial de sentido do ente – que, às vezes, não está tão claro em todas as manifestações da realidade, como é o caso do Direito –, é necessária uma contemplação mais atenta do fenômeno, para, enfim, alcançar seu sentido. O Direito, então, passa a ser considerado linguagem e, conseqüentemente mutável, variável, possível, e não fixo, ao contrário do que se pretendia que fosse quando o pensamento positivista puro predominava as ciências e, conseqüentemente, o Direito.

Neste sentido, para realizar o fim a que se destina, e que legitimamente se espera do Direito, ele precisa estar aberto como uma possibilidade de ser no mundo e, realizando-se o trabalho de interpretação, pelas vias abertas da hermenêutica da facticidade, compreender seu sentido, na abertura propiciada pelo mundo. Porém, essa abertura da linguagem do Direito não pode ser infinita, pois, tendo sempre em vista a finalidade da justiça, a conclusão do sentido precisa de uma interpretação responsável, no sentido de se realizar como o ato ético de Bakhtin (1997).

Com essa explanação sobre a evolução da relação entre ciência e Direito, poderemos entender a intenção da análise do presente trabalho, situando o Direito no campo não só das normas, mas, como linguagem que é, no mundo da realidade de fato vivida, com todas suas implicações de ordem axiológica, considerando o contexto, a história, a ideologia vigente e a vontade responsável de Justiça, que deve ser inseparável de todas as fases de construção do Direito, sobretudo quando de sua aplicação nas decisões.

---

<sup>20</sup> Segundo Heidegger (2012, p. 56), o caráter objetual do passado está relacionado ao tema da consciência histórica e a forma de, no presente, o ser-aí se relacionar com esta dimensão que lhe antecede. A consciência histórica, como um já dado (caráter objetual) é o “modo de acesso e de apropriação” de algo já determinado, que possibilita a investigação do sentido do ser-aí na sua existência.

## 2.2 O DIREITO COMO LINGUAGEM

Bakhtin (2011, p. 261), em sua obra “Estética da Criação Verbal”, defende que “Todos os campos da atividade humana estão ligados ao uso da linguagem”. Seria impossível imaginar que o campo do Direito não estaria referido nesta conclusão, visto que as normas jurídicas, tanto legislativas quanto as materializadas nas decisões do Poder Judiciário, se manifestam através da língua e esta, por sua vez, através de enunciados<sup>21</sup>.

No entanto, o problema do estudo da língua, como ciência, passou pelos mesmos problemas do Direito, anteriormente analisado e, para partimos do mesmo ponto em que chegamos, no Direito, precisamos olhar a problemática da ciência pela perspectiva também da linguagem.

Sendo assim, preliminarmente, cumpre mencionar que são muitas as discussões acerca da linguagem, da sua natureza, definição, sobretudo relativamente à bipolaridade entre natureza e convenção. Atravessando tantas discussões, no entanto, é imperioso aceitar que, na linguagem, estão presentes tantos aspectos do social, cultural e convencional, como inatos, não podendo ela se dissociar igualmente da consciência e da subjetividade.

Destarte, as bastantes discussões acerca da linguagem e da língua refletem na Linguística, que é uma ciência construída, ao longo da história, pela dialética de teorizações sobre as discussões acima mencionadas: natureza e funcionamento da linguagem e das línguas. Quando se fala aqui em dialética das teorias relativas à Linguística, objetiva-se analisar este objeto a partir de sua história, pois foram muitas as concepções sobre ela, desde Ferdinand Saussure<sup>22</sup> quando ela foi entendida como ciência, ou melhor, desde muito antes a linguagem já interessa a pensadores como Platão e Aristóteles.

Admitiu-se a Linguística como ciência, a partir de Saussure (2006), para quem

---

<sup>21</sup> Em estética da criação verbal, Bakhtin (2011) sugere que os enunciados são manifestações concretas e únicas da língua, proferidas com observância não só da forma e da estrutura normativa, como das condições particulares de determinado conteto, visando a atingir uma certa finalidade.

<sup>22</sup> Ferdinand Saussure foi jurista e filósofo, tendo realizado estudos na área da lingüística e, em virtude de sua obra Curso de Linguística Geral, é considerado o responsável por ter situado a língua no âmbito da ciência. Como não poderia ser diferente devido ao contexto histórico, sua obra era formalista e estruturalista, calcada em dicotomias como língua e fala, sincronia e diacronia, etc, afastando-se da língua, qualquer valor externo.

a relação entre significante e significado é uma pura arbitrariedade, uma vez que o signo linguístico seria uma convenção aceita e usada pelos falantes de uma língua. Para o linguista genebriano (SAUSSURE, 2006), não existia uma relação entre o aspecto fonético do significante e seu significado. Esta compreensão de arbitrariedade, todavia, era temperada, moderada, uma vez que ele admitia a imotivação total do signo e a motivação relativa, quando eles eram derivados. Outrossim, importa compreender que os estudos de Saussure (2006) se basearam em um momento deveras evoluído da língua e na dicotomia sincronia e diacronia.

Sendo assim, Saussure (2006) conceitua a língua em oposição à linguagem e à fala, pretendo realizar um estudo com validade universal, sendo a língua um sistema, uma estrutura formal, que pode ser dividida em elementos menores de significados, organizados segundo uma lógica observável em todas as línguas. Já Bakhtin (2006) afirma que a língua não pode ser entendida sem que se considere sua natureza social e ideológica. Os fatores extralinguísticos, pois, materializam-se no discurso, uma vez que os enunciados não são construídos individualmente, são, ao contrário, frutos de relações intersubjetivas, dialógicas.

O objetivo de pureza, tão latente no positivismo, não foi uma exclusividade desta corrente filosófica. Com a semântica tradicional, cujo nascimento remonta-se a Platão<sup>23</sup> e sua teoria do mundo das ideias, o sentido das palavras seria aferido a partir do conhecimento da essência comum das coisas. Explicando com outras palavras, o conhecimento, para Platão só seria alcançado abstratamente, pois as coisas só seriam perfeitas, e principalmente verdadeiras, no mundo das ideias e todo o resto seria um simulacro, fosse poesia, escultura, artesanato.

Neste sentido, existia, para a metafísica clássica, uma verdade absoluta e, portanto, imutável, que à linguagem cabia apenas comunicar, transmitir ou simbolizar, enquanto a razão deveria apreender a realidade. É o que ensina Manfredo de Oliveira:

Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. A diferença entre sensibilidade (aistheses) para o entendimento (dianoia) e a razão (nous) consiste na passagem do mutável e transitório para o permanente, imutável, ou seja, aquilo que constitui as coisas em seu ser próprio: a essência (OLIVEIRA, 1996, p. 120-121).

---

<sup>23</sup> A República, Platão (2000). Editora Martin Claret

Para Aristóteles (*apud*. KELSEN, 2001), seguindo esta mesma tendência, a linguagem seria apenas um instrumento do conhecimento do real e este é independente em relação a ela, visto que a linguagem é apenas a representação simbólica do real, e não a própria realidade. Observa-se, portanto, que existe uma realidade abstrata, imutável, permanente e absoluta, como no positivismo, isolada de qualquer valoração concreta.

A concepção da linguagem, pela semântica tradicional, isto é, como função secundária em relação ao conhecimento, fora mantida pelos filósofos e cientistas da linguagem até a reviravolta linguística de Wittgenstein<sup>24</sup>. Ainda, no século XX, a partir da publicação do Curso de Linguística Geral, de Ferdinand Saussure, a linguística, cujo objeto de estudo é a língua passou a ser reconhecida como estudo científico. No entanto, embora tenha sido um marco no estudo da língua, o professor, da Universidade de Genebra, manteve o posicionamento positivista, formalista e tradicional em sua proposta epistemológica.

A semântica tradicional, assim como acontece no positivismo, afasta da linguagem qualquer influência histórica, ideológica, contextual, considerando que sua função seria meramente designativa da realidade, isto é, haveria uma necessidade de adequação entre a forma da linguagem e os signos constantes das frases, que representariam fatos ou coisas do mundo. É dizer: a linguagem deveria representar fielmente, por verossimilhança estrutural, o estado de coisas, os fatos. (WARAT, 1995)

Ora, não seria necessária a interpretação, bastaria o conhecimento gramatical para apreender o significado da estrutura do texto, não haveria outras possibilidades de sentido, o sentido seria único, estanque e imutável. No caso do presente trabalho, não seria sequer necessária a interpretação realizada pelo STF, para definir o alcance do conceito de racismo, pois o sentido seria único. No entanto, ao mesmo tempo, atualmente, já não se consegue afirmar que sentido seria esse, sem antes interpretar, considerando todos os fatores extralinguísticos e, no caso do Direito, a responsabilidade ética da decisão, uma vez que esta repercutirá na sociedade à qual se dirige.

Neste sentido, Wittgenstein (1999), influenciado pelo Círculo de Viena<sup>25</sup>, do

---

<sup>24</sup>Em sua virada linguística, Wittgenstein (1999) superou sua concepção lógico-semântica, baseada no formalismo, para conferir maior importância ao uso das palavras sobre o significado. Neste sentido do pragmatismo, o filósofo alemão defendeu a ideia de que não há um único significado ou uma semântica imutável e fixa, mas, ao contrário, a linguagem é pragmática, isto é, para compreender seu sentido, é preciso ter como referencial o contato de seu uso.

<sup>25</sup> O Círculo de Viena foi uma reunião de filósofos que, para dar legitimidade à filosofia, passaram a discuti-la de forma racional, o que era considerado como o progresso da filosofia, pois aplicavam a

qual participava, em sua obra *Tractatus*, quando ainda está em seu primeiro giro linguístico, demonstra que segue a tendência da semântica tradicional, pois a linguagem, para ele, tinha função meramente designativa, reforçando que o mundo concreto seria o limite da linguagem e só a realidade interessava para o sentido, mantendo a frase, ou o texto, distante de considerações contextuais.

Sendo assim, conservando a posição da semântica tradicional, Wittgenstein (1999), em sua primeira fase, afirmava que era impossível obter o significado de algo que poderia ser verificado. Diante desta premissa, o discurso, ou a linguagem, científica, deveria seguir uma correção lógica, que será alcançada a partir da representação daquilo que pode ser percebido sensivelmente.

Consoante o primeiro giro linguístico e a teoria da figuração do mundo de Wittgenstein (1999), cuja principal preocupação consiste em estabelecer a relação entre o mundo e o pensamento, o que existe, na realidade, são as figurações de mundo realizadas através da linguagem, sendo a linguagem a tradução do pensamento, que torna o mundo real. A linguagem, portanto, era apenas condição de possibilidade de comunicação de que o ser humano tomou conhecimento a partir da razão.

Destarte, como o mundo representado pela linguagem era perfeito, real e verdadeiro, no mundo da razão, a linguagem racionalizada não precisaria de maiores interpretações ou de considerações da realidade de fato vivida, porque tudo isso não passava de imperfeições, que não poderiam misturar-se à verdade racional, sob pena de sacrificar os conceitos cientificamente perfeitos, criados pelos positivistas.

Tem-se, portanto, que a linguagem era mero instrumento da razão, era condição de possibilidade de conhecimento do que racionalmente era perfeito no vácuo da ciência positiva, isolada das considerações sobre a vida vivida, sobre o contexto social, histórico, cultural, tornando, a interpretação, um ato ético responsável, passando a linguagem a ser a própria condição do conhecimento, já que este se adquire e se transmite pela linguagem.

Para ele, neste primeiro momento, não existiam diversas possibilidades de interpretação, e sim uma verdade absoluta que corresponderia à realidade, ao mundo, na medida em que o intérprete emitiria uma fiel descrição da totalidade dos fatos. Ora, desta forma, é imperioso concluir que, segundo Wittgenstein (1999), na sua fase meramente formalista, o trabalho do intérprete seria estritamente observatório, não havendo atividade de construção criativa responsável do sentido da norma.

Em seguida, no entanto, Wittgenstein (1999) vai negar a semântica tradicional, defendida no *Tractatus*, inaugurando a segunda etapa de sua filosofia da linguagem, também chamada de reviravolta pragmático-linguística, que passa a admitir a função constitutiva da linguagem, uma vez que ela é uma construção social, percebendo que a semântica tradicional é insuficiente para a compreensão do sentido, pois as palavras, as frases, só significam a partir do uso e, conseqüentemente, através do contexto, no qual são produzidas e enunciadas.

Na medida em que se reconhece a relação entre linguagem e Direito, a compreensão, aplicação, legitimidade e efetividade deste último, torna-se indispensável uma interpretação que considere os enunciados do Direito como linguagem.

Reconhecido o Direito, como linguagem e, conseqüentemente, que ambos são construções sociais, importa estudar o valor das vozes socioculturais<sup>26</sup>, que estão inseridas no discurso, quando dos processos de enunciação e, para tanto, é imperioso observar o contexto histórico, social, cultural, bem como as ideologias que estão veladas nos enunciados.

Diante disto, a situação, o que Bakhtin (1997) chama de realidade de fato vivida, é fundamental para interpretar a norma da melhor maneira possível, atribuindo-lhe um significado adequado, ao aplicá-la, garantindo-lhe efetividade e utilidade ao Direito. Desta forma, para proporcionar a adequação, do Direito, à realidade e, conseqüentemente, para a sua aplicação justa, bem como para a leitura da decisão em foco, tomamos os conceitos bakhtinianos de ato ético, responsividade, compreensão ativa e passiva, realidade de fato vivida e dialogismo, identificando as relações entre a letra lei e os fatores históricos, políticos, ideológicos e culturais, que traduzem a realidade social.

Neste sentido, antes de adentrar no pós-positivismo, no pós-modernismo, isto é, nas considerações sobre a hermenêutica de Heidegger e o dialogismo de Bakhtin, a partir dos quais o Acórdão do HC 82424/RS do STF será analisado, é preciso pensar rapidamente sobre os três pontos de vista da semiótica, o sintático, o semântico e o pragmático, dos quais Luis Alberto Warat fala:

O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato que pode ser considerado como elemento

---

<sup>26</sup> Vozes socioculturais, para Bakhtin (1999), podem ser compreendidas como as fontes de sentidos possíveis para determinada palavra, é dizer: um como já se falou sobre ela, uma das formas sobre como se usou determinada palavra, que abrange um certo posicionamento, do ponto de vista ideológico, contextualmete situado. São os vários discursos produzidos em sociedade que acabam por atravessar os próximos discursos, a depender do lugar, tempo-espacialmente falando, em que se encontra o interlocutor. São os discursos já produzidos a partir de determinados contextos sociais, culturais, religiosos, ideológicos, que podem ser develados, quando de uma interpretação dialógica.

que mantém três tipos de vinculações: com outros signos; com os objetos que designa; com os homens que usam. A primeira vinculação é chamada de sintaxe; a segunda, semântica; a terceira, pragmática. Estes três níveis de análise constituem as partes da semiótica, entendida como teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação (WARAT; ROCHA, 1995, p.39).

As sentenças, acórdãos, leis, que são todas normas de Direito, sendo as duas primeiras, normas concretas e individuais, enquanto as terceiras são normas gerais e abstratas. Se não observarem as regras de construção estrutural, carecem de sentido do ponto de vista gramatical. No entanto, passado esse primeiro ponto, o Direito e suas normas não ganham sentido exclusivamente a partir da interpretação gramatical do enunciado; existem, pois, ambiguidades insuperáveis, com recurso isolado à interpretação meramente formal, fazendo-se necessário observar o contexto vivido. É o que ensina igualmente Tércio Sampaio Ferraz Junior :

No fundo, pois, a chamada interpretação gramatical tem, na análise léxica, apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica.(JR., 2014, p.40)

Destarte, segundo o supramencionado professor, o problema da sintaxe diz respeito à forma como estão interligadas as palavras, isto é, à ordem como foram dispostas, no enunciado, que, no presente caso, é a norma jurídica. Neste sentido, o modo de disposição das palavras indica apenas uma primeira das possibilidades de sentido, a partir da qual será ainda realizada a interpretação.

Contudo, embora a organização correta dos signos seja importante à elucidação do sentido, existem outras possibilidades razoáveis que precisam ser consideradas, sobretudo quando se trata de norma jurídica, pois esta cuida da vida em sociedade.

No âmbito do Direito, a interpretação meramente formal da norma jurídica, deve ser apenas *prima facie*, necessitando de confirmação de coincidência com a noção de justiça para a sociedade destinatária da norma, o que será realizado através da interpretação, do ato ético responsável e da hermenêutica de Heidegger (2012).

Nesta esteira de pensamento, é impossível dissociar os supracitados conceitos, às motivações dos indivíduos, ao se manifestarem linguisticamente em determinado contexto, dos próprios discursos. Além, pois, dos significados previamente estabelecidos pela leitura do código linguístico, não se pode olvidar a mutabilidade, a fugacidade, a relatividade dos conceitos, das ideias, das particularidades da vida vivida, diante do social, do que é humano. Para a

compreensão do sentido, e para verificar a abrangência do sentido de certo enunciado, portanto, a interpretação meramente formal é importante na primeira análise; devendo ser consideradas, no entanto, outras possibilidades de sentido, a depender do contexto e do que seja mais justo e adequado, pois a verdade, no Direito, precisa ser a justiça.

*Hodiernamente*, pois, em virtude do que a sociedade viveu pelas arbitrariedades de uma interpretação rigidamente formal do Direito durante da II Guerra Mundial e o nazismo, exige-se um Direito mais humanizado, comprometido com as consequências de sua aplicação, não estando ninguém isento de responsabilidade, quando do uso do Direito. O Direito não pode ser simplesmente uma forma de legitimação do poder, como explicou Bobbio<sup>27</sup> (2014, p. 72 e 73), em Teoria do Ordenamento Jurídico, mas deve ser instrumento, como linguagem, de promoção de justiça, noção que depende da consideração de fatores ideológicos, de valores éticos e morais vigentes e reputados, essenciais pela sociedade e pela história.

Destarte, superando o positivismo e reconhecendo o Direito como linguagem, os conceitos de responsividade, ato ético, compreensão ativa e passiva, realidade de fato vivida e dialogismo e a hermenêutica de Heidegger tornam a atividade daqueles que trabalham com o Direito mais certa, adequada e justa, uma vez que o Direito, como linguagem, é um fenômeno social, e a sociedade é o alfa e o ômega das normas jurídicas, uma vez que, a partir de suas necessidades, essas normas são criadas e são aplicadas à própria sociedade.

Importante ainda mencionar que existe uma forte relação, desde então conhecida pelo Círculo de Bakhtin, entre a filosofia do direito e os trabalhos bakhtinianos, sobretudo em relação à interação discursiva de sua concepção dialógica. O Círculo de Bakhtin, segundo Carlos Alberto Faraco (2009, p.46), concentra sua preocupação na criação ideológica, de forma a trazer a realidade do contexto social para a produção humana. Neste sentido, ele explica que:

Nos textos do Círculo, a palavra ideologia é usada, em geral, para designar o universo dos produtos do “espírito” humano, aquilo que algumas vezes é chamado por outros autores de cultura imaterial ou produção espiritual (talvez como herança de um pensamento

---

<sup>27</sup> Em sua obra *Teoria do Ornamento Jurídico*, Bobbio pretende criar uma ciência do Direito, com os rigores formais das ciências exatas, ao gosto do positivismo, afastando as considerações sobre os valores de justiça que hoje são tão caros e indissociáveis do Direito. Nesse sentido, ao conceituar o ordenamento jurídico, que equivale, para ele, ao Direito, afirma que direito é poder, força, não necessariamente violência, mas é a forma necessária para se fazer cumprir o direito posto. Para ele, o ordenamento jurídico é um complexo, um conjunto, um sistema de normas que tem sentido quando inter-relacionadas, tornando-se válido e eficaz pela força. Outrossim, afirma que a sua definição de direito não corresponde à de justiça. O direito positivo, pois, como as demais ciências positivas, trata do direito como ele é, não como deveria ser.

idealista); e, igualmente, de formas da consciência social (num vocabulário de sabor mais materialista).

Ideologia é o nome que o Círculo costuma dar, então, para o universo que engloba a arte, a ciência, a filosofia, o direito, a religião, a ética, a política, ou seja, todas as manifestações superestruturais (para usar certa terminologia da tradição marxista) (FARACO, 2009, p.46).

No entanto, deve-se se explicar que, para o Círculo de Bakhtin, a palavra ideologia não tinha uma conotação pejorativa, cuja intenção seria distorcer a realidade. Ao contrário, a ideologia significa atentar para os valores que estão inseridos no discurso, para demonstrar que os enunciados não podem ser considerados neutros e abstratos, como os positivistas esperavam que fosse o Direito. Para ilustrar melhor, eis o que explica Faraco (2009, p. 47):

Algumas vezes, o adjetivo ideológico aparece como equivalente a axiológico. Aqui é importante lembrar que, para o Círculo, a significação dos enunciados tem sempre uma dimensão avaliativa, expressa sempre um posicionamento social valorativo. Desse modo, qualquer enunciado é, na concepção do Círculo, sempre ideológico – para eles, não existe um enunciado não ideológico. E ideológico em dois sentidos: qualquer enunciado se dá na esfera de uma das ideologias (i.e., no interior de uma das áreas da atividade intelectual humana) e expressa sempre uma posição avaliativa (i.e., não há enunciado neutro; a própria retórica da neutralidade é também uma posição axiológica) (FARACO, 2009, p. 47).

Observa-se, portanto, que todas as atividades intelectuais humanas, e o Direito é uma delas, são indissociáveis dos valores que permeiam a sociedade, isto é, tudo o que é humano acontece em um ambiente valorativo, onde são construídos os significados. A tentativa, portanto, do positivismo, de afastar os enunciados do Direito de uma realidade valorativa, que lhe atribui sentido, é inócua e improfícua, pois, para ser e se realizar, em seus objetivos, ele precisa de concretude.

Nesta linha de intelecção, em *Para uma filosofia do ato*, Bakhtin (1997), explica que o problema de uma filosofia do direito, assim como de uma filosofia moral, é que não podem ser consideradas uma universalidade, teorias formalmente abstratas, pois esta redução simplista e geral acaba neutralizando seu conteúdo e prejudicando a compreensão da individualidade, da unicidade ou da eventicidade do ato. Desta concepção de singularidade histórica, decorre a conclusão de atos insubstituíveis, particulares, que são observados no mundo, no qual o ser humano existe e se realiza, com todas as suas valorações axiológicas, intrínsecas à sua realidade cultural.

Sendo assim, compreende-se que tanto o Direito quanto a linguagem, esta

última como elemento constitutivo daquele, estão inevitavelmente implicados na vida vivida, na qual eles são constantemente interpretados, em uma construção contínua e infinita.

### 2.3 AS CONSEQUÊNCIAS DO PÓS-POSITIVISMO NO DIREITO

Adotando-se, pois, a visão do fenômeno da linguagem, pós-revolução linguística, iniciada por obra de Wittgenstein (1999) e, mais especificamente, aquela relacionada aos estudos de Bakhtin (1997) e Heidegger (2012), tem-se que esse é um campo social, ideológico e cultural. Valorativo, portanto.

Ora, já havíamos visto que, segundo Bakhtin (2011) “todos os campos da atividade humana estão ligados ao uso da linguagem”. Assim, adotamos a ideia de que também o Direito, pelos motivos já expostos, está intrinsecamente conectado à linguagem. A forte presença da língua, dos enunciados, proposições e do discurso, ademais do que já nos debruçamos sobre os significados e significantes, embasam o que, no presente estudo, se defende.

Interessa-nos, por conseguinte, analisar de que forma as postulações filosóficas de Bakhtin (1997) e Heidegger (2012), em relação às formas de abordagem da linguagem e do discurso, podem contribuir para uma melhor compreensão acerca do sentido desse *acontecimento único do ser*, no presente caso, o processo de julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS.

Partimos, pois, do pressuposto de que o discurso jurídico deva ser considerado como um fenômeno social em construção, sujeito, portanto, a condicionamentos de natureza axiológica. Este fato vai requerer, por parte pesquisador, uma abordagem analítica que dê conta de seu *ser* como um *acontecimento*, contrariando abordagens formalistas e positivistas que têm dominado o campo do Direito.

Conforme observado por Bobbio (1995), persiste, ainda, no positivismo clássico atual, um forte teor *avalorativo* na expressão jurídica. O direito justo, para os adeptos a esta corrente, é baseado na ideia de “lei formal justa. Em outras palavras, trata-se da justiça observada apenas pela observância fiel e estrita da letra fria da lei. Por outro lado, já para os pós-positivistas, a busca pelo direito justo estaria relacionada às formas de interpretação, argumentação e aplicação materialmente valorativas, com a finalidade de se estabelecerem decisões justas e adequadas aos casos concretos apresentados.

Em linhas gerais, portanto, o advento do marco filosófico pós-positivista vai

trazer, como consequência direta, a consideração do papel social, da linguagem, no campo do Direito. Assim, é cada vez mais nítida a preocupação dos aplicadores do Direito com os valores sociais e éticos que determinada norma visa a preservar, de forma que a leitura meramente formal não satisfaz mais os julgadores, nem a sociedade.

Destarte, o Direito passou a ser tratado como um ramo relativo entre as ciências, não mais dotado da falsa pretensão de universalidade de uma *justiça formal* e *dogmática*. Faz-se imperioso, portanto, uma nova ordem com renovados valores, tais como relatividade; teor valorativo, subjetivo e histórico; espaço para interpretação em consonância com os objetivos do ordenamento como um todo, com os anseios dos destinatários da norma. São estas algumas das consequências que, inevitavelmente, forçaram a abertura de novos caminhos para a inovação de importantes decisões, como é o caso da decisão ora em análise.

Neste esteio, apresentadas as linhas gerais do surgimento do movimento do pós-positivismo jurídico e seu legado de aproximação do direito com o fenômeno da linguagem, cabe-nos, agora, expor um pouco mais da visão dos principais autores deste movimento filosófico. Para os fins desta análise, elegemos dois de seus maiores representantes: Robert Alexy e Ronald Dworkin. A escolha destes autores justifica-se pelo fato de serem grandes nomes na doutrina jurídica dos últimos cinquenta anos e, por conseguinte, do pós-positivismo. Trata-se, pois, de autores muitas vezes citados pelo próprio Supremo Tribunal Federal em suas decisões, seja de forma direta, seja na adoção de seus ensinamentos, que se fundam basicamente na abertura do Direito aos valores que permeiam a realidade de fato vivida.

A necessária face interpretativa do Direito, que o conecta, de forma intrínseca, com o campo da linguagem, foi tratada sob o viés jurídico no âmbito, sobretudo, dos tribunais superiores, fundamentando as decisões mais importantes, não só no Brasil, mas no mundo, em especial por esses dois autores: Alexy (2001/2007) e Dworkin (2001/2005), o primeiro, alemão, e segundo norte-americano. Desta forma, parece-nos de grande valia abordarmos suas obras: a *Teoria da Argumentação Jurídica* (ALEXY, 2001) e *Uma Questão de Princípios*, (DWORKIN, 2007), que demonstram a tendência valorativa da interpretação do Direito destes dois autores contemporâneos, considerados pós-positivistas.

Preliminarmente, para ilustrar o pensamento pós-positivista de que tanto se falou, bem como a sua clarividente relação com a filosofia tanto bakhtiniana, quanto heideggeriana, citaremos um trecho da obra de Alexy (2001), que trata sobre a insuficiência da lógica e da concepção meramente formal do fenômeno jurídico. Começamos, portanto, por sua obra (ALEXY, 2001). Segundo o mencionado autor,

pois, em confluência, com Karl Larenz: “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais é do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados<sup>28</sup>”.

Nesta toada, Alexy (2001) apresenta motivos fundamentais para a afirmação da qual podemos extrair, essencialmente, que há, na análise da letra pura da lei, uma espécie de incompletude prática diante da necessidade de regulamentação jurídica para todos os fatos que possivelmente podem ser experimentados na realidade. É dizer: não é possível conceber que os dogmas do Direito, ou melhor, a letra fria das leis, tratem abstrata e formalmente de todos os acontecimentos da vida, de forma lógica e semanticamente perfeita, adequando-se, perfeitamente, como peças de um quebra-cabeça, à realidade.

Como visto anteriormente, com Kelsen (2001) e sua proposta filosófica de um Direito puro, alheio à realidade e, conseqüentemente, a valores, pretendia-se que, para cada situação fática, houvesse uma norma que a previsse e regulasse; dispensando, portanto, a abertura deste sistema fechado, lógico e perfeito de normas para o mundo dos valores. No entanto, com a crise do positivismo e a crítica à tentativa de reunir “todas as relatividades como o mundo intuitível”<sup>29</sup> (HUSSERL, 2012, p. 141). É aqui que se insere o papel fundamental da linguagem no direito, da interpretação, bem assim do pensamento filosófico daqueles que embasam nossa análise, e que vai de encontro àquilo que é defendido pelos positivistas clássicos, pelo menos, no domínio do Direito.

Sendo assim, importante relacionar a perspectiva pós-positivista, cada vez mais marcante do Direito, orientada, com grande força e influência por Alexy (2001) e Dworkin (2007), com a crítica que Husserl (2012), seguido por Bakhtin (1997) e Heidegger (2010), faz à ciência de base formal. Esclarecendo a ideia, vejamos:

O seu conceito de uma ciência *a priori*, finalmente, de uma matemática universal (lógica, logística), não pode, por isso, ter a dignidade de evidência efetiva, isto é, de uma intelecção essencial criada a partir de uma autodação direta (intuição empírica), a que ela gostaria de recorrer para si (HUSSERL, 2012, p. 142).

Ainda, aproveitando a crítica de Husserl (2012) às ciências positivas, o que preparou solo fértil, tanto para os filósofos inicialmente citados, quanto – ainda que

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. São Paulo. 2001. P.17

<sup>29</sup> Em sua obra *A crise das ciências europeias e a Fenomenologia Transcendental* de Edmund Husserl (2010, p. 141-142), o filósofo alemão explica que tudo o que produzido no mundo, como cultura, ainda que sob a configuração de ciência objetiva, “está, certamente, referido no curso mutável das relatividades, às subjetividades”. Neste sentido, é que a compreensão de Hesserl (2010) sobre a ontologia é oposta à tradicional.

indiretamente, deixando um cenário mais propício- para Alexy (2001) e Dworkin (2007), leia-se o seguinte trecho de sua obra: *A crítica das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental* (HUSSERL, 2012, p. 143):

A primeira inspeção da problemática pura da correlação aberta pela mudança de atitude da vida no interesse natural pelo mundo, para a do observador “desinteressado”, forneceu, embora numa certa ingenuidade e, por isso, com caráter somente preliminar, uma preleção de conhecimentos manifestamente muito estranhos que, numa perfeita certificação metódica, significariam uma reconfiguração radical de toda a nossa consideração do mundo. (...) Depressa nos enredamos aí, contudo, em grandes dificuldades, em paradoxos inesperados, de início insolúveis, que põem em questão todo o nosso empreendimento. E isto não obstante as evidências que se nos oferecem e a que não podemos sem mais renunciar. Pode ser que só a nova questão retrospectiva acerca do solo *destes* conhecimentos (em contraste com a questão retrospectiva acerca do solo dos conhecimentos objetivos) conduza a uma clarificação do seu verdadeiro sentido e a delimitá-lo, então, de modo adequado. No tema da correlação tínhamos constantemente o mundo e a humanidade como a subjetividade intencionalmente geradora, em comunidade, da realização da validade do mundo (HUSSERL, 2012, p. 143).

Concluindo, desta forma, que:

Nenhuma verdade objetiva, seja ela em sentido pré-científico, seja em sentido científico, nenhuma certificação do ser objetivo entra jamais no nosso círculo de cientificidade, que como premissa, quer como conclusão (HUSSERL, 2012, p. 143).

Neste sentido, embora de forma implícita, muito mais dialógica, do que expressa, é que podemos perceber a relação entre os filósofos seguidores de Husserl (2012) e os pensadores contemporâneos do Direito, numa perspectiva pós-positivista, uma vez que, com base neste impulso inicial de Husserl (2012), presente como voz social (no sentido bakhtiniano), tanto no discurso de Bakhtin(1997), como no de Heidegger, foi possível aceitar, com menos estranhamento, a proposta de um Direito aberto aos valores e princípios, consoante Alexy (2001/2007) e Dworkin (2001/2007).

Destarte, como Alexy (2001) opôs-se à concepção puramente lógica do Direito, a argumentação, segundo ele, torna-se um fenômeno linguístico que deve corroborar com a existência de um direito materialmente justo, ou materialmente *justificado*, adequado aos anseios da sociedade contemporânea e, que, portanto, não pode consistir em um sistema fechado e objetivamente puro. Esta justificativa poderia, conseqüentemente, refletir aquilo que valorizam os destinatários mesmos

das normas jurídicas e do ordenamento como um todo, isto é, a sociedade, de forma a conferir maior legitimidade democrática e ética às decisões, como a que ora se analisa. A lei, pois, passa a ser uma espécie de limite negativo (mínimo) para o discurso argumentativo. Em outras palavras, seria uma espécie de guia inicial ao papel interpretativo do direito.

A teoria da argumentação<sup>30</sup> ganha maior destaque, ainda, diante de problemas que, para Alexy (2001), são inerentes aos sistemas de Direito, como a incompletude das normas<sup>31</sup>, a contradição entre elas e, também, a afetação, sobre estas normas, de problemas linguísticos inevitáveis, como a vagueza, a porosidade e a ambiguidade, além da necessidade de valores morais serem considerados nas soluções propostas pelo Direito. A teoria da argumentação, neste sentido, não é apenas positiva, no sentido de operacionalizar um direito mais justo, mas, também, fundamental para a sustentação mesmo da prática jurídica. Não há, pois, que se falar em direito sem argumentação.

Neste contexto, Alexy (2001) destaca, igualmente, a função da jurisprudência, como fonte interpretativa do direito, justamente por ser ela baseada em discursos que, em determinados momentos, refletiram os argumentos adotados pelos aplicadores do Direito, conferindo maior segurança jurídica às decisões, o que o reaproxima da racionalidade da perspectiva positivista. Não apenas a jurisprudência é destacada por Alexy (2001), mas outras expressões interpretativas: a doutrina jurídica e a moral, a consciência e os anseios dos destinatários da norma são elementos do mundo fático, linguisticamente representados, que motivam as decisões judiciais, bem como princípios metajurídicos, como a proporcionalidade<sup>32</sup>.

Ademais, além da obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (2001), que aqui se discute, também, em *Constitucionalismo Discursivo*, Alexy (2007) conecta sua teoria da argumentação com o fenômeno da constitucionalização do direito<sup>33</sup>. A

---

<sup>30</sup> Diante da abertura do Direito aos valores sociais e, consequentemente, éticos inclusive, Alexy (2001), em sua obra *A Teoria da Interpretação à Argumentação Jurídica*, embora ainda sem negar a fundamentalidade dos dogmas jurídicos, confere à argumentação importante papel nesta nova perspectiva do Direito, uma vez que esta seria a atividade entre o Direito e a moral.

<sup>31</sup> Esse problema de completude ou incompletude do sistema de normas jurídicas foi tema central da primeira fase, diga-se fase estruturalista, de Bobbio, que, por sua vez, defendia que o sistema era completo e que, portanto, nele estavam previstas todas as normas e formas de integração do Direito, explicando que a solução de todas as questões submetidas às decisões pelo Direito estariam previstas nele, exclusivamente, sem a necessidade de recorrer a valores externos.

<sup>32</sup> Segundo Alexy (2001), a proporcionalidade, como princípio jurídico, ou uma metanorma, consiste em uma técnica de interpretação e aplicação do Direito e não propriamente uma norma, no sentido que aqui foi usada. Metanorma porque não é um direito aplicável diretamente ao caso concreto, mas uma técnica para aplicar o direito ao caso, de forma proporcional, isto é, adequada, justa, coerente.

<sup>33</sup> A constitucionalização do Direito foi um fenômeno ocorrido no pós-Segunda Guerra, que operou uma mudança paradigmática que hoje se vive e rege o Direito. Consiste na posição central que as constituições dos Estados ocupam no Direito, influenciando todas as demais normas, sejam leis, emendas, constitucionais, medidas provisórias, bem como qualquer ato administrativo, como a

interpretação das leis e das demais fontes do direito<sup>34</sup>, pois, em um contexto valorativo, na busca pelas soluções mais justas, deve encontrar seus parâmetros nas constituições dos Estados, enquanto expressões máximas<sup>35</sup> dos respectivos ordenamentos jurídicos dos quais fazem parte. Nesta linha de pensamento, os princípios constitucionais, cada vez mais mencionados, surgem como expressões condensadas dos principais valores protegidos e, por isso, centrais, para os quais se voltam os ordenamentos, de forma que, a um só tempo, estes valores fundamentais conferem certa unidade semântica às normas de direito, além de serem estes valores os principais destinatários das preocupações de concretização do Direito.

Destarte, uma vez que estes valores são centrais e consistentes em conceitos abertos, vagos e indeterminados, não é possível a adequação imediata destas normas constitucionais, especialmente à realidade de fato vivida, sendo indispensável a atividade hermenêutica dos intérpretes para conferir/desvelar o real sentido das normas, em consonância com os aspectos extrajurídicos do Direito, bem como o sentido das ações humanas a serem valoradas.

Neste diapasão, lembramos que, para Alexy (2007), a lei (em sentido amplíssimo) ou melhor, as normas jurídicas, seriam uma espécie de limite negativo à interpretação na atividade jurídica. A constituição, portanto, assume, cada vez mais, este papel de ambientação e limitação ao poder interpretativo dos aplicadores do direito, pois nela estão os valores supremos a serem protegidos e que, portanto, precisam ter seu sentido preenchido, através de uma investigação hermenêutica adequada espaço-temporalmente e responsável eticamente.

Desta forma, para Alexy (2007), a busca por soluções mais justas e adequadas ao caso concreto deve considerar a relatividade e a abertura linguística da nova visão de Direito, com o desiderato de operar o que o autor chama de

---

realização de políticas públicas, além de influenciarem todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena consequencial de todos esses atos e normas serem considerados inconstitucionais. Ademais, decorrente desse dever de todos os Poderes observarem as normas constitucionais e seus valores e princípios, é que exsurge a importância da hermenêutica e da interpretação, pois, não só os princípios e os valores são conceitos abertos e vagos, mas também as próprias normas constitucionais são escritas de forma indeterminada, permitindo uma maior flexibilidade à sua aplicação e uma consequente mutabilidade, adequando-se à realidade que rege e pela qual é regida, num condicionamento recíproco.

<sup>34</sup> As fontes dos direitos podem ser materiais, como são os fatores sociais, políticos, históricos, ideológicos, que justificam a elaboração de determinada norma; podendo ser ainda formais: leis, constituição, tratados, convenções, etc.

<sup>35</sup> Fala-se que as constituições são expressões máximas do ordenamento jurídico de um Estado, segundo a teoria escalonada da hierarquia normativa formulada por Kelsen (2001), através da qual este jurfilósofo representa o ordenamento jurídico por meio de uma pirâmide, no topo da qual encontra-se a constituição, que, por sua vez, irradia sua força normativa e vinculante sobre todos os componentes intermediários e básicos do ordenamento jurídico,

ponderação<sup>36</sup>. Ora, não há ponderação sem juízo de valor, como, também, não o há sem a interpretação e a argumentação. Neste sentido, em última análise, a ponderação é, igualmente, uma operação linguística.

Guardemos estes conceitos.

A decisão em análise neste trabalho, o *Habeas Corpus* 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2003, sendo uma das mais importantes decisões até hoje, representa bem a aplicação prática daquilo que defende Alexy (2001). A abertura interpretativa e argumentativa que, cada vez mais, mostra-se indissociável da aplicação do direito, quando observados os devidos cuidados e limites (tanto formal, quanto ético), é capaz de operar importantes mudanças na sociedade, com a observância da ética, da moral e da dinâmica social, que não pode ser acompanhada pelo lento desenvolvimento da produção da letra fria da lei, nem poderia ser esta a solução, pois, ainda que houvesse, hipoteticamente, uma lei para cada acontecimento da vida, seria imprescindível sua leitura atenta, coerente, responsável, sem consonância com o contexto sócio-histórico.

Ademais, no *decisum* em tela, há clara manifestação desta ponderação para a qual aponta Alexy (2001/2007). Neste sentido, o texto de uma determinada norma deve ser interpretado e não meramente reproduzido sem qualquer juízo de valor pelo aplicador do direito. Esta interpretação, pela teoria da argumentação de Alexy (2001), deve dar-se em conexão com o todo, expresso na figura do ordenamento jurídico, mas não apenas dele, mas também da jurisprudência, da moral, dos desejos e anseios sociais, sendo estes, além de condicionantes, condicionados pelas normas de direito. Deste modo, deve a interpretação buscar um olhar constitucional, principiológico, na medida em que são expressões do próprio desejo de proteção do direito, diante de determinados bens, considerados fundamentais, como a liberdade de expressão, a vida digna, a vedação ao racismo e qualquer discurso de ódio etc.

É preciso ter sempre em mente, ademais, que este olhar constitucional e principiológico não é possível de se concretizar em um sistema fictamente fechado, pretensamente lógico, estanque, fixo e imutável; devendo, pois, para ser justo e adequado, considerar o que Heidegger (2006), em sua obra *Aportes da filosofia acerca do evento*, chamou de *pensar inicial*, isto é:

---

<sup>36</sup> Ponderação, segundo Alexy (2001/2007), consiste em uma técnica de resolução de conflitos entre normas que cuidam de direitos fundamentais, isto é, aqueles previstos na Constituição para proteger os direitos mais básicos e importantes, capazes de propiciar uma vida digna, em liberdade e igualdade, a todos os seres humanos. Essa técnica de ponderação visa solucionar de forma justa e equilibrada o conflito entre dois direitos fundamentais, como aconteceu no caso em análise, no HC 82.424/RS, em que se discutiu a colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e a proteção fundamental contra o racismo. Neste sentido, a ponderação leva a uma decisão proporcional.

Um pensar se encontre fora deste âmbito e da determinação correspondente de verdade como certeza, que é, neste sentido, sem sistema, a-sistemático, mas não pelo arbítrio e confuso. Então, a-sistemático significa tanto como “confuso” e sistemático, só quando é medido segundo algum sistema. (HEIDDEGER, 2006, p.67)

Trata-se, portanto, de uma mudança no foco da consideração do direito como uma ciência positiva e, nesta senda, sistemática, ordenada, para a consideração deste saber como um conhecimento social, dinâmico, fático, fenomenológico e, essencialmente linguístico, visto que não há expressão social que esteja dissociada da linguagem.

Neste sentido, em resumo às ideias apresentadas, veja-se que Alexy (2001) também colacionou análises jurisprudenciais, uma das quais vale a pena ser transcrita, de forma a evidenciar que também o Tribunal Constitucional alemão endossa a voz defensiva da face interpretativa (linguística) do direito, vejamos, *in verbis*, o que nos diz o mencionado jurista alemão:

(...) o direito não é idêntico à totalidade das leis. Visto que de acordo com a lei básica (Grundgesetz) (não se exige) que os juízes meramente dêem instruções do tipo legislativo dentro dos limites dos possíveis significados literais de casos isolados. A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário<sup>37</sup> (ALEXY, 2001, p.34)

Perceberemos, mais adiante, quando da análise mais detida do HC 82.424/RS, destarte, que o julgamento do STF, sobre o qual nos debruçamos neste estudo, utiliza-se dos mesmos argumentos do trecho acima, para justificar sua interpretação ampliativa do conceito de racismo.

Neste sentido, acerca da sua ideia de ponderação de princípios, como forma um pouco mais específica de sua tese sobre a argumentação jurídica, veja-se a seguinte passagem da obra *Constitucionalismo Discursivo* de Alexy<sup>38</sup> (2007):

---

<sup>37</sup> ALEX, Robert. *Teoria da Argumetação Jurídica*. Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. São Paulo. 2001. P. 34.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007. P. 36-37.

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso, somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre a qual as decisões deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito.

No âmbito da abertura positiva do direito, não pode, conforme, conforme a definição, ser definido em virtude do direito positivo, porque se isso fosse possível, não se encontraria no âmbito da abertura. Positivistas como Kelsen e Hart são, por conseguinte, somente consequentes, quando eles dizem que o juiz, no âmbito da abertura, está autorizado, semelhantemente como um dador de leis, a decidir em virtude de critérios extrajurídicos. A pretensão de correção leva, pelo contrário, a uma interpretação não-positivista. Esta deixa-se desenvolver de dois modos: pelo argumento de princípio e pela tese do caso especial” (ALEXY, 2007, p. 36-37)

Assim sendo, tem-se que Alexy (2007) carrega de teor linguístico sua visão do fenômeno do direito, sendo, hoje, considerado um dos grandes nomes do pós-positivismo e mesmo do chamado *jus moralismo*, decorrente de sua abertura argumentativa e da abrangência que defende, nas decisões judiciais, da *ratio* do ordenamento como um todo, em relação aos anseios dos jurisdicionados, diga-se, da sociedade.

Outro grande expoente desta filosofia, no domínio do Direito, é Ronald Dworkin (2001/2007), cujos principais posicionamentos sobre o tema passamos agora a analisar.

O norte-americano, em obras como *Uma Questão de Princípios* (2001) e *O Império do Direito* (2007) possui uma análise, até certo grau, confluyente em relação àquela de Alexy (2001/2007). Importa esclarecer, portanto, que também Dworkin coloca a interpretação no centro da atividade jurídica. O seu método interpretativo, pois, parte da ideia de que não há, no direito, uma única resposta correta, conforme pregado pelos positivistas mais ortodoxos. Há, em verdade, uma infinidade de possibilidades que perpassam pela atividade interpretativa dos juízes e demais intérpretes em uma clara imprescindibilidade da interpretação como a até então defendida na atividade judicial.

Neste sentido, no entanto, a interpretação deve ser guiada não pelos desejos individuais dos magistrados, mas no sentido daquilo que Dworkin (2007) chama de integralidade dos sistemas jurídicos<sup>39</sup>, com o objetivo de superar a lógica básica do

---

<sup>39</sup> Segundo Dworkin (2007), a integralidade do sistema jurídico consiste na ideia de que tal sistema é

direito que, até hoje, ainda subsiste: a norma formalmente considerada, o sistema fechado nele mesmo e a decisão jurídica legitimada formalmente. Como resposta ao apego em relação ao formalismo excessivo do positivismo, Dworkin (2007) defende uma teoria da decisão judicial, para a qual deve contribuir um juiz-Hércules, ou seja, com poderes para decidir com justiça, equidade, visão crítica, proporcionalidade, atribuindo maior força e legitimidade democrática às suas decisões.

É possível, portanto, perceber uma importante proximidade entre a ideia de direito, defendida por Dworkin (2001/2007), com o que se falou sobre Bakhtin (1997), Heidegger (2010) e Husserl (2010), ainda que eles não tenham citado um ao outro expressamente. Dworkin (2007), pois, faz ainda uma distinção entre o Direito, conforme uma interpretação semântica, como é para o positivismo, e um conceito de Direito interpretativo, sendo este o defendido por ele. Segundo ele, as teorias semânticas pressupõem que os juízes e demais aplicadores do Direito tenham a mesma ideia e compartilhem o mesmo sentido sobre determinada norma, o que permitiria a mera subsunção do fato à norma, como peças de um quebra-cabeça.

No entanto, para Dworkin (2007), especialmente diante dos casos difíceis (*hard cases*), é preciso realizar uma atividade interpretativa e construtiva do sentido da norma, com o fito de construir um Direito adequado, justo, equitativo, democrático, em respeito tanto a valores jurídicos, principiológicos, compartilhados na comunidade, quanto à realidade fática desta comunidade.

Sendo assim, consoante igualmente explicou Tércio Sampaio (2014), em sua obra, *A Ciência do Direito*, Dworkin (2007) defende que o problema das proposições do Direito não é determinar se são verdadeiras ou falsas, segundo o método do positivismo científico, e sim de encontrar uma interpretação mais adequada, em consonância com a Moral, para os casos a serem decididos. Segundo Dworkin (2007), pois, o direito, como uma integridade, cuida de um complexo de princípios vigentes na comunidade, que, por sua vez, compõem dos textos das leis, bem como está presente na jurisprudência dos tribunais, uma vez que estas se tornam parâmetros para as próximas decisões, verificando-se um processo que tanto volta-se para o passado, quanto, construindo-se no presente, projeta-se para o futuro, garantindo-se uma proteção cada vez mais sólida e abrangente destes valores comunitários inscritos, especialmente, nas constituições, ainda que de forma não tão clara, mas que, através da atividade do juiz, tornar-se-á evidente, e não

---

composto não só de elementos formais, como as leis, mas abrange um conjunto de valores, especialmente, valores morais, opondo-se, desta forma, à problemática ideia de considerar o ordenamento jurídico completo, no que tange às leis. Trata-se das ideias de Dworkin (2007) de o Direito, assim como a comunidade, é esclarecido à luz de princípios de justiça, igualdade e equidade.

antes.

Resta saber que, em verdade, esta teoria da decisão e a metodologia construtiva de Dworkin (2007) assemelha-se àquilo que já evidenciamos quando dos estudos sobre a obra de Alexy (2001), mesmo porque este foi influenciado por aquele, no sentido de que a interpretação do Direito deve analisar os casos concretos por meio de toda a *ratio* do ordenamento e do contexto social no qual está inserido, com especial enfoque nos princípios constitucionais, que são justamente os valores comunitários considerados essenciais. Sendo assim, quando da análise mais detida do *Habeas Corpus* 82.424/RS, buscaremos compreender seu processo decisório e como os ministros dialogaram, no sentido bakhtiniano, com a realidade, seus valores, bem como com a jurisprudência, incorporando uma concepção aberta e construtivista do Direito, tendo como limite de responsabilidade, igualmente como entende Bakhtin (1997), os valores morais de igualdade, equidade e justiça, como sendo a verdade a ser buscada na decisão.

Vejamos uma interessante lição de Dworkin (2007), como forma de ilustrar aquilo que acabamos de explicar:

O princípio judiciário da integralidade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade (...)

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica, como sua fonte de inspiração<sup>40</sup> (DWORKIN, 2007, p. 271-272)

Sendo assim, percebe-se a grande influência dos mencionados pós-positivistas jurídicos na práxis do direito contemporâneo, inclusive no Brasil. A análise deste movimento, portanto, é essencial para a melhor compreensão do contexto no qual fora proferida a decisão discutida neste estudo.

#### 2.4 A REPERCUSSÃO DA HERMENÊUTICA DA FACTICIDADE E DA ARQUITETÔNICA NA FUNÇÃO INTERPRETATIVA DO STF NO HC 82424: *UMA RECONSTRUÇÃO DO DIREITO*

Siegfried Ellwanger Castan (1928-2010) fundou uma editora chamada Revisionista, através da qual publicava livros, negando a história dos judeus no Holocausto, ou seja, de conteúdo racista antisemita. No entanto, em virtude deste

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Martins Fontes. São Paulo, 2007. P. 271-272

conteúdo, Castan foi denunciado pelo grupo Movimento Popular Antirracismo, do Movimento de Justiça e Direitos Humanos, do Movimento Negro Brasileiro e do Movimento Judeu, de Porto Alegre, à Polícia local. Instaurado o Inquérito Policial, para apurar elementos sobre a materialidade e a autoria do crime e, remetidos os autos ao Ministério Público, Castan foi denunciado pela prática do crime de racismo. Absolvido na primeira instância, diante do recurso, o Tribunal condenou, por unanimidade de votos dos desembargadores, depois foi denunciado e condenado novamente. A partir de então, a defesa impetrou o *Habeas Corpus*, que chegou para julgamento ao Supremo Tribunal federal. O STF negou o HC, mantendo a condenação do editor-réu.

O conteúdo racista dos livros escritos e publicados pelo réu fica claro desde seus títulos: *Holocausto judeu ou alemão?* e *Nos bastidores da mentira do século*. E o julgamento foi baseado na classificação destas publicações como racismo, ou entendê-las como protegidas pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Importante esclarecer, *en passant*, para leitores de outras áreas, que a criminalização do racismo na Constituição Federal de 1988, como imprescritível e inafiançável, visa proteger outros direitos fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e outros.

Destarte, muitos valores considerados essenciais a um Estado Democrático de Direito estavam em conflito e, por isso, este Acórdão, passados mais de 10 (dez) anos, ainda é um dos mais importantes da Corte, com votos brilhantes e interessantes, não só do ponto de vista jurídico, mas também humanista e social.

Diante do caso concreto apresentado e, pelo fato, de inicialmente ele não parecer integrar facilmente, nem objetivamente, nenhuma categoria prévia e universal, criada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Constituinte, foi necessário investigar *o ser ocasional* do racismo. Foi imperioso observar o *ser-aí fático*, tanto através da consciência histórica, como da filosófica. Não era possível tratar o racismo como uma *objetualidade*<sup>41</sup>, isto é, retirando-lhe seu caráter de ser vivo, uma vez que é expresso pela linguagem.

Destarte, Heidegger (2012, p.42) fala das duas linhas de interpretação: a *consciência histórica*, no hoje, e a filosofia do hoje, tendo afirmado, anteriormente, na mesma obra, que “ontologicamente, o hoje supõe: o presente do agora, o impessoal, o ser e estar com os outros; ‘nosso tempo’”.

Outrossim, Heidegger (2012) aborda outra noção muito importante para a com-

---

<sup>41</sup> É a redução do ser ao ente.

preensão da ideia do presente trabalho, enquanto investigação da transcendência da atividade interpretação, para além do que o filósofo alemão chama de *falação*<sup>42</sup>. E, neste sentido, explica que:

Essa interpretação do hoje é melhor caracterizado na medida em que ela for experimentada justamente de modo não expressa, não presente; ela é um como do ser-aí, pelo qual tudo é vivenciado. Justamente porque constitui o público como tal, a *medianidade* que está ali e que qualquer um pode entender facilmente, nada do que lhe ocorre passa despercebido. A *falação* fala de tudo com uma peculiar falta de sensibilidade em relação às diferenças próprias. Enquanto é tal *medianidade*, o “mais próximo” sem perigo, o mais próximo enquanto a maior parte das vezes, o público constitui o modo de ser do “impessoal”: diz-se, ouve-se, conta-se, supõe-se, espera-se, concorda-se, que... A *falação* não pertence a ninguém, ninguém se responsabiliza pelo que foi dito de maneira impessoal (HEIDEGGER, 2012, p. 40).

(. . .)

Este “impessoal” é o “ninguém” que, como um fantasma, anda e acompanha o ser-aí fático, um como da fatalidade específica da facticidade, fatalidade à qual toda vida fática paga seu tributo.

(. . .)(HEIDEGGER, 2012, 40)

Um expoente da interpretação do hoje é, por exemplo, a *consciência de formação* de uma época, a *falação do espírito mediano e público*; hodiernamente: “espiritualidade” moderna. Isso vive de determinados modos de interpretar. Enquanto tais, destacaremos no que segue: 1) a consciência histórica (consciência cultural); 2) a consciência filosófica (HEIDEGGER, 2012, 41).

Sendo assim, diante da formação desses atos de linguagem sobre os quais ninguém se responsabiliza, uma vez que seguem anônimos através do tempo, formando uma consciência histórica (cultural) e filosófica de uma determinada época, é que se torna imprescindível lançar mão de uma hermenêutica atenta à realidade, à história e ao contexto social, bem como à repercussão de uma abertura do conceito positivo de racismo, pois sobre este há, igualmente, certa *falação*. O racismo era, pois, tratado como um assunto delicado, não só para os judeus, mas para a humanidade, que é dividida em diversos grupos de minorias

---

<sup>42</sup> *Falação*, de acordo com Heidegger (2012), é o senso comum, o caráter mediano e afirma que: “Por ora, a título de adiamento, é possível dizer a respeito que o ser-aí possui seu caráter público e sua visão. O ser-aí move-se (fenômeno fundamental) num modo determinado de falar de si mesmo, ao que chamaremos de *falação* (termo técnico). Neste falar de si mesmo está e reside o modo mediano e público pelo qual o ser-aí se toma e se conserva a si mesmo. Na *falação* está e reside uma concepção prévia determinada, que o ser-aí possui de si mesmo: o “como isto ou aquilo” Segundo o qual o ser-aí fala de si. E continua: esta interpretação mesma não é algo que se acrescenta ao ser-aí, algo que se lhe adere ou dependura de fora, mas algo a que o próprio ser-aí chega por si mesmo, do qual vive, pelo qual é vivido (um como de seu ser).

vulneráveis, estigmatizadas e segregadas pela discriminação, cujo desiderato é impedir o gozo dos direitos em igualdade com os demais.

Nesta perspectiva de abertura dos conceitos, da hermenêutica da facticidade e do ato ético responsável, quando tudo se transforma em possibilidade, em um acontecimento particular e irrepitível do ser, que, no presente trabalho é a lei e, mais precisamente, a criminalização do racismo, é importante ter em mente a finalidade do próprio Direito, como acontecimento do ser.

Tanto Bakhtin (1997), quanto Heidegger (2012), pois, consideram que os sentidos, ao invés de conceitos abstratos, fornecidos por uma metodologia prévia, legitimadora do conhecimento, só podem ser alcançados no mundo da vida, onde se encontram a unicidade do acontecimento do ser e sua responsabilidade. O sentido do crime de racismo, portanto, só poderia ser apreendido, pelo STF, na vivência, em sua realidade concreta e responsabilidade.

Em um ensaio esboçado por Bakhtin (2011), no final dos anos 1930 e começo dos anos 1940, intitulado de *Os fundamentos filosóficos das ciências humanas*, que depois de algumas traduções e complementações deste trabalho, passou a se chamar *Metodologia das ciências humanas*, o filósofo russo cuida de esclarecer o processo de conhecimento das coisas e o conhecimento do indivíduo. Neste ensaio, publicado em *Estética da criação verbal*, Bakhtin (2011) sugere que as coisas são vazias, mortas, sem substância e que só se tornam “objeto de interesse se prático”. Ato contínuo, ele segue explicando que o indivíduo é o centro do conhecimento, pois este se dá mediante as descobertas e comunicações daquele. Não é a abstração dotada de conhecimento, em si mesma, não é ela que o transmite e que o torna possível, e sim o que Bakhtin (2011) chama de “ato bilateral de conhecimento-penetração, que, para ele consiste menos na verdade e na certeza, do que na simpatia e no amor, pois estes determinam a profundidade da penetração, isto é, da apreensão do conhecimento.

Neste sentido, é que Bakhtin (1997) e Heidegger (2012) criticam a construção de leis (no sentido científico, e não no jurídico) e conceitos gerais, abstratos e universais, construídos e legitimados através de um método fixo cujo procedimento é igualmente abstrato e geral, como uma técnica. No entanto, para desvelar o sentido dos acontecimentos únicos do ser, é necessário analisá-lo em sua concretude, permitindo que ele se mostre no mundo da vida, pois este é o

conteúdo da verdade que o Direito busca para realizar justiça.

Ademais, segue Bakhtin (1997), com sua noção de *acontecimento do ser*, como *ato concreto responsável*, dizendo que ele se dá na arquitetônica do realizado no mundo da vida, a qual está, conseqüente, atravessada de valores, sendo o valor ético o guia do ato responsável. Sendo assim, não há como todas as infinitas possibilidades de atos serem compreendidas em sistemas abstratos e universais. Neste sentido, Bakhtin (1997, p.61) afirma que todos os valores da vida “encontram-se dispostos, espaço temporalmente, em todos desses momentos emocionais e volitivos do mundo do ato ético: valores científicos, estéticos, políticos, éticos, sociais, religiosos, etc”.

Destarte, pode-se entender que, mesmo que o ordenamento jurídico esteja disposto como um sistema, ele está no mundo da vida, regulando-o, e, por isso, o valor ético do ato responsável foi abstraído da responsabilidade especializada, pois, caso assim se entendesse, tratar-se-ia de uma ação meramente técnica, e não de um ato ético. É clarividente, pois, que a interpretação parte de algo já dado, de uma *trama de modalidades*, que, no presente caso, seria o conceito prévio que acompanha o ente racismo, mas que o encontro desta uniformidade, preservada pela cultura, não seria suficiente para se alcançar a verdade e, sobretudo a justiça.

Igualmente, importa na análise da construção de sentido do racismo, a noção de Heidegger (2012) sobre existenciais<sup>43</sup>. Heidegger, pois, aduz que os entes estão dispostos no mundo e podem manifestar-se de variadas formas, sendo sua essência captada pela coincidência frequente com uma gama suficientemente variada de significados, isto é, com uma essência de muitos *modos de ser*. Nesta possibilidade existencial de *modos de ser* do ser-aí (*Dasein*), é que está a abertura dos sentidos para o mundo vivido.

Diante desta abertura do ser-aí e a relação de sua essência, com uma totalidade de sentidos já existentes no mundo, é que a interpretação torna-se imprescindível para compreender o significado de mais uma forma de ser-no-mundo que se apresenta ao intérprete. Sendo assim, interpretação é construção possível da relação do ser-aí com o mundo no qual ele existe.

Assim como atualmente é negada a interpretação abstrata, geral, universalista

---

<sup>43</sup> Existência, para Heidegger, significa tradicionalmente a existência do ente em contraste com sua essência. E, segundo ele, “a única característica do *Dasein* é ser”, isto é, “existir no sentido tradicional”. Trata-se de uma atualidade, de uma potencialidade. Sendo assim, existencial aplica-se ao leque de possibilidades de abertura do *Dasein*.

e isolada do Direito, Bakhtin (1997), em *Por uma filosofia do ato* elabora uma arquitetônica concreta e real da experiência do mundo, do qual os valores não podem ser abstraídos, pois dão o tom da particularidade:

uma representação, ou uma descrição da arquitetônica valorativa do viver no mundo (experiência concreta e real), não com uma fundamentação analítica na cabeça, mas com aquele centro verdadeiramente concreto (tanto espacial quanto temporal) donde emanam valorações, avaliações, afirmações e atos reais, cujos membros constituintes são objetos reais, vinculados por meio de relações de um acontecimento concreto, na eventualidade singular do ser (BAKHTIN, 1997,67).

Nesta arquitetônica concreta real, Bakhtin (1997) dá relevância à responsabilidade ética na construção dos sentidos experienciados no mundo da realidade de fato vivida, onde o ser-aí ocasional (*Dasein*), de Heidegger (2012), manifesta-se existencialmente. Para Bakhtin (1997), tudo o que é humano está no mundo vivo, localizando-se no tempo e no espaço, inseridos em um contexto atravessado de emoções e intenções.

Diante desta concepção de Bakhtin, sobre a arquitetônica do mundo real, Faraco (2013) explica que:

Bakhtin, desde este seu primeiro texto, será um crítico contumaz do racionalismo (p.20-30), isto é, de um pensamento em que interessa o universal e jamais o singular; a lei geral e jamais o evento; o sistema e jamais o ato individual; um pensamento que contrapõe o objetivo (entendido como o único espaço da racionalidade, da compreensão lógica) ao subjetivo, ao individual, ao singular (entendido como o espaço do fortuito, do irreduzível à compreensão lógica). Incomoda-o a ideia de sistema em que não há espaço para o individual, o singular, o irrepitível, o evêntico (FARACO, 2013, p. 19-20).

O problema deste tratamento sistemático, ao qual Bakhtin (1997) opõe-se firmemente, é a descaracterização, a despersonalização e, quando isto acontece, no âmbito do Direito e, sobretudo, relativamente à interpretação dos direitos humanos<sup>44</sup>, é que estes são impedidos de se realizar em sua finalidade

---

<sup>44</sup> Acerca dos direitos humanos, concebidos inicialmente com a qualidade de universais, surge atualmente um debate sobre se este ponto de vista seria mais prejudicial do que benéfico e protetivo para os seus destinatários. A análise crítica defende uma visão de fundamentação existencial, no sentido heideggeriano, desses direitos, com vistas a torná-los realmente eficazes. Nesse sentido, o existencialismo seria, conforme defende também Bakhtin (1997), uma oposição a essa visão analítica sistemática e abstrata, voltando-se para o ser humano concreto em sua realidade de fato vivida. Nesse sentido, o direito, como ser-aí-no-mundo, numa arquitetônica da realidade, estariam em

emancipatória e garantísticas. Quando o ser é tratado abstratamente, despersonalizando-se, ele, ao invés de se relacionar com um universo inteiro de pessoas, não se relaciona com ninguém e, portanto, mesmo que garantido formalmente, não se realiza no mundo.

Sendo assim, Bakhtin (1997) sugere que, ao invés de criar uma fórmula prévia, universal e abstrata para os conceitos, a filosofia deva ocupar-se na observação dos momentos constituintes comuns dos entes, em suas diversas manifestações concretas (arquitetônica concreta), pois, para ele, uma “filosofia moral deveria ocupar-se de descrever esta arquitetura do mundo real do ético, não em forma de esquema abstrato, mas como um plano concreto do mundo do ato unitário e singular dos momentos principais de sua estruturação e de sua disposição recíproca”. Esta arquitetura do mundo concreto consiste nos momentos de verificação do eu para mim, o outro para mim e o eu para o outro. Para Bakhtin (1997, p. 61) “todos os valores da vida real e da cultura encontram-se dispostos, espaço temporalmente, em torno desses momentos emocionais e volitivos do mundo do ato ético, valores científicos, estéticos, políticos, éticos, sociais, religiosos etc” e, segundo ele, “o fundamento do ato encontra-se em comunhão com a totalidade”.

Todos esses valores mencionados, pois, são atos responsáveis e não deixam de ser simplesmente porque estão revestidos de formalidades (ato especializado). Se isso acontecesse, seriam mera ação técnica, e não um ato ético. Bakhtin (1997), no entanto, não admite que o ser humano se isente de sua responsabilidade de *ser-no-mundo*, pois *ser-no-mundo* é *ser-com-o-outro*. Sendo assim, retomando a questão do sentido e dos sujeitos, quando se separa o mundo vivido das teorias científicas, pode-se servir mais ao mal, do que ao bem, pois pode haver uma manipulação dos dados, como aconteceu com o extremo apego à legalidade na Alemanha de Hitler.

O objeto do conhecimento teórico não pode passar como se fosse tudo, por mais unificado e total que ele pretenda ser, uma vez que sempre será irrompido, de tempos em tempos, pela singularidade da realidade de fato vivida. É preciso, portanto, distanciar-se da técnica, para enxergar o outro como ele realmente é em sua particularidade. Às vezes, utiliza-se a teoria e, no caso do presente trabalho, a norma, para tentar justificar certos atos. No entanto, o conteúdo teórico não está

---

constante construção, realizada na complexa pluralidade das individualidades do homem.

dissociado da realidade, de forma que ele pode ser observado no ser concreto. Mas nem a teoria, nem a norma definem o que é o real. O conteúdo semântico é integrado a uma existência. Neste sentido, veja-se o que explica Bakhtin (1997):

Um conteúdo semântico subtraído do ato ético pode ser integrado a uma existência (1 palavra ilegível) e singular, porém, desde logo, neste caso, não se trata do Ser único no qual vivemos e morreremos, no qual transcorre nosso ato responsável, senão de uma existência que é em princípio alheia à historicidade vivente (BAKHTIN, 1997, 16)

Ademais, consoante explica Heidegger (2012), embora exista uma concepção universal sobre o ser de determinado ente, seu ser-aí não se esgota neste dado do passado, sendo uma constante possibilidade de ser-aí. Contudo, para se alcançar o sentido de uma possibilidade presente, é necessário um “demorar-se contemplando” a realidade concretamente vivida, “seguindo os vestígios” das referências passadas e do mundo (HEIDEGGER, 2012, p. 58).

O ente racismo, sobre o qual os ministros do Supremo precisaram acompanhar, seguir os vestígios, olhando atentamente para sua existência, para apreender seu sentido onto-fenomenológico. Primeiramente foi necessária, por óbvio, a leitura da norma (texto normativo), compreendendo inicialmente seu sentido a partir do “modo de ser público”<sup>45</sup> do racismo. Em seguida, os ministros precisaram considerar a realidade atual, que serviu de cenário para a manifestação do ser do racismo, sendo importante aqui atentar para o fato de os próprios intérpretes estarem igualmente inseridos nesta realidade; não havendo falar, portanto, em objetividade da decisão, pois ela é também um ser-aí e um ato responsável. Neste sentido, Spengler (apud HEIDEGGER, 2012, p. 59), referindo-se às ciências, enfatiza que:

[...] como defeito tradicional de observação e da ciência histórica o fato de que, no entanto, nunca tenham alcançado a que aspiravam: “ser objetivas”. A ciência histórica só é objetiva quando alcança “traçar uma imagem da história que não dependa mais da posição contingente do observador num ‘presente’ qualquer – o seu”. O que foi alcançado nas ciências naturais há bastante tempo – o distanciamento em relação à objetualidade, de modo que ela o expressasse todo exclusivamente por si mesma – faltava até o momento em relação ao mundo historic (SPENGLER, apud HEIDEGGER, 2012, p. 59).

---

<sup>45</sup> O modo de ser público é simplesmente o já dado, a compreensão prévia que determinados conceitos varregam pela história, que já se tornaram senso comum, medianidade, mas que não podem consistir no fim da interpretação, pois o ser-aí é a abertura para o mundo da vida, configurando-se sempre como uma potencialidade, um devir.

Ato contínuo, Heidegger (2012) trata do problema do distanciamento da interpretação da realidade do mundo, concentrando a compreensão do ser-aí apenas em relação a ele mesmo de forma isolada e aduz que:

A religião só é mal-entendida no cerne de seu ser-aí, quando a história da religião hodiernamente se permite a brincadeira barata ao delinear uma simpática tabela de tipos, ou seja, as formas de estilo da devoção. O mesmo é possível dizer da história da economia, da história da filosofia e da história do direito. As possibilidades autênticas em cada caso não chegam a ter uma existência concreta pelo fato de que as ciências históricas se coloquem, ao modo de plano de operações, diante de um sistema filosoficamente retorcido dos sistemas culturais, mas somente quando em caso dentro da ciência concreta intervém de modo decisivo o homem adequado no lugar adequado e no momento adequado (HEIDEGGER, 2012, 63).

Para os filósofos em questão, Heidegger (2012) e Bakhtin (1997), na análise do ato responsável (BAKHTIN, 1997) e do ser-aí (HEIDEGGER, 2012), é necessário observar como se dá a manifestação e a compreensão do ato e do ser-aí no mundo singular e vivido concretamente, a partir de uma tonalidade emotiva, afetiva e volitiva. Segundo Bakhtin (1997), nossa existência no mundo não se desenvolve simplesmente por meio de conceitos abstratos, isto é, não está presa ou enquadrada em nenhum conteúdo semântico que limite ou isente essa existência de sua responsabilidade de ser. Nossa participação no ser, no mundo, pois, é responsável, tratando-se de um dever, um comprometimento, de forma que nossa existência é singular e cada manifestação nossa parte de um pensamento impregnado de emoção, sentimento e desejo, que são exclusivamente nossos.

Nesta senda, Bakhtin (1997, p. 64) afirma que a nossa participação no mundo e no acontecimento do ser “cria uma gravidade real do tempo e um valor palpável e manifesto do espaço no mundo, convertendo-o num todo único e singular, real e responsabilmente vivenciado”. Ainda, consoante Bakhtin (1997, p. 64-65), caso nos isentássemos dessa responsabilidade participativa, ao invés da arquitetônica concreta, haveria uma unidade sistemática abstrata e geral, vazia de qualquer valor de ordem, além de restar deslocado espaço-temporalmente.

Esta noção de sentido eternamente válido axiologicamente não é possível, senão o raciocínio e o pensamento ativo seriam desnecessários. Ainda segundo Bakhtin (1997), o sentido eterno seria o que já é dado na realidade, sendo o

princípio do pensamento ativo. No presente estudo, o sentido eterno de racismo seria apenas a força motriz da análise do ato responsável do editor réu. Assim como também cada ministro do STF realizaria um ato responsável no julgamento do *habeas corpus* ora em foco, uma vez que o conteúdo técnico do conceito abstrato e já dado, no mundo, não é suficiente, sendo necessário ainda realizar um pensamento ativo sobre o sentido eternamente dado, pensamento este axiologicamente realizado e centrado na singularidade daquela única realidade de fato vivida.

Em relação ao sentido, para Heidegger (2012), *Dasein* (ser-no-mundo) já carrega uma totalidade de significados prévios, além de uma carga afetiva que já se constituiria numa pré-compreensão. A relação de ser e mundo, todavia, no mesmo sentido do que sugeria Bakhtin (1997), deve dar-se pela compreensão, interpretação, discurso e tonalidade afetiva. O conceito de racismo, pois, está se manifestando, no mundo, incessantemente, de modo que sua compreensão é afetiva e, portanto, aberta. Essa abertura do ser, no mundo, é chamada, por Heidegger (2012), de *facticidade da existência*.

Neste sentido, o que faz o pensamento entrar em ação é justamente a mudança, a alteração de contexto e, em última análise, o julgador vai buscar o sentido do ser na vida, e não na teoria, na abstração. O início do pensamento dá-se com a presença, ou seja, com os significados que já estão dados, somados à tonalidade emocional volitiva (BAKHTIN, 1997), ou a situação afetiva (HEIDEGGER, 2012).

Destarte, é necessária a abertura do sistema, dos conceitos e, conseqüentemente, do Direito, para que ele seja considerado ontologicamente no acontecimento do ser, na pluralidade e, ao mesmo tempo, particularidade de cada evento no mundo. Neste sentido, Heidegger (2012) explica que:

Nossa tarefa é colocar à vista o ser-aí fático compreendendo seus caracteres ontológicos. Assim, fica delineado o *andamento seguinte da análise hermenêutica*. Trata-se de colocar categorialmente manifesto o fenômeno fundamental da *curiosidade*:

- 1) Enquanto algo assim como uma espécie de *mobilidade* do próprio ser-aí, isto é, trata-se de explicar, de destacar mediante uma análise demonstrativa concreta em que sentido o ser-aí é algo assim como mobilidade, e essa mobilidade, um como da temporalidade, da faticidade. O significado deste termo deve ser extraído de um estado de coisas que deve ser visto originariamente.
- 2) A curiosidade enquanto mobilidade, de tal modo que nela o ser-

aí - que “é” ela - se “tenha” a si mesmo aí; assim, uma estrutura categorial fundamental do fenômeno ontológico-vital do ser-aí, que é ser- ou estar-aí, no como do ter-se-aí. Com isso, manifesta-se, por sua vez, a estrutura ontológica do fenômeno da interpretação, isto é, p que a princípio propúnhamos apenas à maneira de tese, obtém agora a possibilidade de demonstração fenomenal; as características das interpretação desvelam-se como categorias do ser-aí enquanto tal, quer dizer, enquanto existenciais.  
(...) (HEIDEGGER, 2012, p. 71).

É neste sentido que deve se dar a interpretação do Direito, uma vez que ele não é um objeto apreensível imediatamente e genericamente através da sua existência codificada e abstrata; ao contrário, a interpretação está no mundo vivido e se dirige a pessoas concretas, devendo, portanto, levar em conta suas particularidades. Assim sendo, para Heidegger (2012), o ser-no-mundo é existencial, de modo que essa existência é muito mais um significado, em relação a uma totalidade de outros significados, do que de um ente em relação a todos os outros entes. É neste sentido que o Direito, no presente estudo, é tratado como linguagem, pois, mais do que o texto normativo e a lei formal, importa seu sentido, e este apenas é desvelado na interação com as demais construções de sentido, em sua totalidade, vivenciadas na realidade.

O ser-aí (*Dasein*) é um vir-a-ser constante, sempre mutável, flexível e aberto à existência. O conhecimento, portanto, do significado, depende exclusivamente do contato alheio com o fenômeno de investigação e não se dá prontamente, de imediato, pois nunca está acabado, só podendo ser desvelado a partir da compreensão da manifestação no *ser-no-mundo* em sua particularidade e unicidade, considerando igualmente a noção do conjunto de coisas já descobertas, o *já dado* do passado. Estas coisas já descobertas já possuem uma pré-compreensão originária que deve articular-se com a abertura do *ser-no-mundo*, em sua infinita possibilidade existencial. Quanto à relação entre as compreensões prévias e o ser-aí no mundo, em sua unicidade e possibilidade de vir a ser, tem-se a atividade interpretativa para realizar esta articulação, a qual Heidegger (2010) denominou de *Círculo Hermenêutico*, uma vez que a forma de compreensão é circular. Há, portanto, uma totalidade de significados, o ser-aí e o mundo no qual a existência manifesta-se, e a interpretação circular, cuidam de relacionar os significados já constituídos com as possibilidades de ser do ser-aí.

Outrossim, quando Heidegger (2012) começa a tratar da interpretação do ser-aí na filosofia, de início, ele já explica que não há método pronto e

incontestável, como um caminho meramente formal para bem interpretar. Segundo o filósofo alemão, “qualquer tentativa de preparar um alicerce para tal análise, contudo, não conduz a nada”, (HEIDEGGER, 2012, p.65), explicando ainda que:

O ponto de partida dessa *classificação de algo em algo* é tomado do temporal mesmo, a partir do concreto. Com isso os filósofos da atualidade creem proceder melhor que Hegel. Contudo, das coisas concretas de que falava, Hegel possuía uma representação mais concreta que todos os filósofos construtores de sistemas posteriores a ele.

Assim, parte-se do concreto, da natureza e da cultura, ou apenas desta, uma vez que a natureza é finalmente objetualidade da ciência natural, e ela mesma é um bem cultural, um elemento do sistema cultural da “ciência” (HEIDEGGER, 2012, 65).

Importante passagem da obra de Heidegger (2012) é aquela em que ele, ao tratar da ordenação e do que ele chama de tipificação<sup>46</sup>, afirmando que, embora não se exclua esta atividade da interpretação filosófica, ela não é fim desta última, tanto no sentido de término da atividade, quanto no sentido de finalidade. Segundo o mencionado filósofo, a atividade filosófica não pode ficar parada nesta passagem tipificadora, uma vez que este enquadramento permanece sempre indeterminado. Neste sentido, Heidegger (2012) vai além e questiona se esta *acomodação classificatória* e realiza-se diante do que ele chama de já previamente ordenado e rígido, ou se, à medida que vai se classificando o objeto, é que *o todo ordenado* vai se formando, por meio de uma *autoconfiguração*.

Destarte, transportando este pensamento para o presente estudo, que visa a investigar o processo decisório do HC 82424, em que se debatia se a conduta do editor-réu poderia ser classificada, tipificada como racismo, observa-se o desenvolvimento da questão trazida por Heidegger. O ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de uma classificação do crime de racismo. Entretanto este sistema, previamente disposto, e a mera subsunção da conduta em foco como

---

<sup>46</sup> Segundo Heidegger (2012), existe um processo de compreensão, que não se trata de um método fixo, como o do positivismo. Esse processo de análise do fenômeno é dividido em etapas e a noção de tipificação está incluída nesse processo. A preocupação é com a análise qualitativa da existência. Sendo a tipificação uma das premissas dessa análise qualitativa, importa esclarecer que não se trata de um mero distanciamento do intérprete em relação à realidade, com o objetivo de criar sistemas abstratos e formais de classificação e ordenação das coisas no mundo, independentemente da posição espaço-temporal dos sujeitos e a manifestação única do ser, o que é objeto de crítica do filósofo alemão. A tipificação é um exercício muito mais profundo, localizado no tempo e espaço, devendo, o intérprete, preocupar-se em não concluir sua atividade de forma apressada e preconceituosa, embora Heidegger (2012) deixe claro que não se interpreta o fenômeno no vácuo, com isenção ideológica. Por isso, deve-se, para tipificar, organizar os dados a serem observados, de forma a localizá-lo em uma ordem de classificações, que permitirão uma melhor compreensão do fenômeno, despiando-o das contaminações externas a ele mesmo, embora nada possa ser desprezado nesse “demora-se olhando concretamente a rede de referências”.

racismo, não era o fim da decisão, pois esta atividade simplista não era o suficiente, sendo necessário ter em mente o processo de construção da própria sistematização. Sendo assim, foi de grande importância realizar uma atividade filosófica do hoje, para concluir a interpretação, de modo que o processo restasse sempre aberto.

Neste sentido, Heidegger (2012) explica que:

Naturalmente, este sistema móvel que possui caráter de processo é algo “muito mais profundo” que o sistema rígido, mais objetivo. De fato, no sistema enquanto processo manifesta-se de modo ainda mais claro o caráter de realização da atitude cognoscitiva. O em que ou para onde da própria classificação, enquanto sistemática universal, deve colocar-se e manter-se em movimento; este fica parado num passo concreto, observando se seria equivalente ao ingênuo “conhecimento empírico”, um crime contra o espírito do santo conhecimento! (HEIDEGGER, 2012, 67).

Dando continuidade a esta questão, Heidegger (2012) apresenta sua conclusão sobre os três passos do procedimento classificatório universal, para formação do todo sistemático, que consistem na *atitude inicial de objetualizar* toda a multiplicidade da cultura, categorizando-a, ordenando-a, disponibilizando-a como um todo apreensível e racionalmente dominável, passando em seguida para a *acomodação da multiplicidade* da classificação anterior; e, finalmente, como terceiro fator condicionante, que é a configuração da própria rede de classificação. É possível, portanto, ter um sistema de classificação disponível, para tornar possível a ordenação e organização do mundo em categorias, mesmo que isso sempre seja irrompido pela realidade e que seja sempre necessário este trabalho de interpretação do hoje.

Quando se fala aqui em Direito, direitos humanos, lei e racismo, está se referindo a uma manifestação da linguagem, um enunciado e, portanto, um ato singular, situado na arquitetura do mundo, sendo impossível de subtraí-lo de sua dimensão axiológica e sociológica. E, segundo Bakhtin (1997), a compreensão somente é possível através da participação ativa do eu, individualmente considerado, na assunção da responsabilidade por seu ato ético e valorativo, alcançando a *pravda*, isto é, a verdade como justiça, numa reconciliação do mundo da cultura, isto é, do conhecimento teórico, e o mundo da vida, concreto e real (BAKHTIN, 1997).

O ente, neste sentido, é sempre um ponto de partida pré-concebido, que existe no mundo para que, através da interpretação, lhe seja atribuído um sentido. Do ente, passando pela hermenêutica, constrói-se o ser, em sua abertura da vida, do mundo, para se construir na vivência, sendo um conceito mutável, não estanque e infinito nas

possibilidades de cada evento.

Inserido nesta realidade da vida, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição Federal, através da hermenêutica de integração de sentido da facticidade, deve buscar desvelar o ente – o Direito –, construindo o ser no caso concreto que se lhe apresenta. Não é, pois, suficiente, aplicar o Direito à realidade concreta vivida, sem respeitá-la; na verdade, é até um paradoxo em si mesmo. A questão a ser resolvida pelo Supremo consiste em decidir, adequadamente em relação ao hoje, direcionando o ente ao ser-aí, numa arquitetônica real, e não abstrata, alheia à realidade e que, conseqüentemente, inútil do ponto de vista da justiça.

Neste sentido, o STF – na decisão sobre o racismo antissemita –, deveria interpretar o racismo (o ente, a lei), diante do evento que seria julgado, ou seja, a publicação de livros com conteúdo racistas contra os judeus, e não o racismo formalmente previsto. Tratava-se de torná-lo vivo naquela situação vivida; não poderia, pois, o Supremo simplesmente realizar seu mister formal e abstratamente, sem contexto nem responsabilidade. Nas palavras de Heidegger (2012):

Uma determinação da ocasionalidade é o hoje, o estar ou demorar-se sempre já no presente, apropriar-se sempre já dele. (Ser-aí na medida em que é histórico, seu presente. Ser em um mundo, se vivido pelo mundo; a cotidianidade presente). [...] Assim, o decisivo é tomar o hoje no estabelecimento da análise de maneira tal que se torne visível algo assim como um *caráter ontológico*. Pois é este caráter ontológico que deve ser esclarecido e, para isso, é necessário transpor o domínio fenomenal da facticidade. Pois somente então será possível colocar a questão óbvia se, pelo caráter ontológico assumido, no ponto de partida da análise, acertou-se o “hoje” ou não (HEIDEGGER, 2012, p. 38-39).

Portanto, na linha de pensamento de Bakhtin (1997) e para Heidegger (2012), a atividade decisória do STF deve-se pautar inicialmente no ente, considerado abstratamente, com o fito de ampliá-lo, irrompendo na realidade, no ser existencial, realizando seu compromisso com a justiça em sua historicidade singular, ou seja, na construção do ser, diante a ocasionalidade. Isto significa que, embora exista um texto jurídico dado, posto em um ordenamento jurídico, enquanto texto ele tem apenas uma possibilidade de ser, que através da hermenêutica, será interpretado, no encontro do ente, do texto, do racismo, com o ser, em seu acontecimento único e irrepetível.

O guia desta *hermenêutica da facticidade* é a ética, segundo entende Bakhtin (1997), pois não é suficiente verificar se o *acontecimento do ser*, único, enquadra-se nos moldes do texto de uma norma genérica e abstrata. Faz-se necessário um trabalho interpretativo, ético, de cuidado com a repercussão da

decisão na sociedade, considerando seus valores essenciais e respondendo a eles através da decisão.

Nesta toada, em sua obra *Por uma filosofia do ato ético*, Bakhtin (1997) traz noções que podem ser visualizados em toda decisão jurídica, como o *ato responsável* dividido em *responsabilidade especializada* e *responsabilidade moral*, como dois aspectos que devem estar presentes no ato, compondo-o de forma unitária a bilateralidade do ato ético. Enquanto a responsabilidade especializada consiste nas leis, a responsabilidade moral coincide com a proteção que se dá aos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, por meio, sobretudo, da atividade exercida pelos intérpretes do Direito, que, no presente caso é o STF.

## 2.5 DA IMPORTÂNCIA DA CONCEPÇÃO DE TEXTO E GÊNERO PARA A COMPREENSÃO DO ACÓRDÃO

Os conceitos de texto e gênero para a compreensão da dimensão do Acórdão, como evento dialógico, no qual diversas vozes, além das onzes de cada ministro que compõem o pleno, interferem no discurso. Desta forma, os textos são conteúdo dos gêneros, que consiste na forma que determina o texto.

Segundo entende Bakhtin, toda atividade humana se manifesta através da linguagem, sendo que cada situação contextualizada espaço temporalmente demanda uma forma (gênero), que comunica inicialmente do que se trata o seu conteúdo (texto), ou, pelo menos, o que se pode esperar dele. No presente caso, o gênero é o acórdão da Suprema Corte e o texto é o conteúdo da decisão. Destarte, prontamente, quando o interlocutor se depara com este gênero já inicia sua compreensão, tendo em vista que tem alguma noção das possibilidades de enunciados que poderiam advir deste gênero.

Em *Estética da Criação Verbal*, Bakhtin (2003, p. 261), neste sentido, defende que:

O emprego da língua efetua-se em forma de enunciados (orais e escritos) concretos e únicos, proferidos pelos integrantes desse ou daquele campo da atividade humana. Esses enunciados refletem as condições específicas e as finalidades de cada referido campo não só por seu conteúdo temático e pelo estilo da linguagem, ou seja, pela seleção dos recursos lexicais, fraseológicos e gramaticais da língua, mas acima de tudo, por sua construção composicional. Todos esses três elementos – o conteúdo temático, o estilo, a construção

composicional- estão indissoluvelmente ligados no todo do enunciado e são igualmente determinados pela especificidade de um determinado campo da comunicação. Evidentemente, cada enunciado particular é individual, mas cada campo de utilização da língua elabora seus tipos relativamente estáveis de enunciados, os quais denominamos *gêneros do discurso* (BAKHTIN, 2003, 261).

Outrossim, consoante se depreende do trecho acima, assim como o meio através do qual os enunciados são expostos, isto é, o gênero, os sujeitos da linguagem, enquanto situados em determinado segmento da atividade humana, já sinalizam a direção da compreensão do sentido. Igualmente, os componentes do gênero, como o seu estilo de linguagem, regras, construção, estão compreendidos entres os vetores da atividade interpretativa. Os gêneros discursivos, portanto, conferem certa estabilidade aos enunciados que transmitem, sendo estes, por sua vez, únicos e irrepetíveis.

O presente gênero estudado é específico de um campo da atividade humana o Direito, cujo conteúdo é a já mencionada decisão que nega o mandado de habeas corpus ao réu que publicava livros contra os judeus. Através desta decisão, restou abrangido o conceito de racismo, para incriminar o preconceito contra os judeus; antes desta decisão histórica, pois, entendia-se que o racismo estaria restrito ao preconceito apenas contra negros, ou outro, desde que envolvesse a diferença genérica ou biológica, o que não existe.

O gênero do acórdão, portanto, já sinaliza para uma grande possibilidade do que poderá tratar o texto, que só poderia ser para reconhecer o crime de racismo ou não. No entanto, é preciso atentar para o que Bakhtin<sup>47</sup> fala sobre gêneros discursivos primários, que seriam os mais simples, e os secundários, estes mais complexos, como seria o caso da decisão do ora analisado acórdão, uma vez que, segundo o filósofo, os gêneros mais complexos incorporam os simples, transformando-os, pois nascem em situações mais complexas, mais desenvolvidas na sociedade, que requerem um gênero que dê conta de transmitir a mensagem que se deseja, de forma razoável, adequada e, conseqüentemente, legítima.

Por adequada, entende-se o gênero que traga um conteúdo compatível com a necessidade da situação, com sua complexidade, que fundamente o determinado ato de forma suficiente. Não se poderia, pois, negar o habeas corpus, medida que garante o direito fundamental à liberdade, um dos mais importantes do ser humano, se não fosse através de um gênero complexo, que tratasse cuidadosamente da situação extrema do racismo. O ordenamento jurídico brasileiro, pois, trata o racismo

---

<sup>47</sup> BAKHTIN, Estética da criação verbal. P. 263.

como um crime imprescritível e inafiançável, isto é, o Estado, mesmo passados vinte, trinta, ou cinquenta anos, não importa o tempo, vai sempre poder punir o acusado, pois nunca perderá o interesse em rechaçar esta conduta, o que não acontece com o homicídio. Sendo assim, não seria proporcional a utilização de um gênero simples, que não fundamentasse suficientemente a decisão do Supremo de considerar a prática do réu racista.

Desta forma, além de decidir com base apenas nas leis, na constituição, os ministros do Supremo, que proferiram o Acórdão, realizaram uma análise histórica do problema do racismo não só no Brasil, mas considerando-o uma tendência temporal geograficamente generalizada. Outrossim, se basearam num estudo semântico, histórico, teleológico do racismo e da sua criminalização. Consoante ensina Bakhtin:

(...) todo falante é por si mesmo um respondente em maior ou menor grau: porque ele não é o primeiro falante, o primeiro a ter violado o eterno silêncio do universo, e pressupõe não só a existência do sistema da língua que usa mas também de alguns enunciados antecedentes - dos seus e alheios - com os quais o seu enunciado entra nessas ou naquelas relações (baseia-se neles, polemiza com eles, simplesmente os pressupõe já conhecidos do ouvinte). Cada enunciado é um elo na corrente complexamente organizada de outros enunciados (BAKHTIN, 2003, 272).

Sendo assim, embora algumas vozes contrárias sejam levantadas em relação à abertura do direito às considerações acerca da linguagem, das particularidades do caso concreto e dos valores morais, ao argumento de que isto comprometeria a segurança jurídica, cujo fundamento é o método positivo e sua pretensão de universalidade e generalidade, é preciso reconhecer que, quando um discurso é elaborado, embora seja único, ele não é uma completa surpresa. Não se pode considerar um enunciado como imprevisível, ou completamente inovador, especialmente na ordem jurídica. Ao contrário, seguindo uma tendência, tratando-se de uma interação verbal, presente uma consciência histórica, bem como a atividade ativa e responsiva do destinatário, não há falar em insegurança, como uma ameaça à estabilidade que se pretende com o direito.

Neste sentido, como, num mesmo discurso, diversos outros interferem, numa troca de influência para acomodação das diversas vozes sociais, com mais seria num Acórdão sobre o racismo, num país miscigenado, multicultural, plural, como o Brasil, sobretudo quando proferido por onze ministros. O gênero acórdão, portanto, é deveras complexo, formado por uma cadeia discursiva, de outros gêneros e texto que se entrelaçam, misturando onze posições ativas.

## 2.6 DAS RESPONSABILIDADES EM BAKHTIN: *ESPECIALIZADA E MORA (ÉTICA)*

Relativamente ao conceito de ato responsável desenvolvido por Bakhtin (1997), em *Por uma filosofia do ato*, estão ligados os conceitos de responsabilidade especializada e responsabilidade moral, como dois aspectos que devem estar presentes no ato, compondo a bilateralidade unitária do ato ético. Aplicando os mencionados conceitos do filósofo russo ao presente trabalho, verifica-se a responsabilidade especializada através das leis, enquanto que a responsabilidade moral coincide com a proteção que se dá aos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, por meio, sobretudo, da atividade exercida pelos intérpretes do Direito.

No presente estudo, a lei seria o que Bakhtin (1997) chama de produto teórico, traduzindo-se em uma estrutura formal e objetiva, localizada no mundo da cultura, oposta ao mundo da vida. Esta unidade objetiva é repetível, estável, imutável; que, no entanto, é constantemente posta em questão diante da unicidade irrepitível do mundo da vida, quando são opostos o pensamento e a razão (BAKHTIN, 1997, p. 8). Todavia, não se pode negar a importância da teoria; o ato ético, pois, concebido como um pensamento, leva em consideração o momento da cultura, a importância teórica, sendo este um dos momentos constituintes do ato ético. Este momento inicial não é tudo, nem é suficiente, devendo ser observada a totalidade, isto é, por inteiro, com todas as suas circunstâncias, como faz o Jano Bifronte em Bakhtin (1997).

Neste sentido, existe, pois, uma responsabilidade moral, ética, de proteger o Direito, em sua essência, no dever ser, que é alcançada pelo pensamento da totalidade, e não apenas pela consideração da teoria, cujo acesso se dá pela razão. Se assim não fosse, se não existisse esta responsabilidade moral, o STF poderia ter aceitado a tese da defesa, de cunho formalista, que alegava que, porque não existe raça no sentido genético, o crime seria impossível de se consumir, o que seria apenas uma responsabilidade especializada, destituída de ética, senão, eis o que explica Bakhtin (1997, p. 8):

para poder projetar-se fazia ambos aspectos – em seu sentido e em seu ser –, o ato deve encontrar um plano unitário, adquirindo a unidade da responsabilidade bilateral tanto em seu conteúdo (responsabilidade especializada) como em seu ser (responsabilidade moral), de modo que a responsabilidade especializada deve aparecer como momento adjunto da responsabilidade moral única e unitária. É a única maneira

como poderia ser superada a incompatibilidade e a impermeabilidade recíproca viciosa entre a cultura e a vida (BAKHTIN, 1997, 8).

Para Bakhtin (1997), há uma distinção entre dever ser do pensamento e dever ser da razão. Consoante o filósofo russo, apenas o pensamento pode abarcar a totalidade do acontecimento/evento, estando este pensamento precisamente contextualizado, de acordo com determinadas condições de historicidade concreta. “O momento da verdade teórica é necessário” (BAKHTIN, 1997, p. 10), como uma das etapas do pensamento, não é suficiente, pois comporta um caráter meramente técnico, formal, sem relação entre a vida e a cultura (BAKHTIN, 1997, p. 10).

Outrossim, acerca da verdade, Bakhtin (1997) não a define como produto da razão e, conseqüentemente, de um dever ser teórico especial, mas como fruto do pensamento, ou seja, o dever ser surgiria apenas a partir de um ato cognitivo autêntico, que se dá em um momento historicamente único, sendo este um ato ético responsável, “imputável no contexto único da vida única e real do sujeito” (BAKHTIN, 1997, p. 10). Seguindo este raciocínio, Bakhtin (1997) defende que:

Em geral, nenhuma definição teórica, ou um postulado, podem incluir em si o momento do dever ser, nem ser deduzidos a partir deles. Não existe um dever ser estético, científico, nem um dever ser ético, senão existem a estética, a teoria, socialmente significativas, e o dever ser, para o qual todas essas significações são de caráter técnico, aos quais se pode agregar. Estes postulados adquirem sua significação na unidade estética, científica e sociológica; o dever ser, na unidade da minha singular e responsável vida. (BAKHTIN, 1997, 11)

O conteúdo jurídico, portanto, positivado em um ordenamento (sistema) fechado, abstrato e universal, de normas; seria, portanto, uma orientação formal, dogmática, sem penetração no acontecimento vivido, sendo mero conceito lógico-normativo. O direito, contudo, não se resume a este sistema lógico, que, por sua vez, consiste apenas em uma das etapas do juízo sobre o dever ser, demandando, por isso mesmo, uma atividade de interpretação eticamente responsável, a fim de se alcançar a verdade em sua totalidade, e não um recorte desta.

O Supremo Tribunal, pois, acima do formalismo com que se defendia o réu, busca a justiça. Se a Suprema Corte julgasse apenas com base na cognição teórica, ou seja, no que está escrito na lei restritivamente, estaria excluída realidade de fato vivida, restando endossada pelo Supremo - órgão da justiça - uma gritante injustiça.

Consoante Bakhtin (1997), o dever ser tem natureza ética, e não meramente teórica, afirmando ainda que o ato responsável não pode ser encontrado no conteúdo teórico e, conseqüentemente, em relação ao presente trabalho, na lei,

porque, neste caso, ela é uma abstração, e não um fato vivido. A lei não consegue dar conta de todas as situações, devendo, o intérprete, verificar se determinado caso particular corresponde ao dever ser objetivado pela lei.

Segundo sugere Bakhtin (1997), em *Por uma filosofia do ato*, o objeto do conhecimento teórico, que, no presente trabalho é representado pela lei, não pode pretender ser suficiente em todas as situações, uma vez que é geral e abstrata, com configuração unificada e total. Contudo, em diversas situações, como esta do HC 82424 RS, a lei é irrompida pela singularidade. Sendo assim, diante dos fatores extralinguísticos mencionados e das vozes sociais sobre preconceito, foi necessário se distanciar da técnica e do formalismo, para julgar como realmente o fato da publicação dos livros se deu, em sua particularidade realmente vivida e se este fato, de acordo com o contexto social, histórico e ideológico do momento julgamento, estaria em consonância com o dever ser pretendido pela norma.

Como pressuposto do ato responsável, está a participação do *eu* no ato, como acontecimento vivido, do qual não pode se escusar (não álibi do ser). O pensamento, pois, em sua totalidade, é a instância responsável pela reunião do conteúdo semântico do teórico, com a historicidade singular e eventual, que deverá ser abarcada para se encontrar o sentido completo da verdade. Sendo assim, quando da assunção desta responsabilidade, o *eu* posiciona-se axiologicamente, através de sua tonalidade afetiva, contribuindo para a construção de sentido (BAKHTIN, 1997, p. 16-17).

A tonalidade afetiva e emocional, que são expressões do sujeito eticamente responsável, só podem ser observadas no mundo da vida, através da linguagem, da interação verbal, quando a construção de sentido é realizada de forma participativa e ativa, considerando - igualmente - o conjunto de vozes sociais heterogêneas subjacentes. A representação de um acontecimento, como um texto, não é o evento, a verdade (totalidade), por isso pode ser discutida, negada, valorada, enfim.

A ressignificação de um acontecimento através de um texto não pode ser vista, com ingenuidade, ou intenção de mascarar, como uma atividade alheia à realidade e isenta de tonalidade emocional e afetiva. Esta tonalidade é consciente, responsabilmente ativa e carrega uma certa significação moral, da qual o sujeito não pode se eximir de assumir, consoante o que Bakhtin (1997) chama de não-álibi da existência. A mencionada tonalidade, enquanto elemento da linguagem, deve ser observada tanto nas edições publicadas pelo réu-editor, quanto na construção da decisão ora em análise do STF, conforme veremos a seguir.

Outrossim, relativamente às responsabilidades pensadas por Bakhtin

(1997), são importantes os conceitos de *pravda* e *istina*, para a compreensão do que se entende por verdade.

Sendo assim, a *istina*, conforme o filósofo russo explica, em *Por uma Filosofia do Ato*, é uma verdade fruto de uma abstração lógico-formal, afirmando que:

Triste mal-entendido, herança do racionalismo, o fato de que a verdade (*pravda*) só pode ser uma verdade universal (*istina*) quando composta de momentos gerais; o fato de que a verdade de uma situação consista justamente no que nela se encontra de repetível e permanente, de tal modo que o geral e o idêntico o seja por princípio (logicamente idêntico), enquanto que uma verdade individual se considere artisticamente irresponsável (BAKHTIN, 1997, P. 45).

Bakhtin (1997), portanto, chama de triste mal-entendido o fato de se acreditar que a *istina* seja uma verdade responsabilmente considerada porque fruto da razão abstrata e universal. Sendo assim, a esta verdade formal, Bakhtin (1997) opõe a verdade real e concreta, a verdade como justiça: *pravda*. No presente estudo, a tentativa de restringir o conceito de racismo, através da racionalização, foi um “triste mal-entendido”, pois defendeu-se, como herdeiro do racionalismo, a *istina*, buscando o que havia de permanente no conceito de racismo, afastando este evento único, da realidade viva.

### 3 CAMINHOS METODOLÓGICOS: O CAMINHO SE FAZ CAMINHANDO

Primeiramente, é preciso alertar que, no presente trabalho, nos empenhamos em não nos prendermos a um método tradicional, excessivamente formal, que não nos permitisse lançar olhares livres de qualquer coordenação previamente imposta. A intenção foi poder investigar a totalidade da realidade e a corência da decisão com esta. Assim como Bakhtin (1997) e Heidegger (2012) foram os filósofos que fundamentaram este estudo, eles também nos ajudaram no caminho a ser seguido. Heidegger (2012), neste sentido, explica a fenomenologia como uma possibilidade, “um como da pesquisa” (HEIDEGGER, 2012, p. 82):

*Se considerada a partir de sua possibilidade, a fenomenologia não deve ser tomada ou entendida como algo que é manifesto ou evidente. Uma possibilidade possui um modo próprio de ser assumida e verificada, isto é, não se tropeça com ela na rotina mecânica, nem possui caráter temático. Pois assumir uma possibilidade significa: assumi-la e configurá-la em seu ser, isto é, o que há nela de possibilidades previamente delineadas. Fenomenologia é, portanto, um peculiar como da pesquisa. As objetivações chegam a determinar-se tal como elas mesmas se dão. A investigação prende-se com a atualização do assunto. Com isso, propõe-se um caminho que a hermenêutica da facticidade procura seguir. (HEIDEGGER, 2012, P. 82)*

Sendo assim, os passos que demos nesta caminhada fenomenológica e dialógica começou pela escolha da decisão do Supremo Tribunal a ser analisada e, em seguida, começamos a leitura da bibliografia. A partir de então, começaram as pesquisas sobre a decisão, de modo que já começássemos sua leitura com certa intimidade. Ao mesmo tempo, foram lidos os filósofos e suas obras aqui mencionadas, bem como os demais pensadores e teóricos, igualmente constantes da fundamentação teórica.

Importante também, neste caminho, é o que Heidegger (2012) chama de liberdade de perspectiva:

*Liberdade de perspectiva, se esta expressão deve significar algo, não é outra coisa que não a explícita apropriação da posição do olhar. Esta posição é ela mesma algo histórico, ou seja, inseparável o ser-aí (a responsabilidade com que o ser-aí está consigo mesmo, responde por si mesmo), ninguém é em si quimérico, fora do tempo (HEIDEGGER, 2012, p. 89).*

A partir desta liberdade de perspectiva, à medida que se caminhava no presente estudo algo novo se revelava, fosse na leitura dos textos teóricos, ou na

leitura da própria decisão. O nosso maior desejo foi alcançar a maturidade necessária para compreender todos os detalhes que tornaram esta decisão possível, olhando-a criticamente, e não escondidos atrás de um método ao qual se delega a responsabilidade do resultado alcançado.

Assim como ninguém é quimérico ou fora do tempo (HEIDEGGER, 2012), de forma que o sujeito e o objeto se fundem nesta relação construída na interpretação, Bakhtin (1997), aproximando-se desta ideia, também defende que:

Se eu me abstraio deste centro de irradiação da minha participação única no ser, não só em seus aspectos de um determinado conteúdo (espaço-temporal, etc), senão também da afirmação emocional e volitiva real da minha participação, a singularidade concreta e a realidade obrigatória do mundo se desintegram inevitavelmente em momentos e relações abstratas e gerais, somente possíveis, podendo ser reduzidas a uma unidade similar: apenas possível, abstrata e geral. A arquitetônica concreta do mundo vivenciado será substituída por uma unidade sistemática que dos momentos abstratos e gerais, sem valor espaço-temporal ou axiológico (BAKHTIN, 1997, p. 64).

Nesta senda, o presente estudo começou com esta preocupação de um interpretação ativa e responsável, atenta à realidade do mundo e à singularidade concreta do evento estudado, considerando-se igualmente a tonalidade emocional e volitiva do pesquisador e sua localização espaço-temporal.

### 3.1 SOBRE OS TEXTOS ANALISADOS

O presente estudo consistiu-se na análise dos textos constantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS, incluindo as manifestações de cada ministro e suas razões; além desta decisão, constituíram-se também como fenômeno de nosso estudo, as normas do Direito que foram cotejadas e bem como os textos acerca das motivações que as fizeram ser consideradas, com o desiderato de descortinar os valores sociais influentes no discurso jurídico final, materializado na decisão e na conclusão do STF sobre a qual seria a verdade, como justiça, da abrangência do conceito de racismo.

Nesta esteira de pensamento, relativamente à atividade responsiva do STF, esta consiste na elaboração da decisão a partir da interação-reação dos atores discursivos e na interpretação ativa-responsiva, considerando fatores extralinguísticos

que condicionam o discurso. Destarte, está em análise o processo discursivo do STF, cuja base é a lei – produto teórico – que, através do ato responsável dos ministros diante da realidade de fato vivida – o caso concreto –, constroem uma nova realidade, operando uma mudança social, em um processo dialógico. Este estudo, portanto, tem por objetivo demonstrar a legitimidade da decisão a partir do dinamismo interpretativo, decorrente da irrupção do conceito teórico pela singularidade do caso concreto, evitando um preconceito e encontrando a *pravda*<sup>48</sup>: a verdade como justiça.

Sendo assim, é preciso realizar o que Heidegger chama de compreensão hermenêutica, em que a generalidade e a abstração de um conceito teórico científico, no caso, a lei, não é suficiente para abarcar todas as situações vivenciadas, ou seja, a abstração não dá conta de todos os ser-aí possíveis. Eis o que explica o filósofo, em *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*<sup>49</sup>:

Na compreensão hermenêutica não há nenhuma “generalidade” que vá mais além do formal. E, em caso de haver algo assim, uma hermenêutica que se compreendesse a si mesma e que compreendesse sua tarefa ver-se-ia obrigada a tomar distância disso e voltaria a atenção ao ser-aí fático. O “formal” não é jamais algo independente, mas somente um recurso, um apoio do mundo. A hermenêutica não tem por objetivo a posse de conhecimentos, mas um conhecer existencial, isto é, um ser. (HEIDEGGER, 2010, p. 24)

Para alcançar o objetivo deste estudo, partimos do pressuposto de que, como todo enunciado, as decisões no âmbito do Direito não são neutras: ao contrário, trata-se de uma enunciação carregada de vozes transcendentais àquela materialmente produzida, sendo imperiosa uma análise dialógica. A percepção destas vozes sociais indica que o discurso não é uma construção individualista; para Bakhtin, pois, eu sou um eu participativo, em um conjunto de outras vozes veladas naquela proferida. Assim consoante, portanto, analisado nos votos dos ministros do STF, o mesmo ato de pensamento ativo e participativo foi realizado pelo pesquisador, com a finalidade de enxergar, neste julgamento, além dos métodos tradicionais e, desta forma, compreender o direito através da proposta filosófica de Heidegger (2012) e de Bakhtin (1997), isto é, pela abertura do ser à existência, pelo acontecimento único, irrepetível e singular.

Neste sentido, primeiramente, foram lidos os textos que embasaram a fundamentação teórica do presente estudo, bem como foram feitas diversas leituras

---

<sup>48</sup> O conceito de *pravda* em Bakhtin (1997) está relacionado à ideia de verdade como justiça.

<sup>49</sup> HEIDEGGER, op. cit, p. 24.

do acórdão em análise. Na realização destas atividades, o caminho foi traçado enquanto se caminhava: lia-se o acórdão e voltava-se para os textos teóricos, de forma que sempre havia uma nova compreensão sobre determinada parte deste julgamento e sempre haverá, consoante o dinamismo interpretativo tanto pensado por Bakhtin (1997), quanto de Heidegger (2012). O pesquisador, pois, não está alheio ao processo dialógico discursivo no qual está inserido o próprio objeto estudado, não havendo falar em neutralidade deste pesquisador.

Lidos os textos filosóficos, buscamos refletir sobre os discursos proferidos na decisão em análise para compreendê-la em sua totalidade, desvelando o que efetivamente a motivou, bem como entendendo o dinamismo interpretativo do direito e o limite ético desta interpretação.

Destarte, diante desta abertura do ser-aí no mundo da vida e da infinidade de possibilidades de sentidos, considerando a rede de modos-de-ser já dados e a falação (HEIDDEGGER, 2012), a compreensão participativa do eu, em relação a este conjunto de sentidos já produzidos, acontece através do pensamento, como um ato ético responsável, que se manifesta em sua complexidade, ativamente e implicado pelo contexto social, histórico e político, em que vive. Por isso, é importante considerar esse movimento como tendo sido realizado nesta pesquisa, no estudo da decisão.

### 3.2 O QUE SIGNIFICA UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DA LINGUAGEM?

A preocupação que motivou esta pesquisa foi tratar o Direito sob a perspectiva da Filosofia da Linguagem, buscando os valores que efetivamente guiaram a decisão a ser analisada e, ao final, endossar as vozes que defendem a reaproximação do Direito à Moral, além reforçar a relação inseparável, desta Ciência, da realidade de fato vivida, da responsividade dos interlocutores, da memória histórica e também de valores éticos. Diante do debate e disputa entre a segurança jurídica e o valor da justiça, pretendeu-se fazer, como nos instigam os pensamentos filosóficos de Heidegger e Bakhtin, uma experiência pensante com a linguagem, procurando-se desvelar, naquilo que se mostra (o fenômeno), na realidade, aquilo que ainda permanece oculto nele.

Importante esclarecer, inicialmente, que, neste estudo, procuramos, como nos ensina Heidegger, a nos *demorar* sobre os fenômenos que ocupam a nossa percepção, tais como eles se mostram, em suas manifestações no mundo da vida, de forma a não reduzirmos, esta experiência pensante, que intencionamos fazer com a

linguagem, aos estreitos limites dos métodos tradicionais das ciências positivas, os quais reduziriam nossa investigação às categorias previamente definidas por suas teorias.

Nesse sentido, tomamos em consideração noções filosóficas que são essenciais para uma abordagem dialógica e hermenêutica do fenômeno que nos ocupa (a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS), tais como: o acontecimento do ser, a realidade de fato vivida, a existência do ser-aí (*Dasein*), a unicidade de cada acontecimento da vida, as particularidades dos seres; sem esquecer que também o pesquisador está inserido no curso da vida e que este igualmente carrega consigo uma memória histórica, além de possuir responsabilidade ética e uma compreensão ativa e responsiva sobre os entes e a realidade que o cerca.

Nesse contexto, é preciso retomar o pensamento de Bakhtin (2011) quando ele, ao referir-se às formas de apreensão do conhecimento, sugere que importaria muito mais a simpatia e o amor, que seriam determinantes para se atingir a profundidade da penetração, do que a exatidão do conhecimento, senão veja-se:

A necessidade da livre auto-revelação do indivíduo. Aqui há um núcleo interior que não pode ser absorvido, consumido, em que sempre se conserva uma distância em relação à qual só é possível o puro desinteresse; ao abrir-se para o outro, o indivíduo sempre permanece também para si. Aqui o cognoscente não faz a pergunta a si mesmo nem a um terceiro em presença da coisa morta, mas ao próprio cognoscível. O significado da simpatia e do amor. Aí o critério não é a exatidão do conhecimento mas a profundidade da penetração. (...) A coisa morta não existe no limite, é um elemento abstrato (convencional); em certa medida, qualquer totalidade (a natureza e todas as suas manifestações relacionadas à totalidade) é pessoal (BAKHTIN, 2011, p. 394).

Além disso, reitera que o objeto das Ciências Humanas, não é um objeto mudo, mas sim expressivo e falante, razão pela qual é fonte inesgotável de significação:

O objeto das Ciências Humanas é o ser *expressivo* e *falante*. Esse ser nunca coincide consigo mesmo e por isso é inesgotável em seu sentido e significado (BAKHTIN, 2011, p. 395).

Reafirma também que o ser da expressão necessariamente vai se dar na confluência de duas consciências; a do eu e a do outro:

(...) O ser da expressão é bilateral: só se realiza na interação de duas consciências a do eu e a do outro); a penetração mútua com a

manutenção da distância; é o campo de encontro de duas consciências, a zona do contato interior entre elas (V. A. Jukovski *apud* BAKHTIN, 2011, 395-396).

É neste sentido que Bakhtin (2011) afirma que o emissor de um enunciado sempre está presente nele, ao mesmo tempo em que o outro (imediato ou eventual interlocutor) é levado em consideração, de modo que, nesta interpenetração dialógica, os discursos são produzidos.

Igualmente, na forma como investigamos as vozes sociais, presentes nos discursos dos julgadores, bem como na compreensão do agir do réu-editor, a voz do pesquisador também fundiu-se a outras vozes que o atravessaram, considerando especialmente a preocupação móvel inicial acerca dos valores fundamentais de justiça que considera inseparável do Direito.

O diálogo entre os agentes discursivos em análise e o pesquisador, pois, é condição da linguagem e da construção do próprio ser enquanto indivíduo, estando a intertextualidade sempre presente no processo dialógico tanto da enunciação, quanto da compreensão (BAKHTIN, 2011, p. 400) ativa do interlocutor (pesquisador). Cada texto leva, pois, a outro texto, embora a interpretação esteja situada em outro contexto. Ademais, de alguma forma, na relação dialógica, esta interpretação futura – dos interlocutores - foi imaginada pelo autor, tanto na compreensão da decisão, quanto das práticas do réu como racistas ou não.

Nesta mesma trilha de abertura da interpretação ao contexto e de relação do pesquisador com o objeto e deles com a vida e com a história, igualmente, Heidegger (2009), em sua obra *Sobre a questão do pensamento*, defende que pensar é, ao mesmo tempo, um ato reservado e aberto, que ainda deve aprender e, na sua própria realização, ele se transforma, afirmando ainda que “o pensamento preparador, em questão, não quer nem pode predizer o futuro” (HEIDEGGER, 2009, p. 71). Ademais, além desta transformação simultânea, do pensamento que acompanha o presente, Heidegger (2010) fala de um “*pensar histórico*”, que “determina efetivamente nossa cultura, ela inquieta nossa cultura: primeiro, ao provocá-la, inspirá-la, estimulá-la; segundo, ao inibi-la. Portanto, a experiência deste estudo não pode ser dissociada da história (passado), nem do presente, havendo ainda uma preocupação com o futuro, no sentido de reforçar determinada posição.

Sendo assim, neste estudo, pretende-se também observar, as duas dimensões do histórico na vida fática. A dimensão positiva da repercussão da consciência histórica se dá na inquietação provocada pelo passado e na complementação, através da “pluralidade das configurações históricas” (HEIDEGGER, 2010, p. 36-37). Noutra giro, a dimensão negativa da história traduz-

se na inibição que ela provoca pela rejeição a determinada forma de configuração. O histórico, portanto, ajudou-nos a entender o que aconteceu, a partir da ampliação da nossa consciência sobre o acontecimento presente; sem, no entanto, ficarmos aprisionados ao passado.

Levamos em consideração, outrossim, o fato de a palavra alheia tornar-se anônima, à medida que vira domínio público e os destinatários apropriam-se dela, como aconteceu com o conceito de racismo, por exemplo, esquecendo-se também das relações dialógicas, o que faz com que algumas pessoas acreditem na neutralidade de alguns gêneros discursivos (BAKHTIN, 2011, p. 403). Desta forma, pretendemos desvelar essas vozes, investigando o ato de pensamento dos sujeitos envolvidos nesta pesquisa. Relativamente ao anonimato da palavra alheia, investigamos o problema de se esgotar a compreensão e o pensamento no limite desta concepção anônima da palavra, ignorando o dialogismo presente nos discursos.

Desta forma, considerando que o presente estudo volta-se para o acontecimento do ser, na vida, em sua totalidade, nossa metodologia seguiu o caminho da abertura do ser para o mundo, em sua unicidade, singularidade, mutabilidade e inacabamento, abrangendo os valores que se relacionaram a este ser, indo além dos modos-de-ser já dados e anônimos. Destarte, não pretendemos aqui tratar do objeto com a imparcialidade de um método tradicional de uma ciência positiva, mesmo porque não acreditamos que o ato de pensar, compreender e enunciar esteja isento de simpatia e amor pelo objeto, como se falou anteriormente.

Relativamente à hermenêutica da facticidade, importa lembrar que a compreensão do ser-aí só é possível na interpretação, que, por sua vez, acontece em uma rede de relações e concepções prévias, de modo que esta relação do ser, com o mundo, é chamada de Círculo Hermenêutico, por Heidegger (2010), tendo em vista o processo circular da compreensão do ser entre os existenciais, isto é, entre os modos de ser no mundo.

Tanto Bakhtin (1997), quanto Heidegger (2003) preocuparam-se com a questão do pensamento inicial, em busca de uma filosofia primeira, ou seja, a busca pela origem do sentido, questionando sobre os meios de acesso à realidade através da linguagem materializada em todos os discursos/enunciados. Nesse sentido, procurou-se desvelar as formas de configuração da realidade na decisão em análise, a qual foi apresentada através dos discursos dos ministros. Nesta senda, Bakhtin (1997) explica que:

(...) resulta claro que uma filosofia primeira deva analisar o acontecimento do ser tal como o conhece o ato responsável – quer dizer, não o mundo criado pelo ato, mas o mundo no qual o ato toma consciência de si mesmo e se desenvolve – não pode gerar

conceitos, postulados e leis acerca deste mundo (a pureza teórica e abstrata do ato ético), como também não pode ser apenas uma descrição, uma fenomenologia do mundo do ato ético. Um acontecimento só pode ser descrito participativamente (BAKHTIN, 1997, p. 39).

Depreende-se, portanto, do trecho da obra bakhtiniana *Por uma filosofia do ato ético*, que esta filosofia primeira cuida da ontologia do ser-aí, sua essência, bem assim do papel das consciências históricas e filosóficas que constituem o pensamento. Neste estudo, não pretendemos seguir o caminho de uma cognição abstrata, da teoria, mas de ser partícipe na produção do conhecimento, fazendo parte da experiência vivida, sem tentar, inocuamente, afastar-nos da tonalidade emocional-volitiva do pensamento, consoante defende Bakhtin (1997).

Considerada a abertura do ser-aí, a totalidade da realidade vivida, sua singularidade, bem como a compreensão ativa e a atividade responsiva dos enunciadores, buscamos apreciar as responsabilidades especializada (formal) e a ética como elas foram consideradas no julgamento em análise. O direito, pois, como linguagem, é dinâmico, não sendo, aqui, interpretado apenas segundo o formalismo positivista e a responsabilidade formal. Igualmente, diante desta abertura, buscamos observar como se limita momentaneamente o exercício do pensamento, isto é, como se considera a responsabilidade ética na interpretação.

### 3.3 A HETERODISCURSIVIDADE DESTE ESTUDO

De início, importa situar o interlocutor imediato desta pesquisa sobre o pesquisador, para facilitar a compreensão sobre os discursos que se cruzam aqui. Trata-se de um ser que interpreta a partir de uma rede discursiva composta pelo discurso jurídico e pela filosofia da linguagem. Sendo assim, os limites da *coisificação* e da *personificação* estão nos extremos de um ato responsável pensado sob o domínio destas duas experiências. Neste sentido, Bakhtin (2011) esclarece como se desenvolve esta experiência. Vejamos:

O significado das exclamações axiológico-emocionais na vida discursiva dos povos. Contudo, a expressão das relações axiológico-emocionais pode não ser de índole explícito-verbal mas, por assim dizer, de índole implícita na entonação. As entonações mais substanciais e estáveis formam o fundo entonacional de um determinado grupo social (nação, classe social, grupo profissional, círculo, etc.) (BAKHTIN, 2011, p. 406). (...)

O contexto axiológico-entonacional extratextual pode ser realizado apenas parcialmente no processo de leitura (execução) de um dado

texto, porém em sua parte mais geral, particularmente em suas camadas mais substanciais e profundas, permanece fora de dado texto como fundo dialogizante de sua percepção (BAKHTIN, 2011, p.406).

(. . .)

O processo de coisificação e o processo personalização. Todavia, a personalização não é, de maneira nenhuma, uma subjetivação. O limite aqui não é o *eu*, porém o *eu* em relação de reciprocidade com outros indivíduos, isto é, *eu e o outro*, *eu e tu* (BAKHTIN, 2011, p. 407).

Destarte, este é o nosso processo de interpretação e, conseqüentemente, de produção de conhecimento, assim como é desta forma que percebemos e analisamos a decisão em foco. Os personagens, pois, deste estudo é que são os responsáveis pelo nosso fenômeno de análise. São eles os ministros do Supremo Tribunal Federal, o advogado do réu-editor e o próprio réu; não estando eles separados do pesquisador, contudo, uma vez que estamos todos interagindo verbalmente.

Investigamos, pois, neste estudo, a linguagem e o pensamento que se materializaram no *Habeas Corpus* 82.424/RS, que, por sua vez, construiu-se através do exercício da hermenêutica, isto é, pela interpretação da palavra, sem pretender esgotar sua possibilidade de ser, visto que interpretar é a apreensão, pelo interlocutor, do sentido, em sua articulação com o mundo, no qual convivem o sujeito e o ser cognoscível (HEIDEGGER, 2012).

Não se pretende, no presente estudo, esgotar as possibilidades de sentido da palavra, mas, ao contrário, a intenção é verificar a importância desta forma de pensar, aberta e dialógica, no domínio das Ciências Humanas e, por conseguinte, na experiência da pesquisa, bem como de tudo o que se constitui como manifestação da linguagem. Há de se notar, portanto, que não só a decisão analisada é tratada como linguagem e, por isso, devem ser consideradas as implicações já mencionadas, mas também o fato desta mesma pesquisa ter seguido igualmente o caminho metodológico da análise dialógica (BAKHTIN, 1997) e da hermenêutica da facticidade (HEIDEGGER, 2012). O caminho metodológico, portanto, consistiu no demorar-se contemplando, seguindo os vestígios do passado e do mundo, em busca do sentido onto-fenomenológico da ocasionalidade em sua existência no mundo.

Sendo assim, depois de contextualizar o trabalho, a partir da supra mencionada metodologia, será analisado o fenômeno em sua manifestação na realidade de fato vivida, de forma livre em relação aos conceitos prévios e fechados, tendo, como vetor interpretativo e limite, a abertura dos conceitos à responsabilidade ética. Ato contínuo, será realizada uma análise e discussão dos resultados, através

das decisões dos ministros, desde a ementa do acórdão, para identificar o que fora abordado na fundamentação teórica no âmbito do direito, sua interpretação e aplicação.

## 4 DA NÁLISE DOS RESULTADOS

### 4.1 SOBRE O GÊNERO ACÓRDÃO

Antes de adentrarmos na análise do conteúdo em relação às concepções filosóficas de Bakhtin (1997) e Heidegger (2012), importa voltar para o que prontamente nos interpela nesta interpretação e que, portanto, já autoriza algumas conclusões: o gênero textual. Trata-se, pois, o objeto em análise de um Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal e, como tal, constrói-se a partir de algumas regras e formas, que já contribuem para a compreensão de sentido.

Consoante Bakhtin (2003), toda atividade humana acontece através da linguagem, que sempre se relaciona a um contexto espaço-temporalmente determinado, de forma que se trata de uma atividade dinâmica, variável, precisando de um formato para se manifestar (o gênero). Esta forma confere certa estabilidade e segurança sobre o do que se trata seu conteúdo. Sendo assim, diante de um acórdão do STF, legitimamente e de forma coerente, espera-se uma decisão jurídica, sobre uma matéria constitucional<sup>50</sup>, já que esta é sua função precípua e o acórdão é o meio através do qual ela se exerce.

O gênero textual decisão jurídica, da qual a espécie acórdão faz parte, pois, reúne certas características comuns, que permitem a sua identificação e o início genérico das possibilidades de conteúdo. Ora, o acórdão em foco apenas poderia negar ou conceder o *habeas corpus*. Ademais, como determinação constitucional<sup>51</sup>, esperamos uma fundamentação jurídica que seja coerente com a decisão.

Os gêneros do discurso, pois, são formas, em certa medida, estáveis, por meio das quais os enunciados se materializam e são produzidos pelo agir humano (BAKHTIN, 1997). Segundo Bakhtin (1997), pois, em *Problemas da poética em Dostoiévski*, o gênero só se mantém estável pelo seu uso constante e consequente atualização, conferindo certa unidade, previsibilidade e continuidade em seu desenvolvimento (BAKHTIN, 1997, p. 106).

A noção de gênero e o conhecimento do acórdão, enquanto decisão jurídica, tendo em vista a relativa estabilidade de sua configuração, tem também a função de organizar a atividade humana de decidir e, uma vez que obedecem certas regras

---

<sup>50</sup>Segundo o art. 102, I, i, da Constituição Federal, de 1988, o STF é responsável por julgar o habeas corpus impetrado em favor do paciente que sofreu alguma restrição ilegítima no âmbito de sua liberdade de locomoção, quando coator for o Superior Tribunal de Justiça.

<sup>51</sup>O art. 93, IX, também da Constituição, prescreve que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas.

de elaboração, permitem uma melhor fiscalização desta atividade pela sociedade. Ademais, embora seu conteúdo ainda seja desconhecido e necessite ser interpretado, sua forma já possibilita uma expectativa do que foi decidido.

#### 4.2 DA ANÁLISE DA EMENTA E AS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS BAKHTINIANAS E HEIDEGGERIANAS

Para visualizarmos a confluência dos pensamentos de Bakhtin (1997) e Heidegger (2012), importa analisar, primeiramente, a ementa referente ao julgamento do HC 82.424, perante o STF. Para esse fim, é preciso observar a construção de uma realidade subjacente à norma, que a acompanha até mesmo antes de ela ser prevista no ordenamento jurídico. Não obstante à sua positivação na lei, esta realidade subjacente continuou seu curso normal, como se cada momento a ser valorado juridicamente caracterizasse uma norma diferente, pois ela precisaria ser novamente interpretada para ser aplicada. Não bastaria, pois, a configuração teórica da norma, para que ela fosse compreendida em relação à totalidade do evento, que abrange um novo e único acontecimento. Assim sendo, seria preciso situá-la na arquitetônica da vida, referida por Bakhtin (1997), como, de fato, ocorreu, em 17 de setembro de 2003 (data do julgamento). Eis a transcrição *ipsis litteris* da ementa:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias 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). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, 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. 5. Fundamento do

núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional

que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Antes de iniciar a análise da decisão consoante a hermenêutica da facticidade e o dialogismo, importa explicar que o caso consiste em um pedido de *Habeas Corpus*, cujo objetivo era desclassificar o crime de racismo para outro de mero preconceito, com tratamento penal mais brando e, conseqüentemente, liberar o réu da prisão. A partir de então, o Supremo precisou proceder a uma interpretação para buscar a essência do *ser-racismo* em cotejo com a história dos judeus e com outros direitos constitucionais, como a liberdade de expressão, com o fito de, finalmente, decidir, proferindo um dos mais importantes Acórdãos da Suprema Corte brasileira até hoje.

Assim, inicialmente, a ementa relata o objeto do julgamento, isto é, a publicação de livros com conteúdo discriminatório (*hate speech*) contra os judeus, através dos atos de escrever, publicar, editar, divulgar e comercializar, e já, neste começo, foi realizado o encontro destes *modos de ser do existir racista* com o crime de racismo. Já neste início da ementa, pois, é dito que estas formas de manifestação do ser é crime de racismo; daí decorrem todas as conseqüências mais gravosas, como a imprescritibilidade e a inafiançabilidade.

Ato contínuo, a ementa cuida de apresentar o ente – o racismo –, de forma neutra, *cientificamente*, descontextualizado, afirmando que esta leitura meramente formal e técnica, isto é, como o que Bakhtin (1997) chama de responsabilidade especializada, de produto teórico, cultural, trata-se de uma premissa errada e, por

isso, esta forma particular e única de ser-aí (*Dasein*) não poderia ser considerada outra coisa senão racismo. Refuta-se, pois, o argumento meramente formal e literal de que, em virtude de não mais se falar em raça, não existiria racismo.

Ora, essa abstração de partir de um argumento geral, de uma conclusão da ciência positiva, para explicar o caso concreto, o particular do mundo vivido, não pode, segundo Bakhtin (1997), ser um ato responsável, visto que se trata de uma ação técnica e não comprometida, afastada artificialmente dos valores da vida real e da cultura, que, segundo ele, são valores emocionais e volitivos do mundo ético que perpassam todas as manifestações do pensamento, tanto políticos, quanto científicos.

Outrossim, segundo Heidegger (2012), o sentido do ser-aí, que no presente caso é o racismo e suas manifestações, só pode ser compreendido afetivamente, pois, em sua realização, no mundo, ele está aberto, sempre em construção de novas possibilidades compatíveis com a totalidade de sentidos já identificados. Destarte, a premissa de não existir raça e, por isso, não se poder falar em racismo, é equivocada, na medida em que tal procedimento acaba por eliminar a possibilidade de *ser-no-mundo*, ou seja, elimina-se essa abertura de possibilidades de vir-a-ser inerentes ao *Dasein*, através da instauração de um conceito artificial, desconectado do mundo da vida.

Neste sentido, na ementa, segue a compreensão do *ser-aí-racismo*, não como um conceito científico dado pelo *mapeamento do genoma humano*, pois, realmente, a partir deste conhecimento, não existem divisões entre os seres humanos. No entanto, a criminalização do racismo segue justamente desta diferença entre os seres humanos que não encontra fundamento científico, e sim político e social, cujo intuito é excluir, segregar, marginalizar.

Quanto ao fato de a ementa explicar que a distinção não é científica, mas sim política e social, poderia-se contra-argumentar, aplicando-se noções filosóficas que são caras a Heidegger (2012) e Bakhtin (1997), que os *modos de ser (Dasein)*, do racismo no mundo, dão-se através da apreciação social, por parte dos julgadores, a qual é expressa por tons emocionais e volitivos. Tal apreciação, de natureza eminentemente axiológica, inscreve-se, portanto, no imperativo ético do *dever-ser responsável*, do qual nenhum ato humano (seja ele de pensamento ou de linguagem) deva se isentar, nem mesmo diante do avassalador poder da argumentação científica.

Por conseguinte, pode-se perceber que, o que aconteceu, por parte da defesa do réu, foi uma tentativa de abstração da responsabilidade do ato único e singular, da participação do ser no mundo, para substituí-la por um conceito

científico, sistemático e positivo, portanto, abstrato e geral, de racismo, sem qualquer valor histórico, cultural, contextual, temporal, ou seja, valorativo. Segundo Bakhtin (1997), pois, uma vez que o ser humano age no mundo da realidade de fato vivida, ele o faz na arquitetônica da realidade, que, por ser concreta, o ser humano não pode alegar o não-álibi de seu ato intrinsecamente responsável, fruto de um pensamento ativo e existencial, constituído pleno de tonalidade afetiva e valorativa, portanto, axiológica.

Nesta linha de raciocínio, para Heidegger (2012), é a linguagem que possibilita a *abertura do ser* no mundo. É, portanto, através desta abertura que poder-se-á desvelar e compreender os *modos de ser* do *Dasein* em relação a uma totalidade de significados já previamente dados. Tal compreensão dar-se-á pela abordagem interpretativa proposta, pelo filósofo, na sua *hermenêutica da facticidade*<sup>52</sup> e de seus *existenciais*<sup>53</sup>, entre eles, o próprio discurso.

Sendo linguagem, bem como movimento do agir entre o ser-no-mundo e a totalidade essencial de sentidos já construídos (hermenêutica circular<sup>54</sup>) para alcançar o sentido de um evento único, o diálogo é que move este círculo, é seu movimento. Nesse sentido, portanto, o trabalho interpretativo do STF, é também dialógico, cujo desiderato é desvelar o ser, essencialmente dialógico, em sua existência.

Diante do exposto, observa-se o diálogo que o Supremo, desde a ementa do Acórdão, realiza com a história dos judeus, citando a divisão racial operada pelo nacional-socialismo entre judeus e arianos, cujo único propósito, consoante confirma a história do holocausto, foi dizimar o que, através do discurso de ódio, foi considerado diferente. Veja-se que o diferente não era cientificamente diferente, era apenas ideológica-social e politicamente diferente. Havia um ato responsável, emocional e volitivo, materializado no discurso nazista inclusive através das leis que foram instauradas à época, as quais tornaram possível este genocídio histórico sem precedentes, cuja repetição busca-se evitar, a todo custo, também através do discurso jurídico na contemporaneidade.

O diálogo do STF já se inicia a partir do final desta história, que foi a II Guerra Mundial, estabelecendo uma compreensão do *ser-racismo* neste contexto espaço temporal, em contraponto dialógico com o argumento cientificamente técnico

---

<sup>52</sup> A hermenêutica da facticidade refere-se à interpretação do próprio *Dasein*.

<sup>53</sup> Os existenciais referem-se às estruturas básicas do *Dasein*, entre elas, o discurso.

<sup>54</sup> Heidegger sugere que o círculo, na compreensão, venha da circularidade que é inerente ao *Dasein*. Como exemplo de circularidade, ele refere à própria obra de arte, perguntando, como podemos reconhecer uma obra de arte, sem termos conhecimentos prévios? São nossos conhecimentos prévios do que é arte, que nos permitem reconhecer uma obra de arte (INWOOD, M.J. Dicionário Heidegger. Rio de Janeiro: Zahar, 2002).

e abstrato de que não existiria raça, mascarando o seu real sentido, por trás de uma artificial generalidade universal e abstrata. Outrossim, na ementa, explica-se que esta divisão, ao invés de neutra, isenta de valores, na verdade é responsável pela tonalidade emocional e volitiva de segregação, de exclusão do gozo daquele grupo dos direitos a que todos deveriam ter acesso. Eis o trecho da ementa que menciona o critério da divisão (superioridade-inferioridade) e a sua finalidade:

Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País (STF, 2003, p. 1 (524, do acórdão do HC 82.424/RS).

Em seguida, para compor a totalidade de sentidos já construídos no mundo da realidade e depois de ter confrontado o ser-no-mundo, presente tanto com a situação a atual a ser julgada, quanto com um de seus modos de ser vivenciado no passado, passa-se a cotejar o agir responsável diante dos valores protegidos constitucionalmente pelo atual Estado de Direito, cujo epicentro do ordenamento jurídico é a *dignidade da pessoa humana*, que deve ser protegida por todas as normas jurídicas. Ora, como seria pensar a *dignidade humana*, a pacífica convivência social e a discriminação racista em um sistema abstrato, racionalmente lógico, geral, universal, isolado da realidade de fato vivida?

Neste estudo, não é possível visualizar qualquer possibilidade de sucesso, nesta interpretação, se considerarmos que, neste caso específico, como diria Bakhtin (1997), trata-se de mera técnica, formal e irresponsável. A pretensão do Direito, na perspectiva positivista, portanto, não dá conta do mundo, da existência única, da história, pois é abstrata e isolada, sem significado na realidade. Ademais, por seu histórico iluminista, é possível perceber que ele mesmo foi uma expressão valorativa de um poder que se opunha a outro, almejando tirar o poder do monarca (arbitrário), para as leis gerais e prévias, que subordinaria a todos, igualmente. Sempre existe, portanto, no discurso, uma defesa de algum valor, que guia sua existência manifesta no mundo, até mesmo no pensamento positivista.

Destarte, o agir da defesa do réu era responsável por uma tonalidade de mascarar o que de fato aconteceu, transmudando a essência do agir, para outro âmbito de totalidade de significados, que seria o âmbito da liberdade de expressão. Existiu, pois, um agir-racista, que seria interpretado entre uma totalidade de significados pré-existentes de liberdade de expressão e uma totalidade de significados de racismo. Continuando, a emenda abrange a composição da totalidade de significados de discriminações, de cunho racial, buscando a essência comum deste ente, no mundo, através do sentido originário e motivacional dos acordos e tratados multilaterais, aos quais aderiu o Brasil. Vejamos um trecho da ementa, na qual se expande o âmbito de possibilidades de sentido, a fim de realizar uma interpretação com mais legitimidade social e, conseqüentemente, força jurídica e vinculante.

Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islafofia” e o “anti-semitismo” (STF, 2003, p. 2 (525), do acórdão do HC 82.424/RS).

Na passagem seguinte, da ementa, resta claro que a interpretação da Suprema Corte, realizou-se como um ato responsável eticamente, partindo do ordenamento jurídico estático, conferindo-lhe vida, no caso concreto, pois, nos códigos, eles são apenas projetos, possibilidades de *vir-a-ser*. No mundo, as leis existem, através dos atos únicos e irrepitíveis do homem. Neste sentido, a ementa explica que, ao lado de uma interpretação teleológica e sistêmica, foi preciso conjugar valores históricos, políticos e sociais, para desvelar o real sentido da norma.

Relativamente a esta comparação, Heidegger (2010) explica que essa relação do *ser-no-mundo* com os significados de outros *modos-de-ser*, não significa considerar a instrumentalidade de um em relação ao outro, de um modo-de-ser no mundo, com um conjunto adequado e organizado de modos de existir, porque isto não é interpretação, no sentido de ser uma filosofia primeira. Não se trata de uma relação instrumental, mas uma influência recíproca de referência ao já dado e de projeção para o futuro.

Desta forma, este é o sentido do que se explica, na ementa, sobre uma visão teleológica e sistemática, conjugada com circunstâncias vividas. A visão sistemática seria esta instrumentalidade da relação de um *modo-de-ser* diante do

todo, o que não é suficiente para alcançar a essência do ser-aí. Leia-se o ponto 8 (oito) da ementa do Acórdão ora analisado.

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. 9. Direito comparado (STF, 2003, p. 2 (525, do acórdão do HC 82.424/RS).

Extrai-se, portanto, desta articulação entre passado, presente e sistema, o dialo- gismo bakhtiniano, presente em qualquer discurso, que é atravessado pelos valores vigentes na realidade e impregnam o ato humano de responsabilidade e, conseqüentemente, de sentido. Este discurso, como ato responsável do homem, pressupõe a vida, a realidade e, portanto, a participação deste agente no mundo, o que é inerente ao ser humano; ele é, pois, antes de qualquer lei geral e abstrata, um ser participativo, o que implica uma relação inata com valores. Assim sendo, Bakhtin (1997, p. 39) explica que:

Daí que resulte claro: a primeira filosofia que trate de analisar o acontecimento do ser tal e como conhece o ato responsável – quer dizer, não o mundo criado pelo ato, senão um mundo em que o ato toma consciência de si mesmo e em que se leva a cabo – não pode gerar conceitos, postulados e leis gerais acerca deste mundo (a pureza teórica e abstrata do ato ético), senão que tão só pode ser uma descrição, uma fenomenologia do mundo do ato ético. Um acontecimento só pode ser descrito participativamente (BAKHTIN, 1997, 39).

Destarte, não como admitir a compreensão de um discurso fora da vida, da participação ativa do humano, na realidade, pois os enunciados são os atos vivos responsáveis do *eu participativo*: eles são a expressão da vida vivida. O ser, portanto, é esta abertura para a vida, para o mundo, que se constrói na vivência, por isso é sempre uma noção mutável, não estanque e infinito na possibilidade de significar. O ente, que no presente caso é a lei posta, é apenas o ponto de partida dos questionamentos, para alcançar o ser-aí, sem propor o seu fechamento, e sim mais uma possibilidade de seus *modos-de-ser*. Do contrário, sem a hermenêutica da facticidade, a pureza teórica e abstrata serviria apenas para repetir sempre os mesmos conceitos.

Esta interpretação, do STF, consistiu na assunção, por sua parte, da

historicidade do evento único do ser e, por conseguinte, sua abertura a outras interpretações possíveis. Assim sendo, de forma não tão explícita quando a hermenêutica da facticidade de Heidegger, Bakhtin (1997) igualmente postula uma abertura interpretativa, diante do ato ético responsável participativo, relacionando o acontecimento único do ser com a vida vivida.

Ademais, a Suprema Corte atuou, de forma semelhante ao que Bakhtin (1997), em *Por uma filosofia do ato*, chamou de Jano Bifronte, tanto voltado para a ciência, para a cultura, em sua objetividade posta, quanto voltado para a vivência, para a unicidade da vida. Destarte, o STF proferiu uma de suas decisões importantes a partir da responsabilidade formal especializada das leis do Direito, bem como da responsabilidade moral, ou seja, o ponto de vista ético, que permitiu, através da abertura para o mundo da vida, uma justa e adequada proteção aos direitos fundamentais a que a própria ementa, acima, referiu-se. Não fosse possível essa dupla visão, qualquer decisão, do ponto de vista meramente formal, seria possível, pois o STF poderia ter aceitado o argumento da defesa de que não existia raça, ou que o conteúdo dos livros estava protegido pela liberdade de expressão, encerrando sua interpretação na responsabilidade especializada.

O *dever-ser*, para Bakhtin (1997), pois, tem natureza ética, e não teórica, uma vez que esta não pode abarcar todos os acontecimentos do ser, em sua totalidade. Somente um pensamento aberto para unicidade da vida poderia dar conta da unicidade do acontecimento do ser. Daí resulta o fato do dever ser fundamentado na ética, visto que ela é mais flexível, por não ser normativa. Ela varia, muda, para, em seguida, mudar a norma, por um processo mais rígido. Neste sentido, Bakhtin (1997) sugere que:

O fato de que minha atividade responsável não penetre no aspecto do conteúdo semântico de um juízo, está aparentemente em contradição com a circunstância de que a forma do juízo, o momento transcendente na composição do juízo, seja justamente o momento da atividade da nossa razão, com o fato de que as categorias das sínteses sejam produzidas por nós. Havemos esquecido o fato copernicano de Kant. Não obstante, está por ver-se se realmente a atividade transcendente representa a uma atividade histórica e individual do meu ato ético, pelo qual sou individualmente responsável (BAKHTIN, 1997, p. 13).

A cognição teórica não abre espaço para o acontecimento vivido individualmente, de forma que o ato responsável não pode ser encontrado no conteúdo teórico semântico, pois esta unidade universal e abstrata não alcança a infinita possibilidade de fatos da vida. Acrescente-se, a isso, que o dever é uma responsabilidade moral, e não técnica. Por isso, Bakhtin (1997, p. 10) diz que

“sustentar um juízo como verdadeiro significa remetê-lo a uma certa unidade teórica, porém tal unidade está longe de ser a unidade histórica singular de minha vida”.

Nesta linha de raciocínio, a busca pela essência do ser, em suas possibilidades de ser, enquanto projeto do devir, não se pode aceitar que um conceito positivo, imutável em seus limites, pela simples lógica formal, exclua, de seu âmbito de proteção estatal, uma conduta que “simbolize a prática” do que a norma prevê. Ora, simbolizar a prática é exatamente o que Heidegger (2010) chama de *modos-de-ser* do ser-aí. Pela leitura, abaixo transcrita da ementa, percebemos que o Supremo, em seu ato ético responsável de decidir, implicado em valores emocionais e volitivos da vida e sua historicidade, realizou essa hermenêutica da facticidade, como um Jano Bifronte: atento, espaço-temporalmente, tanto para a legislação, como ao seu conteúdo originário ontológico. Vejamos o que se diz na ementa:

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo<sup>55</sup>. (STF, 2003, p. 2 (525), do acórdão do HC 82.424/RS)

Continuando com a análise da ementa do caso em foco, não se esconde a intenção de não simplesmente verificar a simples adequação formal do fato à norma. Através deste item 10 (dez), da ementa, observa-se que há um propósito maior da decisão como um ato situado e responsável, no mundo, permeado de valores emocionais e volitivos. As publicações do editor-réu, pois, foram consideradas uma ofensa racista, pois algumas delas<sup>56</sup> tinham a intenção de negar a história do holocausto, refutando fatos incontroversos sobre os crimes nazistas cometidos contra a humanidade. Desta forma, ao negar a história, cuja memória devemos preservar, a fim de evitar um novo episódio de holocausto, tarefa para a qual todo o sistema de direito internacional se empenha, tanto a nível regional, através das Organizações dos Estados Americanos (OEA) e outros, quanto global, via a Organização das Nações Unidas (ONU). Entendeu-se, pois, que o ato de publicação dos livros se adequam à essência da criminalização do racismo, configurando apenas mais um modo de ser do ser-aí.

<sup>55</sup> Grifo e sublinhado nosso.

<sup>56</sup> Sigfried Ellwanger, réu paciente do Habeas Corpus 82424, publicou livros como *Holocausto judeu ou alemão?* e *Nos bastidores da mentira do século*, tendo sido condenado pelo crime de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas con- seqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. (STF, 2003, p. 2 (525), do acórdão do HC 82.424/RS)

Ainda, relativamente ao conflito suscitado acerca da liberdade pública de expressão e pensamento em contraposição ao dever do Estado de proteção contra o racismo, o professor André de Carvalho Ramos (2015) defende a necessidade de ponderar, de acordo com o aqui e agora (*hic et nunc*), com o contexto concreto e a perspectiva axiológica, que foi realizada no *decisum* em questão. Ora, embora não se diga, expressamente, ou, ainda, que não se tenha consciência, esta ponderação pressupõe a abertura do ser ao mundo, bem como um olhar demorado e atento à existência do ser, a situação comunicacional, levando em conta também a responsabilidade ética, consistente na proteção dos direitos fundamentais. Eis o que explicou o referido é renomado professor:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, *a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*” (Voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004; repetido em outros votos do Ministro) (RAMOS, de Carvalho André, 2015, p. 125).

Antes, no entanto, de se concluir que o agir do réu tratava-se de racismo, o problema central era resolver se as publicações dos livros sobre os judeus e os fatos históricos que lhes ocorreram eram simplesmente crime de discriminação ou preconceito, ou se se tratava realmente de racismo. Veja-se que a questão não era jurídica; estava, pois, muito antes disso, necessitando de interpretação, segundo o

método defendido tanto por Bakhtin (1997), quanto por Heidegger (2012). Claro, portanto, que o simples reconhecimento do sinal racismo e do acontecimento a ser julgado não era suficiente para decidir. O aspecto meramente formal e abstrato não permitia concluir com a mesma esperada em um método tradicional, portanto.

#### 4.3 ANALISANDO AS POSIÇÕES DOS PERSONAGENS DO EVENTO DISCURSIVO

Como toda relação jurídico-processual, no processo em análise, também estão presentes os sujeitos-partes e os julgadores. De um lado, está a acusação, cujo exercício, no presente caso, compete ao Ministério Público Federal, enquanto, do outro lado, está a defesa em favor do paciente, que é o réu-editor, acusado da prática de racismo. Entre eles, posicionados de forma equidistante<sup>57</sup>, estão os julgadores, isto é, o colegiado formado pelos onze ministros do STF.

Desta forma, conhecendo previamente as posições dos personagens, é possível criar certa expectativa sobre seus discursos, especialmente em relação às partes que se opõem. O diálogo entre elas é igualmente previsível, mesmo porque faz parte das regras do jogo e, como são conhecedores do direito, o discurso de cada um já se inicia de forma consciente acerca da posição do seu interlocutor imediato, havendo um condicionamento recíproco entre eles. No entanto, a finalidade de ambos consiste em influenciar a decisão dos julgadores e, neste intento, os precedentes, a tendência de julgamento, da Suprema Corte modula e condiciona o discurso das partes opostas.

Sendo assim, importante observar a importância da noção de posição prévia, tanto para Heidegger (2012), quanto para Bakhtin (1997), para o início da compreensão do sentido dos conceitos e dos enunciados. Primeiramente, segundo Heidegger (2012), a posição prévia indica “o como do falar e questionar de alguém” (HEIDEGGER, 2012, p. 22) e, sendo esta posição conhecida pelos demais sujeitos da situação comunicacional, este conhecimento influencia e compõe o discurso alheio, além de condicionar a interpretação do ser-aí a partir desta posição. Ademais,

---

<sup>57</sup> Embora não haja neutralidade no exercício da jurisdição, o órgão julgador deve ser imparcial, um terceiro desinteressado, alheio à questão submetida a julgamento.

segundo Heidegger (2012), a interpretação não acontece no vazio histórico cultural, estando, ao contrário, em consonância com a posição espaço-temporalmente localizada dos intérpretes.

Igualmente, conforme também defende BAKHTIN (2011) a pertinência da posição do sujeito na sociedade e a previsão de sua compreensão ativa e responsiva de acordo com essa posição, em relação ao conteúdo da interação verbal, que será construído pelos agentes discursivos participantes do diálogo, seja ele em sua configuração imediata, ou em uma consideração mais abrangente e hipotética.

A composição do diálogo imediato formado pelas partes do *habeas corpus* em questão, portanto, também deve ser considerada quando a compreensão da decisão. Estão presentes, pois, discursos institucionais, como o do MPF, outros mais conservadores, como a defesa do formalismo pela defesa do réu; sendo estes, no entanto, mais previsíveis, uma vez que as respectivas posições prévias já determinam - em maior medida - os enunciados a serem produzidos.

Desta forma, a discussão exigiu a abertura do conceito ao acontecimento do ser, que permitisse a apreensão de sua existência na vida, em sua manifestação única e eventual, em relação aos existenciais já dados que povoam o mundo (HEIDEGGER, 2012). Neste mesmo sentido, observa-se a influência da personalidade e do eu (BAKHTIN, 2011), na interpretação do objeto, visto que, de um lado a defesa insistia em compreender a realidade como preconceito ou discriminação, situando o evento fora do âmbito de alcance do sentido de racismo, o que se dá devido a sua posição no processo, pois o interesse da defesa era justamente afastar a imprescritibilidade do racismo. Percebe-se, portanto, o tom emocional e volitivo do sujeito, que demonstra seu *eu* em relação em relação ao outro. Esta conclusão, que não poderia ser arbitrária e subjetiva, mas fundamentada de forma persuasiva, deveria ter, como limite, de um lado, a coisa e, de outro, o contexto, o que a defesa buscou fazer, a fim de conferir maior legitimidade a seus argumentos, o que não aconteceria se os argumentos fossem baseados apenas em subjetividade.

A parte oposta, o Ministério Público Federal (MPF), na sua interpretação do crime de racismo, começa apresentando o que o texto constitucional prescreve, ou seja, que se tratava de crime, imprescritível e inafiançável, afirmando que, nisto, se

encerrava a compreensão do texto constitucional. Em seguida, explica que, à legislação ordinária, transferiu-se a responsabilidade pela definição do crime de racismo e que, antes da Lei de nº 7.716/90, o crime de racismo estava restrito à discriminação em relação à raça e à cor. Contudo, com o advento da Lei nº 8.081/90, o racismo passou a abranger a discriminação relativa à religião, etnia ou procedência nacional.

Inicialmente, destacam-se imediatamente as posições sociais e profissionais que determinam, sobremaneira, o modo de compreensão ativa e responsiva dos sujeitos: de um lado, da defesa, e, de outro, a acusação (MPF)<sup>58</sup>. Nesta interação verbal, antes mesmo da manifestação discursiva de cada um, já seria possível prever seus enunciados e cada um já sabia que seria previsível, de modo que ambos construíram seus discursos/enunciados em conjunto, através da própria responsividade ativa, bem como considerando a compreensão ativa do outro. Destaca-se, igualmente, portanto, a relação dialógica entre os mencionados sujeitos discursivos, de modo que seus enunciados só ganham sentido quando inseridos no contexto da decisão em análise e na relação entre eles.

Antes de adentrar na análise dos votos dos ministros, importante esclarecer que, ao contrário da previsibilidade discursiva do MPF e da defesa decorrente das respectivas posições, o mesmo não acontece com o enunciado dos ministros, pois a estes incumbe julgar e fundamentar, de acordo com o livre convencimento<sup>59</sup>, desde que não seja arbitrário, devendo-se fundamentar em argumentos que a todos abranja, isto é, o argumento não pode ter, como base, um dogma religioso, ou a concepção de determinado grupo. É dizer: há uma tentativa de, pelo menos, ao final, racionalizar-se todo o debate, apontando as razões de direito que foram consideradas.

---

<sup>58</sup> No processo penal, vige o sistema acusatório, Segundo o qual as funções de julgar, acusar e defender são exercidas por pessoas distintas. Assim sendo, a defesa caberia ao advogado ou defensor do réu e a acusação, no caso da Ação Penal Pública, como se dá no crime de racismo, deve ser realizada pelo Ministério Público, que, no presente caso, foi o Ministério Público Federal. Os discursos desses sujeitos, portanto, já estavam previamente definidos, de forma que todos já sabiam o que esperar de cada um.

<sup>59</sup> Existem três sistemas de apreciação da prova do processo civil e penal. O último e vigente atualmente é o sistema do livre convencimento motivado.

#### 4.4 O MOVIMENTO DIALÓGICO, A DINAMICIDADE DAS VOZES SOCIAIS E OS SENTIDOS DO SER-AÍ-RACISMO

Quando questionados sobre o conceito de racismo e quais práticas poderiam ser consideradas racistas, de imediato se pensa na discriminação contra o negro. Por muito tempo, esse modo de ser do ser-aí-racismo foi aceito como a única possibilidade de ser deste acontecimento. No entanto, ainda que inicialmente, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) tenha previsto a vedação ao racismo, considerando-o crime imprescritível e inafiançável<sup>60</sup>, para proteção das pessoas negras, este modo de ser já vivenciado não pode ser tido como limite à compreensão.

O ser-aí-racismo, embora já carregue uma pré-compreensão originária e uma tonalidade afetiva, também conta com uma possibilidade existencial infinita de ser. Destarte, a interpretação não pode ser alheia ao mundo da vida, onde o ser se manifesta de forma singular, devendo considerar não só os modos já experienciados, mas também a existência presente, de acordo com o contexto histórico, social, cultural.

Neste sentido, após o relatório dos fatos importantes ocorridos no processo, começa o voto do ministro-relator e este trata de resumir a questão central da controvérsia, explicitando o argumento do impetrante da ordem de *habeas corpus*, que aduziu o seguinte:

Não se está discutindo, aqui, o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado pelo crime de racismo.

A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.091/90, não significa necessariamente que a condenação seja pela prática de racismo. (STF, 2003, p. 7 (533), do voto do ministro Moreira Alves).

É preciso lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Esclareça-se ainda que, quando uma norma constitucional remete sua regulamentação aos “termos da lei”, é preciso a edição de uma norma infraconstitucional, como a Lei 7.716/89<sup>61</sup>, para

---

<sup>60</sup> Artigo 5º da CF.

<sup>61</sup> O artigo 1º desta lei define que “serão punidos, na forma desta Lei, crimes resultantes de

que sejam definidas suas hipóteses de incidência com mais clareza, determinação e maior grau de certeza do que a redação ampla, genérica e abrangente da previsão constitucional referida. Note-se que logo em 1989 e 1990 foram editadas duas leis sobre o tema e a questão a ser decidida é justamente a possibilidade de classificar como racismo os crimes nestas leis referidas no trecho acima pelo STF. O problema central foi definir se os crimes de discriminação e preconceito positivados na lei em questão estão abrangidos pelo conceito de racismo.

Em toda a discussão e debates expostos nos votos dos ministros-julgadores, o ser-racismo claramente carrega não só a ocasionalidade (HEIDEGGER, 2012) do caso concreto a ser decidido, mas também os outros modos-de-ser que já foram vividos. No entanto, o “caráter de evidência” (HEIDEGGER, 2012) sobre o conceito de racismo mostrou-se deveras instável e vulnerável nesta ocasião, constituindo-se claramente numa possibilidade de vir-a-ser, fosse ela mais ampla, a abranger o preconceito contra judeus ou mais restrita à discriminação contra negros.

Nesta instável e provisória possibilidade de vir-a-ser, no processo de interpretação e, no presente estudo, decisório do STF, o ministro-relator, na página 13, persegue os vestígios históricos e busca fundamentar seus argumentos na totalidade de significados que já foram descobertos, recorrendo aos *Comentários à Constituição* (obra de 1989 que ele cita) e ao dicionário, senão veja-se:

“Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime” (STF, 2003, página 13 (536), do voto do ministro Moreira Alves, Ementa Aditiva do Constituinte Carlos Alverto Caó).

(...)

Para a questão da raça, convergem, também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no art. 5º, XLII, da Constituição. Assim, PINTO FERREIRA (“Comentários à Constituição Brasileira, vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: “PROIBIÇÃO DO RACISMO”. A Constituição também procurou eliminar os conflitos sociais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente entre brancos e negros. Igualmente, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo, 1997): “A forma comum de racismo é a afirmação de superioridade de certas raças em relação a outras, ideia antiga e que não será

eliminada de um sopro pela lei. (...)“ CELSO RIBEIRO BASTOS (“Comentário à Constituição do Brasil, vol II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo “é a doutrina que sustenta a superioridade de certas raças”, e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais do Brasil, que é a raça negra. (. . .) Não discrepa dessa convergência CRETELLA JUNIOR (“Comentários à Constituição brasileira de 1988”, vol. I, 2ª ed, ps. 484-485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: “Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que “a lei punirá a prática de racismo”, esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio da isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o Constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça (STF, 2003, p. 12-13, do voto do ministro Moreira Alves, p. 538-539).

Ora, esta articulação com o passado, em busca da estabilidade do conceito, não tratou o ser-aí em seu caráter de abertura ao mundo, uma vez que, tendo a Constituição sido promulgada em 1988 e os comentários sido feitos em 1989, utilizando-se um dicionário da época, percebe-se a intenção de fixar o conceito, restringindo sua liberdade de ser-no-mundo, pois a decisão ocorreu em 2003.

Ademais, esta necessidade de estabilização, através da tentativa de controlar e impedir a abertura do ser, é tanto artificial e instável, quanto impossível na vida vivida em sua dinamicidade. O ser-aí, pois, é a essência da verdade, e não seu modo artificial, imutável e vazio, pois, apenas na sua abertura ele é visto na sua realidade; podendo, portanto, ser tratado como verdade. O ser-aí é a abertura para a vida, para o mundo, o que está a se construir na vivência, sendo um conceito mutável, e não estanque, portanto. É infinito na possibilidade de sentido, embora exista um ponto de partida, de referência, como se dá no presente caso com a letra da lei e seus modos-de-ser passados (HEIDEGGER, 2012).

Igualmente, enquanto se tenta prender o direito e o conceito de racismo às amarras do formalismo de uma ciência positiva, almejando a definição de uma verdade absoluta, o direito é linguagem, e o discurso, ainda que o jurídico, não se resume ao dito, ao previsto, devendo ser realizada uma escuta atenta desta linguagem. Esta escuta se dá no pensamento do ser, que acontece de forma livre dos métodos e fechamentos rígidos da razão positivista, que se limita a coincidir o ente com o ser (HEIDEGGER, 2012).

Desde o início, nota-se, no entanto, uma tendência formalista e positivista na visão do Direito do ministro-relator, que se aproximou muito mais do texto teórico do conceito, do que da realidade de fato vivida, fundamentando seus argumentos em referência ao passado histórico, quando, para ele, o racismo restringia-se aos negros.

Ao contrário deste primeiro voto, tanto Bakhtin (1997), quanto Heidegger (2012) defendem que o pensamento se dê de forma aberta, com potencial para alcançar todas as particularidades de um evento singular, de forma a se comprometer com a historicidade do acontecimento. É verdade que, para ambos os filósofos (BAKHTIN, 1997; HEIDEGGER, 2012), existem alguns significados já prévios e dados no mundo, sobre os quais os indivíduos já têm certo conhecimento, mas, diante de um novo acontecimento do ser, estes significados já dados ainda não têm uma articulação automática; sendo, portanto, necessário o exercício do pensamento.

Assim, este passado histórico, de restrição do conceito de racismo, repercutiu no discurso do ministro-relator de forma positiva, uma vez que ele concordou com este modo-de-ser, considerando-o a única possibilidade. Seu voto, todavia, busca legitimidade através de outros discursos, que atravessam o seu próprio. Senão, vejamos:

”Portanto, em última análise, a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5<sup>a</sup>, XXII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra judeus, e não são os judeus uma raça“ (STF, 2003, p.11 (534), do voto do ministro Moreira Alves)

Em seguida, o Constituinte José Lourenço, depois de dizer “procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poemas do nosso País, Castro Alves, em “O navio negreiro”, recitou essa poesia, concluindo com essas palavras: “Adeus! ... adeus! ... racismo, jamais!” (STF, 2003, p. 12 (538), do voto do ministro Moreira Alves)

Neste primeiro voto, percebe-se que o ministro-relator pretendeu articular automaticamente os significados já dados com esse novo modo-de-ser que aconteceu no curso da história. Neste sentido, foi ignorado o comprometimento com a singularidade do acontecimento e a responsabilidade do ato de pensamento, que levou a esta articulação, do sujeito interpelado e consciente. Eis um trecho do relatório do ministro-relator, que, cita outra interpretação do Superior Tribunal de Justiça, que, por seu turno, depois de explicar o conteúdo da norma constitucional e, em seguida, das leis que a regulamentaram, defende o seguinte:

17. como se vê, interpreta-se o texto constitucional, **sem extravasamentos**.

18. interpreta-se-o pelo que propriamente significa: transferir à

legislação ordinária a definição da **prática do racismo**, e esta o fez por instituir **várias figuras penais**, a tanto **típicas**, presentes na Lei 7716, e modificações ulteriores. (STF, 2003, p. 5 (530), do relatório do ministro Moreira Alves)

Em seguida, o ministro Moreira Alves, relator, começa seu voto. Inicialmente, ele localiza a questão central da controvérsia, citando os textos das legislações correlatas, para, logo após, se posicionar sobre estes textos, através da citação de uma parte do que a defesa afirmou em sua impetração, fazendo uma interpretação restritiva e formal deste conteúdo, como se pode observar a seguinte passagem:

Há de se observar que a redação originária da Lei 7.716/89 somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor. Somente a inserção posterior do art. 20, através da Lei 8.081/90, estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência nacional. Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de disposição constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo, e não às outras práticas constantes do novo tipo penal. (STF, 2003, p. 7-8 (533-534) do voto do ministro Moreira Alves)

Ainda quanto a este voto, o ministro relator, concordando com a mencionada interpretação restritiva, afirma que, a Constituição “não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado do ‘racismo’”. Neste sentido, fica clara a intenção de se isentar da responsabilidade ética do pensamento quando de sua interpretação, como se o sentido do racismo fosse dado imediatamente a partir da Constituição e das leis ordinárias, isto é, como se fosse tarefa delas, e não do intérprete.

Ato contínuo, com a finalidade de velar esta isenção e ainda parecer que está efetivamente interpretando, ainda transcreve algumas vozes sobre a compreensão de racismo, quando da promulgação da Constituição. Ora, desde 1998, a vida não parou, tendo se manifestado muitos acontecimentos, de forma que um dos modos-de-ser do racismo – de fato e originariamente – é a discriminação e o preconceito contra os negros, mas não se pode pretender que este seja eternamente o único modo-de-ser, interpretando-se automaticamente qualquer outro acontecimento.

A interpretação automática, embora seja pretensamente neutra e coerente em seu discurso formalmente produzido, materialmente esconde uma tonalidade conservadora e a pretensão de ser isenta, mas que é responsável pela intenção de restringir a proteção dos jurisdicionados, sob o manto de um formalismo científico

insustentável nas ciências humanas, como o direito.

As vozes sociais, pois, que compõem o enunciado deste ministro são vozes mais conservadoras, o que se verifica pela data em que foram produzidas, sendo, em parte, elucidações teóricas, semânticas, de cunho formal, alheias à realidade, como o dicionário, ou a voz de um antropólogo sobre raça, além dos discursos dos próprios judeus, aos quais o ministro fez referência. Vejamos, pois, alguns desses exemplos:

3. Embora entre os antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de NICOLA ABBAGNANO (“Diccionario de Filosofia”, trad. Galletti, os. 977/978, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1993) acentuar (. . .)

4. (...) De efeito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri, renomado antropólogo judeu, que escreveu “O Judaísmo Vivo – As Tradições e as Leis dos Judeus Praticantes”, do rabino Morris Kertzer (no livro “O que é um Judeu”) e de Moacyr Scliar (no livro “A condição judaica”), citados em expressivas passagens na inicial deste “habeas corpus”, outros mais há no mesmo sentido. (STF, 2003, p. 14-15 (540-541), do voto do ministro Moreira Alves)

”Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falandi uma infinidade de idiomas diferentes. Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; [...]”. (Rabino Henry apud. STF, no voto do ministro Moreira Alves, p. 15, 541) ” Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; [...] Alguém pode se converter a uma religião mas ninguém pode trocar de raça. Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. [...]”. (Fred E. Foldvaruy apud. STF, no voto do ministro Moreira Alves. 15-16, 541-542)

Assim, embora haja referência à antropologia e aos próprios judeus, a apropriação destes discursos, pelo ministro é, consoante Bakhtin (1997) um ato responsável, valorativo e participativo. Utilizando-se dos referidos discursos e os adequando à sua compreensão acerca do racismo, sobre a qual lança sua tonalidade emocional e volitiva, o ministro conclui que:

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. (...)
6. Em face do exposto, defiro o presente “habeas corpus” para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (STF, 2003, p. 18-19 (545-546), do voto do ministro Moreira Alves)

Nesta senda, a compreensão do ministro é participativa e ativa, conforme se aponta em sua conclusão, dotada de parcialidade, *in verbis*: “Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual o ora paciente como delito de racismo, e assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”, uma vez que este ato de consciência e pensamento, por mais que o ministro pretenda recobrir de razão, está intrinsecamente relacionado à tonalidade emocional e afetiva conferida por ele (BAKHTIN, 1997); não significando, portanto, que teriam o mesmo sentido e embasariam a mesma conclusão de outro indivíduo. Na interação verbal, entre o ministro e os agentes discursivos referidos por ele, como, por exemplo, Carlos Alberto Caó, Fred Folvary, Henry I., Eugene B. Bnrowitz, Samuel M. Stahl e Castro Alves, pois, há uma relação de responsividade e compreensão ativa, de forma que o ministro não está neutro e passivo quando usa o discurso alheio.

Na página 14, do acórdão em análise, o ministro-relator cita um discurso sobre a definição antropológica de raça, atribuindo-lhe uma interpretação restritiva, segundo ele mesmo explica (STF, 2003, p. 14 (540), do voto do ministro Moreira Alves). No entanto, quando assume esta posição sobre o conceito restrito de raça, baseado em classificações biológicas, afirmando que, modernamente, este conceito não pode ser ampliado, como se esta restrição fosse uma interpretação protetiva, na verdade, o ministro está limitando o alcance da proteção da norma constitucional e, conseqüentemente, afastando de seu âmbito de incidência as demais minorias que não sejam negras.

Ora, é preciso esclarecer aqui o seguinte: o uso pejorativo e etiológico do conceito de raça não pode ser usado, pois acarretaria o que a própria norma constitucional repudia, com a finalidade de proteger certos grupos minoritários que sofrem preconceito. Por outro lado, quando se utiliza o conceito social e político de raça, para identificar condutas discriminatórias e promover a proteção desses grupos, é importante não fingir a inexistência desta prática, ao argumento de que não existe raça no sentido biológico.

Sendo assim, quando, na posição de antropólogo, define-se raça de forma

restritiva, ou negando seu sentido etiológico e o discurso de superioridade, isso é feito em convergência interativa com os discursos passados que levaram ao holocausto, numa luta do presente contra esta memória histórica, cujas vozes sociais atravessam as vozes presentes.

Neste sentido, Heidegger (2012) explica o modo de acesso e de apropriação do passado, afirmando que:

O que é expressão de algo exige por si mesmo, enquanto modo de acesso e de apropriação, o seguimento visual dos caracteres de referência (. . . ) que residem em algo objetivamente assim determinado. Trata-se de seguir os vestígios, de esclarecê-lo e contemplá-los em determinadas condições de representação. (HEIDEGGER, 2012, 58) (. . .)

Esse olhar condutor forma parte constitutivo, pelo que faz à realização, do trabalho fundamental da investigação, precisamente ali onde não se supõe que ele esteja: na crítica e na primeira interpretação. (HEIDEGGER, 2012, 59)

Aproximando-se desta linha de inteligência, Bakhtin (1997), igualmente, defende a participação do intérprete na construção do sentido, em sua totalidade, de forma que o mundo da cultura, o produto teórico, só ganha sentido com o mundo da vida, em sua unicidade e irrepetibilidade. Por isso, esclarece que:

Do meu lugar único existe um acesso a todo um mundo singular e, para mim, só este só pode acontecer do meu lugar. Estes são os momentos axiológicos do ser: todos possuem validade individual e no generalizam ser singular, que se abre desde meu único lugar como fundamento do meu alibi no ser. (BAKHTIN, 1997, 54)

Não existe um valor idêntico a si mesmo, reconhecido como universalmente válido, posto que a importância universal não aparece condicionada pelo conteúdo em abstrato, mas em sua correlação com a posição singular do partícipe. (BAKHTIN, 1997, 55)

A interpretação, portanto, que o ministro-relator conferiu aos discursos referidos em seu voto, bem como ao conceito de racismo, não podem ser considerados uma consequência lógica e natural, isenta de afinidade e baseada exclusivamente na razão. A posição do ministro, em favor da concessão do *habeas corpus*, já determina o tom apreciativo, emocional e valorativo, que ele vai imprimir na compreensão dos discursos a que ele se refere.

Vê-se, neste voto, desta forma, a travessia de vozes sociais relacionadas a um discurso mais conservador e formal, visando a restringir as hipóteses de incidência do racismo ao que já havia sido dado no mundo, em concordância com as vozes proferidas no contexto histórico relativo ao momento em que se

constitucionalizou a vedação ao racismo. Ao mesmo tempo, em sua fundamentação, ao se apropriar ativo-responsivamente do discurso de outrem, pretendeu maquiá-la sua afetividade e sua tonalidade emocional diante do sentido construído acerca do tema, especialmente quando faz referência a autores judeus, como o fez na seguinte passagem:

4. considerando, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão, que, então, se põe, e é a de saber se os judeus são, ou não, uma raça. E, a esse respeito, imõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão. (STF, 2003, p. 14 (540), do voto do ministro Moreira Alves)

Outrossim, como atualmente, a tendência do direcionamento jurídico é de inclusão social, pela proteção dos direitos humanos, para promoção da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da República brasileira, sua posição de restritiva não poderia basear-se em argumentos explícitos em favor destes discursos discriminatórios. Sendo assim, o ministro usou argumentos contemporâneos, sobre a inexistência de raça, afastando esta classificação, de acordo com o discurso mais protetivo e condizente com a proteção dos direitos humanos. No entanto, ao final, assumiu uma posição contrária em relação a estes argumentos quando concluiu pela concessão do Habeas Corpus: “Em face do exposto, defiro o presente “habeas corpus” para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva” (STF, 2003, p.19 (535), do voto do ministro Moreira Alves).

Ademais, enquanto enunciador de um discurso, o ministro-relator construiu seu voto tendo em vista seu interlocutor, que, genericamente, seria a sociedade, uma vez que a função do Supremo Tribunal Federal é dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, servindo de parâmetro para os próximos julgamentos, tanto do próprio STF, quanto de outros tribunais e juízes.

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em

elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la“. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição“ (CF, art. 102, caput ) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

Este destinatário, por sua vez, consoante explica Bakhtin (1999), modula o discurso do outro, nesta interação dialógica, uma vez que o emissor já prevê a compreensão ativa do outro e sua réplica. Desta forma, diante da projeção desta decisão no futuro, com a formação de um precedente, havia a previsibilidade de outras formas de discriminação e preconceito poderem ser consideradas racistas, ampliando-se cada vez mais a proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Sendo assim, neste voto, é possível identificar tanto uma voz social conservadora e individualista, no sentido de uma perspectiva liberal e positivista do direito, em contraposição e negação de vozes sociais contemporâneas de promoção da igualdade material (não meramente formal), como um objetivo a ser ainda alcançado, e de uma máxima e expansiva proteção dos direitos humanos. Durante tudo o voto do ministro Moreira Alves, pois, consoante observa-se a partir das mensagens aqui trazidas de seu voto, preocupou-se muito mais com a estabilidade do sentido originário de racismo, tanto que fez citações de textos produzidos em datas muito próximas à da promulgação da Constituição. Desta forma, diante da interpretação restritiva, que desconsiderou todos os anos seguintes, bem como o caso concreto, resta claridade sua tomada de posição afinada com a visão positivista do direito e, por conseguinte, liberal e individualista. Ademais, ao contrário dos ministros que votaram contra a concessão do habeas corpus e a favor de uma abertura do conceito de racismo, o ministro Moreira Alves não fez nenhuma consideração, em seu discurso, sobre a proteção dos direitos humanos, de forma que estes não o ajudaram a construir ativa e participativamente o conceito de racismo.

No mesmo sentido do voto do relator, encontra-se igualmente o voto do ministro Marco Aurélio, sendo que este, depois de relatar os acontecimentos mais importantes deste julgamento, começou seu voto falando sobre a censura, afirmando que ela merece “a preocupação e o repúdio dos povos” (STF, 2003, p. 10 (866), do voto do ministro Marco Aurélio), com base na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, ou seja, documento liberal e individualista. Este ministro citou ainda a

Constituição Americana de 1787, a Declaração de Direitos do Homem de 1789, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, como o ministro Marco Aurélio foi um dos último a votar, o diálogo com os votos contrários ao seu foi mais claro. Primeiramente porque tentou rebater o argumento pela expansão do conceito de racismo baseado na história dos judeus, com a história da escravidão e da censura à imprensa. Relembre-se que o ministro-relator, o primeiro a votar, não abordou estas questões, o que enfraquece seus argumentos, pois, como foi visto na fundamentação teórica, diante da reaproximação do direito à moral e a valores como a justiça, o formalismo não tem mais a mesma força, quando em contraposição a fundamentos de todas as ordens, como o contexto histórico, político e social. Veja-se como ele começa a conferir uma tonalidade mais humanitária a seu voto, respondendo aos argumentos favoráveis à qualidade de racista das práticas do editor-réu:

(. . .) Mais recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras." Eis as normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão. Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, Vice- Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. [. . .] O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado - apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil -, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido - a ignorância (STF, 2003, p. 11-12 (867 e 868), do voto do ministro Marco Aurélio).

Perceba-se que este ministro intenta seguir a mesma linha de argumentação dos outros ministros, a fim de garantir a seu voto uma fundamentação mais próxima da responsabilidade ética e engajada, a exemplo do que fizeram os ministros contrários à concessão do *habeas corpus*, e, conseqüentemente, parecer menos formalista do que o ministro-relator, ainda que sua conclusão seja a mesma. Sendo assim, já dialoga mais claramente com os demais votos contrários ao seu, como fica nítido no seguinte trecho:

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que

me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia dos direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação dos *valores*, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de um grupo de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela. (STF, 2003, p. 13-14 (869-870), do voto do ministro Marco Aurélio)

Uma vez que a maioria já havia votado, o ministro Marco Aurélio pôde estabelecer esse diálogo e aprofundar a fundamentação de seu voto, o que não aconteceu com o primeiro voto, quando nenhum ministro havia ainda se pronunciado. E, assim, como no caso do ministro-relator, o ministro Marco Aurélio, não só dialogou com os ministros contrários à concessão do habeas corpus, como também com o discurso do ministro-relator e com as vozes sociais que atravessaram todos estes discursos. Interagiu verbalmente, pois, tanto com a perspectiva restritiva do conceito de racismo, imprimindo sua tonalidade afetiva no sentido de concordar com ela, quanto com a ampliação do conceito, porém discordando desta interpretação.

Depois do ministro-relator Moreira Alves, é a vez do então ministro Maurício Corrêa, que votou no sentido de abranger o alcance do conceito de racismo para proteger também os judeus e, conseqüentemente, negou a concessão do *habeas corpus*. O mencionado ministro, já no início, quando de seu pedido de vista, demonstra que seu voto será divergente do ministro-relator, voto anterior ao seu, ao afirmar, em diálogo imediato com ele, que fará alguns comentários importantes, mas que não tem a “pretensão de passar à frente de quem quer que seja” (STF, 2003, p. 1 (546) de seu pedido de vista).

Neste sentido, justificando de seu pedido de vista, o ministro Maurício Corrêa, realiza diversos diálogos com discursos bíblicos, com definições de dicionário de língua portuguesa, com a sociologia, com a história, bem como com o contexto atual, com a finalidade de buscar, nestes discursos, a rede interdiscursiva que dará sustentação à sua resposta ao presente caso, como se pode ler neste trecho do pedido:

13. Se os colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do relator, o que poderei até fazê-lo,

mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preconceito. Considere-se, ainda, que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema, impondo-se, reconhecamos, maior aprofundamento do seu exame, sem nenhum demérito do duto voto já proferido. (STF, 2003, p. 7 (552), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa)

Especialmente na parte acima mencionada do enunciado do ministro Maurício Corrêa, é possível ver a relação dialógica entre ele, o passado histórico dos judeus, o presente caso e a repercussão desta decisão do Supremo. Quando se fala em "relevância jurídica" e principalmente em "divisor de águas" e "extensão do preconceito", tem-se que, na interação verbal do STF com a sociedade, há um condicionamento recíproco, pois, ao mesmo tempo em que o Supremo define o sentido das normas que pautam o comportamento humano, esta mesma sociedade, em seu conjunto de circunstâncias, condiciona a adequação do sentido do julgamento. Nesta interação, reside o dinamismo interpretativo do STF.

Ademais, diante do início do seu enunciado, isto é, do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa, nota-se a diferença de tonalidade emocional e afetiva acerca do tema, pois a posição prévia, deste ministro, está localizada no oposto à do primeiro, o relator. Vejamos logo sua primeira exposição:

Senhor Presidente, apenas para induzir a discussão sobre o tema, que é realmente palpitante, sem a pretensão de passar à frente de quem quer que seja, gostaria de tecer algumas considerações preliminares (STF, 2003, p. 1 (546), de seu pedido de vista).  
(...) 3. Tais publicações procuraram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação. (STF, 2003, p. 1 (546) de seu pedido de vista)

Igualmente, desde o início, responde dialogicamente às vozes levantadas pelo ministro-relator no voto anterior e concorda, até de forma enfática, com a afirmação de que os judeus não constituem uma raça, fazendo a ressalva sobre esta ser a posição deles, e com o fato de a imprescritibilidade do crime de racismo, com assento constitucional, foi pensada em defesa da comunidade negra brasileira. Senão, vejamos:

Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, pelo menos segundo nossa visão. Também não há dúvida de que a proposta da constituinte para que se deste o tom de imprescritibilidade aos crimes tidos como de racismo foi da autoria do então deputado Caó e, em decorrência, teve a defesa da comunidade negra no Brasil, e

afinal de todos nós.” (STF, 2003, p. 1 (546), de seu pedido voto).

Sendo assim, Maurício Corrêa, como sujeito ativo nesta relação dialógica, demonstra que, apesar de concordar com as premissas do voto anterior, não concorda com a conclusão, conforme se verifica, a partir da continuação da passagem colacionada supra, *in verbis*:

“Pergunto: será que a carta federal, ao prescrever no inciso XLII do art. 5º que ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’, só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro? (STF, 2003, p. 7 (552), de seu pedido de vista).

Estes produtos teóricos, culturais, isto é, a noção de raça e a imprescritibilidade do racismo relacionada aos negros; são, portanto, consoante defendeu Bakhtin (1997), conteúdo semântico, abstratos, com pretensão de generalidade, objetividade e imutabilidade. E, como cultura, a cognição teórica não é o único momento do ato ético, nem sozinho pode ser considerado suficiente para o conhecimento da totalidade, uma vez que esta é a possibilidade de visualizar o acontecimento por inteiro, com todas as suas circunstâncias, históricas, políticas, culturais, para além do recorte feito pela pretensa abstrativização da teoria (BAKHTIN, 1997).

Este segundo julgador, Maurício Corrêa, ainda, em referência à memória histórica do povo judeu, começa contando a origem destes, explicando a Bíblia (STF, 2003, 1-3 (546-548), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa). Depois de contar uma parte do Velho Testamento, sobre Abraão, Sara, Agar, relação da qual nasceram Ismael (de Agar com Abraão) – tronco do povo árabe – e Isaac, que teve José e Jacó, o ministro conclui o sofrimento dos judeus, desde o início de sua saga, conforme lemos das passagens de seu discurso que segue:

4) Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, cuja polêmica acerca da dicotomia que deu origem aos árabes (semitas) e aos semitas descendentes do tronco de Isaac, que é exatamente o lado da família de José, bisneto de Abraão, permanece até hoje. (STF, 2003, p. 3 (548), do pedido de vista de Maurício Corrêa)

(...)

5) Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Golias, conseqüentemente entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a

refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea – vieram de Creta e Chipre -, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes. (STF, 2003, p. 4 (549), do pedido de vista de Maurício Corrêa).

(. . .)

9 Caminhando ao longo da história, chega-se à era cristã, em que Jesus Cristo surge como o Messias, tão esperado. Esse fato provocou uma cisão entre os judeus, dado que parte deles acredita ser Ele o Messias anunciado pelos profetas, enquanto a outra não crê e O espera até hoje. (STF, 2003, p. 5 (550) do pedido de vista de Maurício Corrêa)

25 Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse episódio histórico o escravismo e o holocausto. (STF, 2003, p. 8 (562), do voto de Maurício Corrêa)

(. . .)

26 como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assentada em que se iniciou este julgamento, “se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abrãao saiu de Ur até hoje, presenciáramos repetidos fatos – amargos e terríveis, que macularam a história humilhando e martirizando não uma raça – salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição. (STF, 2003, p. 8-9 (562-563) do voto do ministro Maurício Corrêa)

Neste segundo voto (“*Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o habeas corpus.*”), o ministro Maurício Corrêa, quando da mencionada longa referência à história do povo judeu, demonstra sua participação na construção do sentido de acordo com a individualidade do seu tom emotivo e afetivo em relação ao que enuncia. Ele, no entanto, não tenta mascarar essa tonalidade, conforme observa-se na página 5 de seu voto, quando ele afirma que as passagens bíblicas sobre os judeus são expressões “extraordinariamente belas” (STF, 2003, p. 5 (550), do voto do ministro Maurício Corrêa).

Ainda neste voto, o ministro, ao fazer referência à memória história pontua o momento em que começou a estigmatização relativa aos judeus: a crença em Jesus

como o Messias, enquanto ainda hoje se espera este no judaísmo. Vejamos o trecho do voto nesta passagem:

Essa é a grande primeira cisão estabelecida entre os judeus do mundo inteiro. Por isso a estigmatização que ainda sofre, assinalando-se como o mais cruel instrumento resultante dessa divisão os tristes episódios registrados por ocasião da Inquisição iniciada no Século IV e que perdurou até recentemente, tendo como um dos maiores corifeus o terrível Tomás de Torquemada, principal executor de seus veredictos, que incluía todos os que pudessem fazer sombra à igreja, especialmente os judeus que renegaram e crucificaram Jesus. (STF, 2003, p. 5 (550), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa)

Ademais, como argumento pela proteção dos judeus, o ministro relaciona o significado e a origem das palavras, derivadas do verbo *judiar*, como *judiação*. Sendo assim, a compreensão ativa deste intérprete deixa clara sua apreciação valorativa, sua posição prévia e a consideração não só do mundo teórico, mas também do mundo da vida, no sentido do que Bakhtin (1997) fala sobre ato ético responsável. Eis a parte do voto em que Maurício Corrêa exemplifica a questão discriminatória através do vernáculo:

11) Não vou aqui recordar aos Ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo *judiação* como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo *judiar*.  
Por que isso?

12) Porque os judeus teriam *judiado* de Cristo. (STF, 2003, p. 5 (550), do pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa)

Sendo assim, ao contar a história dos judeus, não só de forma implícita e velada, o ministro Maurício Corrêa imprime sua tonalidade afetiva sobre o tema, mas deixa muito clara sua participação responsável na interpretação do curso desta história e, com esta compreensão, é que ele se refere a ela, citando-a e fundamentando seu voto através dela. Desta forma, a interpretação realizada por este ministro foi orientada pelos existenciais (*modos-de-ser-aí*) constantes de uma memória história, que proporcionou uma abertura do ser-racismo para sua existência no mundo presente, consoante a hermenêutica heideggeriana (HEIDEGGER, 2012).

Nesta senda, apresentando todos os passos de sua relação dialógica com outros discursos, o ministro Maurício Corrêa pergunta, retoricamente, ao seu interlocutor, tanto

os imediatos, quanto os mediatos e hipotéticos, qual seria a relação entre o que ele havia falado sobre a história dos judeus e o presente julgamento.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si e não falo isso para situar-me neste terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje... (STF, 2003, p. 6 do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa)

A partir deste questionamento, começa a dialogar com outras vozes, como a do Constituinte de 1988 e o contexto histórico, político e social da época de transição entre a ditadura e uma embrionária democracia, baseada no respeito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, preparando o interlocutor para sua tomada de posição eticamente responsável e valorativa, como se vê nesta seguinte passagem:

Pergunto: será que a Carta Federal ao prescrever no inciso LVII do art. 5º que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei” só se refere à raça de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação em grande parte teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a Constituição tão só com esse desiderato? Ou haveria um elastério maior, para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira? (STF, 2003, p. 7 (552), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa)

Tendo em vista esta parte do discurso do ministro e a preocupação democrática de 1988, é importante perceber o diálogo das vozes sociais constitucionais, com as repercussões que até hoje são sentidas a respeito dos direitos fundamentais, considerados, pela doutrina majoritária, como universais, isto é, devem ser garantidos a todas as pessoas, independente de cor, sexo, procedência nacional etc<sup>62</sup>. Sendo assim, consoante exposto quando da relação entre o pós-positivismo e o direito, desde o final da Segunda Guerra, houve uma reaproximação entre o direito e a moral, bem como a abertura daquelas considerações acerca do contexto social, político e histórico, como forma de adequar a aplicação do direito à realidade. Sendo assim, sob influência desta abertura e dialogando com ela, o ministro Maurício Corrêa pondera o sofrimento e estigmatização dos judeus, questionando sobre a possibilidade, ou não, de se afirmar que todos os constituintes<sup>63</sup> teriam pensado na imprescritibilidade

<sup>62</sup> Curso de Direitos Humanos de André de Carvalho Ramos, Ed. Saraiva. São Paulo, 2015, p.82

<sup>63</sup> Constituinte significa os integrantes da Assembleia Constituinte que exerceram o Poder

do racismo exclusivamente em relação aos judeus.

Ainda, como marca do dialogismo, o ministro interage verbalmente com os discursos opostos: de um lado, o sentido estrito de racismo; de outro, uma interpretação teleológica e harmônica com a Constituição:

14) Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do art. 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15) Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela? (STF, 2003, p. 7-8 (552-553), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa).

Percebe-se que a escolha das palavras, como “interpretação teleológica e harmônica”, ou “melhor exegese”, ou ainda “clássica e ultrapassada definição antropológica”, para caracterizar a interpretação referida como alternativa à adoção do sentido estrito de racismo já sinaliza a apreciação emocional e afetiva do ministro. Ora, se a segunda alternativa é harmônica com a Magna Carta, a opção restritiva do ministro anterior, Moreira Alves (ministro-relator), contraria a Constituição. Sendo assim, nesta interação com o voto anterior e, conseqüentemente, com a perspectiva positivista, liberal, individualista e formalista, este outro ministro posiciona-se contra, levando em consideração este discurso para se opor a ele, conforme trecho que segue:

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobre, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus, ou muçulmanos, fazem parte de uma raça única, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas inter- nacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateucos ou Torá acerca da origem comum do homem. (STF, 2003, p. 6 (560), do voto do ministro Maurício Corrêa) (. . .)

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado

em tratados internacionais. A visão contemporânea de direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens. (STF, 2003, p. 21 (573), do voto do ministro Maurício Corrêa.

Sendo assim, depois de passear atentamente pela história, o ministro Maurício Corrêa, a partir deste ponto 46, começou a abordar a questão da evolução dos direitos humanos e sua previsão na normativa internacional, como nesta passagem seguinte:

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de “apologia do ódio nacional, racial, religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”, que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto São José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92 e o Decreto 4463/02). (STF, 2003, p. 22 (576), do voto do ministro Maurício Corrêa).

Outrossim, vê-se que o ministro assumiu sua responsabilidade ética de ser e agir, levando em consideração que o contexto histórico, político, social atual segue uma tendência desenhada desde o final da Segunda Guerra Mundial, à qual o ministro também se referiu, de proteção das minorias, ainda que esta proteção seja mais ativa e abrangente do que a autorizada pelo liberalismo, pelo individualismo e pela segurança jurídica, cuja condição reside na estabilidade dos conceitos e na interpretação das normas. Para ilustrar esta leitura do voto do ministro em questão, eis uma parte de seu texto:

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo antissemita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7716, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais. (STF, 2003, p 27 (581), do voto do ministro Maurício Corrêa)

Autorizado pelo contexto atual do Direito, conforme uma perspectiva pós-positivista, o Ministro Maurício Corrêa dialoga igualmente com este marco filosófico e apropria-se desta abertura, do Direito a valores considerados essenciais na sociedade, incorporando-os, ao seu discurso, em busca de uma decisão justa, segundo ele mesmo, no ponto 18 de seu voto, levando em consideração as particularidade do

acontecimento do ser. Esta forma de compreender o sentido dos conceitos e das normas não era possível sob a perspectiva positivista, pois não havia espaço para a contextualização do evento a ser julgado. Vejamos:

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhe justiça. (STF, 2003, p. 7 (553), do pedido de vista do ministro Maurício Corrêa)

Resta clara, portanto, a composição da rede de vozes sociais que atravessam o discurso deste ministro, tecida a partir de textos bíblicos e relatos históricos, interagindo com as vozes sociais formalistas e de viés positivista do discurso do ministro-relator, tendo como horizonte histórico o nazismo, tanto para repúdio, quanto assumindo a perspectiva valorativa do Direito, bem como posicionando-se contrariamente ao conteúdo dos livros publicados pelo réu. Sendo assim, em seu voto, o referido ministro descreve todo o caminho percorrido pelo seu pensamento, tentando abranger a realidade da vida, em sua totalidade, em consonância com as descobertas da ciência, com o que o mundo teórico diz sobre o conceito de raça e seu sentido semântico, bem como levando em consideração a unicidade da vida e seus domínios político, social e histórico. Sendo assim, vejamos algumas partes do voto, através das quais podemos perceber o olhar do ministro Maurício Corrêa sobre a totalidade da vida, contrariando a posição restritiva e formalista:

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição, como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (STF, 2003, P. 3 (557), do voto do ministro Maurício Corrêa)  
(. . . )

20. No Brasil, o mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de uma vez uma pá de cal na velha definição. "Aliás" - como diz ele - "na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária dos brancos sobre os negros". (STF, 2003, p. 6-7 (560-561))

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raça *ariana*, que deveria prevalecer sobre as outras, particularmente sobre os judeus,

para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como seu alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa dos muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após tortura cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados (...) (STF, 2003, p. 9-10 (563-564), do voto do ministro Maurício Corrêa).

Ainda, considerando o contexto atual de proteção dos direitos humanos e promoção da dignidade humana, o ministro também dialoga com tratados internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, à qual o Brasil aderiu, através do Decreto 65810/69 e seguiu delineando todo o cenário atual sobre o tema, no plano internacional. Vejamos algumas passagens em que o ministro Maurício Corrêa dialoga com alguns discursos internacionais, que inclusive seguem a tendência de máxima proteção dos direitos humanos e de reconhecimento de novas manifestações de racismo, além do seu sentido originário de discriminação contra os negros:

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade, como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades. (STF, 2003, p. 19 (573), do voto do ministro Maurício Corrêa)

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com a Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer, a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi "a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões", motivadas pelas práticas anti-semita do nazismo e pelo desenvolvimento do apartheid na África do Sul. (STF, 2003, p. 20-21 (574-575), do voto do ministro Maurício Corrêa)

54. A Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1998, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público. (STF, 2003, p. 22 (576), do voto do ministro Maurício Corrêa)

Nesta senda, assim como na normativa internacional, o ministro Maurício

Corrêa pensou no racismo enquanto um ser-aí em sua abertura para o mundo e, conseqüentemente, com seu sentido instável, não estanque e mutável, considerando-se não só os modos-de-ser já manifestados, como também os que poderão se manifestar na facticidade da vida. Sendo assim, a interpretação precisa levar em todas as circunstâncias da realidade vivida, seguindo os vestígios da consciência histórica (HEIDEGGER, 2012).

Em outra passagem de seu voto, depois de ter atravessado seu discurso por uma rede ainda mais robusta de outros discursos, materializados em outros julgados do próprio STF e, no plano internacional, nos julgados da Corte americana, relacionado com o posicionamento inglês e com a Corte Europeia, o ministro Maurício Corrêa, no ponto 67, defende que:

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o apartheid sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais. (STF, 2003, p. 26 (580), do voto do ministro Maurício Corrêa)

Ainda, no exercício de sua compreensão ativa e responsiva, já se antecipando qualquer enunciado em defesa do direito à liberdade de expressão, o ministro Maurício Corrêa rebate este argumento, demonstrando sua relação dialógica com o exterior, tendo em vista que a compreensão dos sentidos, segundo Bakhtin (2011) é bilateral e se dá através da comunicação. Tanto o sujeito quanto o objeto são livres e o sentido sempre inacabado, de forma que esta responsividade fica evidenciada na seguinte passagem:

76. Malgrado não seja o fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte[1]). (STF, 2003, p. 30 (584), do voto do ministro Maurício Corrêa)

[1] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por tudo o que foi considerado no exercício do pensamento no sentido bakhtiniano do agir eticamente responsável, e não do dado pela razão, o ministro concluiu que:

36. 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. (STF, 2003, p. 13 (567) do voto do ministro Maurício Corrêa)

Na mesma linha de inteligência do ministro Maurício Corrêa, seguiu o ministro Celso de Melo, posicionando-se consciente e responsabilmente, defendendo que o sentido do racismo não pode ser restrito, como se deu no discurso da defesa do réu e no voto do ministro-relator, pois, segundo aquele, deveriam ser consideradas as dimensões cultural e sociológica do racismo. Para entendermos a responsabilidade ética do voto de Celso de Melo, veja-se a parte sua final e conclusiva:

**Eis porque**, Senhor Presidente, a noção de racismo – **ao contrário** do que **equivocadamente** sustentado na **presente** impetração – **não se resume** a um conceito de ordem **estritamente** antropológica ou biológica, **projetando-se**, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, **além de caracterizar**, em sua abrangência conceitual, um indifereável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, **como bem** evidenciou HANNAH ARENDT, em sua clássica obra “**Origens do Totalitarismo**”, **quando**, ao versar o tema do **anti-semitismo** – por ela qualificado como “uma ofensa ao bom senso” – **refere-se** à manipulação arbitrária dos conceitos de **inimigo objetivo e de verdade oficial**, como expressões **destinadas a fomentar** os “ódios públicos” contra o povo judeu. (STF, 2003, p. 14, do voto de Celso de Melo, p. 300 do acórdão)

No entanto, antes de chegar a esta conclusão, o Ministro efetivamente realizou um ato responsável de pensamento, percorrendo a mesma trilha discursiva do ministro Maurício Corrêa, tecendo considerações históricas sobre os judeus, sobre a evolução dos direitos humanos, tanto no sistema de proteção global, quanto no regional. Desta forma, antes fechar o sentido de racismo no presente caso, construiu toda a rede de vida da história dos judeus, bem como dos direitos humanos, além da origem do racismo, para, só depois, levando em conta todas as circunstâncias da realidade de fato vivida, poder, finalmente, compreender o racismo. Vejamos algumas destas passagens:

**Cumpre** destacar, bem por isso, Senhor Presidente, dentro desse contexto, a significativa importância que representou, no processo de conquista das liberdades fundamentais, a promulgação, há quase 55 (cinquenta e cinco) anos, em 10/12/1948, pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. (STF, 2003, p. 6 da antecipação do voto de Celso de Mello e p.292 do acórdão)

(. . .)

**Cabe recordar, ante** a sua inquestionável pertinência, o **preâmbulo** da Constituição da Unesco (1945) – órgão das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – **que expressamente advertiu** que o terrível conflito mundial que se abateu sobre a humanidade “não teria sido possível sem a negação dos princípios democráticos da igualdade, da dignidade e do respeito mútuo entre os homens, e sem a vontade de substituir tais princípios, explorando o preconceito e a ignorância, pelo dogma da desigualdade dos homens e das raças”. (STF, 2003, p. 13 da antecipação do voto de Celso de Mello e p. 299 do acórdão)

Já no começo de seu voto, o ministro Celso de Mello sinaliza, pela manifestação de sua tonalidade afetiva, que irá concordar com o ministro Maurício Corrêa, ao afirmar que, depois dele, não precisaria fazer comentários adicionais. Veja-se o trecho mencionado:

O **magnífico** voto que acabamos de ouvir, **proferido** pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **dispensar-me-ia** de considerações adicionais, **pois analisou**, com propriedade, a questão ora em exame. (STF, 2003, p. 3, da antecipação do voto de Celso de Mello, e p. 289, do acórdão)

Ainda, importante passagem do voto do ministro Celso de Mello, demonstrando sua preocupação com a memória histórica, tendo esta provocado o efeito de repulsa e luta contra esse passado, mas, ao mesmo tempo, com o pensamento voltado para o presente, com todas as circunstâncias, como é possível de se perceber a partir do seguinte trecho:

É também importante assinalar, **sempre** no contexto dos marcos temporais a que inicialmente me referi **neste** voto, que o **presente** julgamento **tem lugar** em momento **que precede** a celebração, em 29 de abril, logo após a festa do **Pessach** (Páscoa Hebraica), do dia da recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto (**Yom Hashoá Vehagevurá**), **data** em que o povo de Israel **relembra e honra** a memória dos milhões de judeus vitimados por um dos maiores genocídios registrados na história de toda humanidade. **Tal como** no Dia da Recordação – em que se rememora, **com respeito** o Holocausto que imolou o povo judeu-, **também** este Supremo Tribunal **não pode ser indiferente**, no exame dessa controvérsia, **à grave advertência** que a História nos impõe, pois, também aqui e agora, **é preciso** “lembrar e recordar – **jamais esquecer**”. (STF, 2003, p. 5 da antecipação do voto de Celso de Mello, e p. 291 do acórdão)

Destarte, como se vê pelos trechos acima, além considerar a relevância da consciência histórica, “enquanto expoente da interpretação do hoje” (HEIDEGGER, 2012, p. 42), teve em conta também sua posição prévia como Supremo Tribunal Federal. Desta posição prévia, o ministro Celso de Mello, situado no “hoje ocasional”, abordou o passado relacionado com o ser-aí e no qual este se manifestou. Esta abordagem do passado, o ministro o renunciou, confirmando “um dos caracteres fundamentais da facticidade, de sua temporalidade” (HEIDEGGER, 2012, p. 43), contrariamente ao discurso do impetrante (a defesa) e do ministro-relator, uma vez que ambos defenderam a imutabilidade do sentido de racismo.

Ainda, quanto ao discurso do ministro Celso de Mello, importante mencionar a interação verbal que estabeleceu com o enunciado do ministro Marco Aurélio[1], que defendeu em, aproximadamente, 72 (setenta e duas) laudas e meia, o direito à liberdade de expressão e, conseqüentemente, que o editor-réu não havia cometido qualquer crime, tendo feito apenas uma revisão histórica. Importante explicar que o voto do ministro Marco Aurélio, foi proferido depois do voto do ministro Celso de Mello, o que demonstra a compreensão ativa, levando em consideração o outro no seu discurso, antevendo uma possível resposta e antecipando seu posicionamento a respeito dela previamente em seu discurso, refutando qualquer possível manifestação contrária à sua.

De um lado, encontra-se o ministro Celso de Mello; de outro, o ministro Marco Aurélio que, quando de seu voto, depois de ter relatado brevemente os acontecimentos importantes do processo em questão, começou a falar do direito à liberdade de expressão, igualmente abordando o contexto histórico e as conseqüências das restrições deste direito, como no período da Inquisição e da ditadura militar. Depois dessa retomada de consciência histórica, o ministro Marco Aurélio posiciona-se contrariamente à restrição deste direito e relaciona este passado com o acontecimento do discurso racista, como se observa a partir da seguinte passagem:

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas do mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. (STF, 2003, p. 18 do voto de Marco Aurélio e p. 549 do acórdão)

A partir da defesa do direito à liberdade de expressão, pois, o ministro Marco Aurélio defendeu que a publicação e edição dos livros de conteúdo antissemita não poderiam ser considerados uma prática racista, tendo em vista que era direito de expressão do réu comercializar as edições com este conteúdo. No entanto, não foi o que entendeu a maioria dos ministros, como Celso de Mello, que, antes mesmo do ministro Marco Aurélio, já conhecendo as possíveis respostas a seu enunciado, já se antecipou. Essa relação dialógica de responsividade e compreensão ativa entre os discursos atravessados fica bem nítida no discurso do ministro Celso de Mello, na seguinte passagem:

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão a liberdade de expressão.

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. (STF, 2003, p. 17 da antecipação do voto de Celso de Mello e p. 303 do acórdão)

Sendo assim, o ato de pensamento do ministro Celso de Mello deu-se de forma responsável não só formalmente, como eticamente, uma vez que, em busca da verdade, procurou refletir sobre todo o contexto que envolvia a questão, sem fazer um recorte das circunstâncias histórica, atuais e dos valores sociais, como o da justiça. O ato de pensamento dos ministros que consideraram as práticas do editor-réu abrangidas pelo conceito de racismo, como Maurício Corrêa e Celso de Mello, foi efetivamente realizado e engajado não só em respeito ao passado, como mantendo-se no hoje e projetando-se para o futuro. Neste lado, não houve uma restrição à questão jurídica, nem uma necessidade de conservar intacto o conceito de racismo no sentido da falação, isto é, do caráter público do ser-aí-racismo.

Por outro lado, ainda que Marco Aurélio tenha passeado pela história, ouve-se claramente um discurso conservador, liberal e formalista, atravessando tanto o seu discurso, quanto no voto do ministro-relator, Moreira Alves. A interação, portanto, entre a maioria dos ministros, defensores da abrangência do conceito de racismo, e os ministros que votaram pela interpretação restritiva, está atravessada e composta pela luta mais constante e interminável no âmbito dos direitos humanos: o individualismo liberal e a máxima proteção e eficácia destes direitos.

Interagiram dialogicamente, portanto, de um lado, uma interpretação

restritiva, cujo fundamento seria a necessidade de manter a estabilidade do sentido do racismo e preservá-lo como foi concebido originariamente, ou seja, como proteção constitucional exclusivamente voltada para os negros, e, de outro lado, uma interpretação ampliativa. Esta última interpretação, por sua vez, dialogava com a tendência evolutiva dos direitos humanos, de maximização do alcance destes. Ademais, ainda que se defenda a liberdade de expressão, esta voz ainda se situa ao lado da interpretação positivista, restritiva e liberal, pois, além de se tratar de um direito individual, este argumento serviu - sobretudo - para mascarar a interpretação restritiva, fundada apenas na responsabilidade especializada (formal), alheia ao contexto histórico, social e político.

#### 4.5 A PRAVDA E A ISTNA NO JULGAMENTO DO HC 82.424/RS: SOBRE A RESPONSABILIDADE ÉTICA

Relativamente à decisão colegiada final, esta deveria posicionar-se valorativamente sobre o racismo e concordar com a decisão condenatória do 2º grau, que considerou racismo os crimes imputados ao réu e, conseqüentemente, seria imprescindível a persecução penal, ou rechaça-la, afastando-a do alcance do racismo das práticas de discriminação e preconceito contra judeus, tendo, como consequência, a extinção da punibilidade pela prescrição. Para se chegar a esta conclusão, havia dois caminhos, o da razão e do mundo teórico, baseados no formalismo e do distanciamento da realidade de fato vivida, ou pelo pensamento atento à totalidade do mundo da vida, com todas as suas circunstâncias.

Este último caminho seria o que Bakhtin (1997) chamou de ato ético, que leva em conta tanto a responsabilidade especializada, sendo esta, no presente estudo, as leis, como a responsabilidade moral, representada aqui pela proteção dos direitos humanos/fundamentais, em consonância com a realidade contextualizada, político, social e historicamente. Sendo assim, como visto no voto do ministro Maurício Corrêa, seu agir responsável deu-se como na analogia de Bakhtin (1997) ao Jano Bifronte, isto é, com um olhar voltado para a ciência (mundo teórico) e outro, para vida, em sua unicidade e singularidade (o mundo concreto). A teoria, pois, não pode dar conta do acontecimento da vida, uma vez que a representação do acontecimento não é o próprio acontecimento, não podendo ser considerado como verdade absoluta e universal.

A verdade formal, do mundo teórico (cultural), não é eticamente responsável, tendo em vista que, para ser constituída, foi preciso afastar-se da vida, do humano. Neste sentido, Bakhtin (1997) explica que não existe um postulado formal teórico que abarque o *dever-ser*, pois não existe um *dever-ser* científico, uma vez que o desvelar, fenomenologicamente, só pode dar-se na vida vivida. O conteúdo teórico, portanto, deve relacionar-se com o acontecimento singular do ser, para ganhar o sentido verdadeiro (verdade concreta e real). Sendo assim, em virtude desta articulação da teoria com a vida, a palavra é considerada dinâmica, em seu momento substancial de reconciliação da vida com a cultura.

Desta forma, toda palavra passa pelo tom emocional e afetivo do intérprete-julgador, quando da definição do conceito de racismo, pois, uma vez questionado sobre o tema, ele é chamado a pensar sobre ele. Nesta relação com a palavra, passando pelo momento teórico inicial, pelo qual tanto o ministro-relator, quanto o segundo ministro o fizeram, ambos participam ativamente da construção do sentido, transferindo para este momento, seu tom emocional de volitivo.

Quando os ministros do STF são chamados a julgar, especialmente uma questão tão importante e sensível, eles não podem alegar qualquer alibi do ser, pois, na sua participação na vida, sua singularidade é irrevogavelmente obrigatória, não cabendo sequer, delegar o exercício de decidir para o mundo da teoria, como se ela tivesse uma resposta suficientemente acabada, adequada e universalmente verdadeira, para o acontecimento único da vida. Nesta linha de raciocínio, há uma proporção inversa entre a unidade teórica e a singularidade real, pois, quanto mais se aproxima da unidade teórica, mais pobre e geral. Por outro lado, quanto mais se aproxima da singularidade individual, tanto mais completa e plena torna-se a atividade interpretativa.

O fato vivenciado, isto é, o racismo, não poderia ser reduzido e expresso adequadamente em “términos teóricos”, ou na literalidade da lei (BAKHTIN, 1997, p. 47). O fato em exame, pelo STF, deveria ter sido, como foi, descrito e vivenciado participativamente. Neste sentido, para ilustrar a participação do eu, veja-se o trecho, abaixo citado, do voto do ministro Maurício Corrêa:

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, repro- vável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva de raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas

que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal (STF, 2003, p. 30 (584), do voto do ministro Maurício Corrêa).

Com este trecho, percebe-se o tom emocional e afetivo do ministro em relação ao caso, ao mesmo tempo em que ele une o mundo da teoria ao mundo da vida, fazendo referência à ciência, bem como na realidade de fato vivenciada pelo racismo. É relevante, ainda, perceber que ele deixa clara a marca da sua singular participação, engajando-se, responsabilmente, na compreensão do conceito de racismo, sem, em momento algum, isentar-se de sua responsabilidade ética.

A norma constitucional só seria imperativa, ou seja, só teria sentido, quando relacionada ao caso concreto, como afirma Bakhtin (1997):

O aspecto do sentido abstrato, sem correspondência com a unicidade inexoravelmente real, tem capacidade de se projetar; trata-se, no entanto, de uma espécie de apagador de um fazer possível, um documento sem assinatura, que não é obrigatório para nada nem para ninguém (BAKHTIN, 1997, 51).

Assim, mesclando a memória histórica, vivenciada no nazismo, citando os campos de concentração, depois de ter desenhado todo o contexto social, político, contemporâneo, no qual se desenvolve existencialmente o ser-racismo, manifestando-se como mais um modo-de-ser no mundo, consoante explica Heidegger (2012) acerca da interpretação do ser-aí (Dasein). Embora existam outros modos-de-ser no mundo já lançados nele e, conseqüentemente, já conhecidos, a vida é dinâmica, podendo, a realidade fática, irromper sempre novos conceitos prévios, uma vez que eles são instáveis e mutáveis (HEIDEGGER, 2012).

Em sentido oposto, estava o discurso do ministro-relator, ao defender um conceito restrito de racismo, fundamentando-se no argumento de preservação e respeito à intenção inicial do constituinte originário, quando positivou abstratamente a norma na Constituição. Neste sentido, vejamos uma parte ilustrativa do voto deste ministro:

4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o art. 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação, ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não uma raça. (STF, 2003, p. 14 (540), do voto do ministro Moreira Alves)
5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. (STF, 2003, p. 18 (544), do voto do ministro Moreira Alves)

Neste primeiro voto, o dialogismo verificado em seu discurso foi muito menos complexo do que no segundo, o do ministro Maurício Corrêa, uma vez que aquele fez um recorte, abordando apenas o conteúdo semântico, teórico e abstrato da norma, distanciando-se de toda a complexidade da vida, suas circunstâncias e seu contexto social. Desta forma, verifica-se, em seu discurso, a presença da voz positivista e formalista, cuja finalidade é alcançar uma verdade abstrata, vazia de valores. A esta verdade formal Bakhtin (1997) chamou de *istina*.

A *istina*, conforme o filósofo russo explica, em *Por uma Filosofia do Ato*, que se trata de é uma verdade fruto de uma abstração lógico-formal, afirmando que:

Triste mal-entendido, herança do racionalismo, o fato de que a verdade (*pravda*) só pode ser uma verdade universal (*istina*) quando composta de momentos gerais; o fato de que a verdade de uma situação consista justamente no que nela se encontra de repetível e permanente, de tal modo que o geral e o idêntico o seja por princípio (logicamente idêntico), enquanto que uma verdade individual se considere artisticamente irresponsável (BAKHTIN, 1997, p.45)

Bakhtin (1997), portanto, chama de triste mal-entendido o fato de se acreditar que a *istina* seja uma verdade responsabilmente considerada porque fruto da razão abstrata e universal. Sendo assim, a esta verdade formal, Bakhtin (1997) opõe a verdade real e concreta, a verdade como justiça: *pravda*. No presente estudo, o primeiro voto analisado foi um “triste mal-entendido”, pois o ministro-relator defendeu, como herdeiro do racionalismo, a *istina*, buscando o que havia de permanente no conceito de racismo, afastando este evento único, da realidade viva.

Já o voto do ministro Maurício Corrêa percorreu o sentido oposto, desvelando todas as vozes que atravessaram seu discurso e que, em conjunto com sua participação ativamente responsável, construíram-no.

Preocupou-se o mencionado ministro com todo o contexto histórico, refletindo ativamente sobre suas consequências, interagindo igualmente com outros textos científicos e da normativa internacional, mostrando-se engajado com o contexto político subjacente ao seu discurso, de forma que, mostrou-se atento à totalidade que envolve a questão a ser decidida. Neste sentido, este ministro considerou tanto a responsabilidade especializada, isto é, as leis e a teoria, quanto a responsabilidade moral, pois ambas constituíram as duas faces de seu ato ético, em busca da verdade como justiça, como se pôde ler pelos trechos de seu aqui mencionados e do que segue:

10. A questão, como visto, gira em todo da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí, mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (STF, 2003, p. 3(557), do voto do ministro Maurício Corrêa)

Para facilitar a compreensão do pensamento responsável e sua diferença em relação à razão, Bakhtin (1997), ensina que:

O desamor e a indiferença jamais podem ser capazes de angariar forças suficientes para refletir intensamente acerca do objeto, fixando e modelando cada pormenor e detalhe seu. Só o amor pode ser esteticamente produtivo, só em uma relação com o amado é possível a plenitude do múltiplo. (BAKHTIN, 1997, 70)

A razão e, conseqüentemente, o voto do ministro-relator parece não ter alcançado o dever-ser concreto da vedação do racismo. Este primeiro voto, pois, pretendeu apresentar-se como formal e isento de afetividade sobre o tema discutido, de forma que esta indiferença não conseguiria refletir adequadamente sobre todos os detalhes relativos ao racismo, conformando-se apenas com a responsabilidade especializada.

Ademais, a busca da *pravda*, através do ato eticamente responsável e da construção de sentido de forma participativa, fica mais clara quando alguns ministros, como Gilmar Mendes, utilizam-se da técnica da ponderação<sup>64</sup>, que se trata de uma técnica usada na aplicação do direito quando os julgadores se deparam com os famosos “*hard cases*” e, por conseguinte, a mera subsunção do fato à norma não é suficiente para julgar o caso. A subsunção pode ser compreendida como a mera responsabilidade especializada, que, às vezes, a compreensão meramente formal do sentido da norma pode ser suficiente, coincidindo com uma compreensão que considerasse tanto a responsabilidade especializada, quanto a ética. No entanto, nem sempre isto é possível, sendo necessário ponderar entre os valores em jogo, diante

---

<sup>64</sup> Segundo o professor Ingo Sarlet, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, explica que geralmente atrelada à colisão de direitos fundamentais, a técnica da ponderação de bens surge a partir da insuficiência da subsunção como técnica de aplicação do direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos.

do caso concreto, na realidade de fato vivida e todas as suas circunstâncias, como se deu neste julgamento. Por seu turno, a ponderação é justamente a atividade do jurista em busca da *pravda*, interpretando-se ativa e eticamente, consoante a afetividade manifesta na compreensão.

Neste esteira de pensamento, o ministro Gilmar Mendes, depois de estabelecer a questão central do julgamento em análise e de se posicionar ao lado das vozes dos ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, começa a ponderar entre o racismo e a liberdade de expressão e opinião, explicando que:

É verdade ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto - diria inevitavelmente aberto - da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade (STF, 2003, p. 19 (655), do voto do ministro Gilmar Mendes).

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nesta última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. (STF, 2003, p. 22 (658), do voto do ministro Gilmar Mendes).

Igualmente, o ministro Nelson Jobim mostrou preocupado com uma interpretação participativamente ativa e responsável, não só do ponto de vista formal, com o olhar voltado apenas para o conteúdo semântico dos vocábulos, mas também atento ao contexto, a fim de se chegar a decisão mais justa, legítima e coerente com o contexto no qual todos, objeto e sujeito, estão localizados espaço-temporalmente. Sendo assim, veja-se o seguinte trecho de seu voto:

85. 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-las 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 (STF, 2003, p. 33 (587), do voto do ministro Nelson Jobim).

Restou clarividente nesta passagem a descrição do Jano Bifronte bakhtiniano, voltado, mesmo tempo, para o produto teórico, a responsabilidade especializada, bem como para a vida e suas circunstâncias, pois o dever ter natureza ética, e não meramente teórica, consoante Bakhtin (1997). E só o pensamento eticamente responsável é capaz de compreender a singularidade da vida e da aplicação da norma em relação a cada evento, para se chegar à *pravda*.

O princípio da proporcionalidade, ou a ponderação, consistem portanto, na abertura do conceito para a realidade de fato vivida e para interpretação, a fim de julgar justa e adequadamente. A proporcionalidade, portanto, encarrega-se tanto da responsabilidade formal, quanto da ética, realizando o intérprete uma compreensão ativa e participativa na construção do sentido do racismo.

O ministro Nelson Jobim, em seu voto, igualmente, sinaliza sua preocupação maior com a busca da *pravda*, uma vez que, desde o início, avisa que precisará lançar um olhar demorado e responsável, a fim de abarcar a totalidade da vida. Importante notar, ainda, neste início de voto, que, ao deixar clara sua posição, o ministro interage verbalmente, mantendo uma relação dialógica com os discursos sobre as concepções da linguagem, tanto da metafísica, pelo tomismo e pela escolástica, quanto de uma perspectiva mais contemporânea da linguagem como um fenômeno cultural e social.

Neste sentido, o mencionado ministro, explica que irá procurar o significado do racismo no mundo, isto é, de acordo com sua manifestação no mundo, fazendo - expressamente - uma relação com a Teoria da Linguagem, como se vê na seguinte passagem:

Toda tentativa que aqui se faça é muito aguda em teoria da linguagem, isto é, temos uma tendência, principalmente no ramo do Direito, dentre outras ciências, de tentar encontrar o significado das palavras no mundo, buscar certos objetos e deles extrair o conceito de significado da palavra. Tanto é que a grande tentativa definitiva de palavrado se dá sempre pela tentativa de descrever algo no mundo. Se faço uma pergunta sobre o conceito ou definição de uma expressão como, por exemplo, "Lápis", poderíamos fazer uma definição ostentatória, quer dizer, ao mostrarmos o objeto, estaríamos aplicando a palavra sobre isso. Aí, no momento em que começarmos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. Assim, temos que inventar coisas no mundo para tentarmos dar definição às palavras.

Esse compromisso realista da língua, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamento, e não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essas expressões "racismo". Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados (STF, 2003, p. 2 (692), do voto do ministro Nelson Jobim).

Destarte, resta clara a tonalidade afetiva e volitiva deste ministro lançada sobre uma concepção de Direito como linguagem e, como tal, aberta ao contexto histórico, social, político e cultural, rejeitando firmemente uma visão formalista, racional, cujo olhar se volta apenas para a responsabilidade especializada; alheio, portanto, às circunstâncias da vida. Como o Jano Bifronte, sobre o qual fala Bakhtin (1997), o ministro Nelson Jobim assumiu a responsabilidade de comprometimento com as duas responsabilidades que constroem, em conjunto, uma verdade substancial, isto é, a *pravda*.

Ato contínuo, este mesmo ministro, tem em conta a singularidade e a particularidade de cada caso concreto, iniciando sua interpretação pela responsabilidade formal, mas sem estagnar nela, sendo esta apenas uma etapa da atividade interpretativa eticamente reponsável. O ministro Nelson Jobim, longe de julgar com base apenas na cognição teórica, ou seja, no que está escrito apenas na lei restritivamente, considerou também a realidade de fato vivida. Neste sentido, vejamos outro trecho de seu voto:

Quero deixar muito claro que esta condituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática de racismo, ou estamos em outro tipo de conduta. Darei um exemplo: aqui em Brasília, o eminente Embaixador, Yshaia el Eghouy, do Líbano, costumava contar, na Embaixada do Líbano, a seguinte história: em determinada sala de aula, a professora de matemática perguntava a Yussef, que era libanês, com seis anos de idade, e dizia o Embaixador Yshaya:

Quanto é dois mais dois? E o menino levantou-se e disse assim:

- É para vender ou comprar?

Evidentemente, aqui temos uma expressão que não tem nada de prática de racismo, embora alguém pudesse construir, em cima desta conduta, jocosa, uma tentativa de ter preconceito em relação a um determinado tipo de personagem, que seriam os libaneses ou árabes (STF, 2003, p. 2-3 (692-693), do voto do ministro Nelson Jobim).

Assim como foi realizada uma abertura do conceito de racismo à realidade da vida, ao seu contexto histórico, social, político e cultural, esta decisão, como se

vê nas palavras do ministro Nelson Jobim, manteve o conceito aberto em relação a futuros casos concretos, tendo lançado um novo modo-de-ser no mundo, tornando mais robusta a rede das experiências da existência, lugar natural da interpretação, segundo Heidegger (2012). E, diante desta abertura, é que a responsabilidade ética conferirá legitimação e segurança às decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando a discussão feita, na análise do fenômeno em questão, chegamos a algumas considerações conclusivas. Assim sendo, de um lado, a favor de uma interpretação restritiva do conceito de racismo, parece ter havido uma relação dialógica com as vozes sociais do positivismo jurídico, bem como uma preocupação liberal e individualista com a segurança jurídica, calcada na estabilidade dos conceitos, ou melhor, dos dogmas e, por conseguinte, do ordenamento jurídico, a partir do afastamento do direito em relação a valores sociais e morais. Do outro lado, sendo posição majoritária entre os ministros que compunham o STF à época, estão as vozes sociais que emergiram no mundo diante da crise provocada pelo individualismo excessivo, interagindo verbalmente no sentido de reconciliar a responsabilidade especializada do direito com a responsabilidade moral.

Primeiramente, como foi visto na fundamentação teórica, depois da Segunda Guerra Mundial, houve uma crescente preocupação do direito com a dignidade da pessoa humana, em virtude da barbárie nazista. Sendo assim, além das liberdades clássicas, de viés liberal e individualista, que já haviam se consolidado, aumentou a preocupação os direitos humanos de dimensão social e solidária, voltados muito mais para a dignidade da pessoa humana. Ademais, neste mesmo contexto, restou evidenciada uma luta que opunha, no direito, de um lado, os positivistas e, de outro, os pós-positivistas.

Sendo assim, as vozes sociais que se opõem e dialogam no julgamento em análise atravessam e dão substância ao debate que fundamentou uma das decisões mais importantes e polêmicas do STF ecoam desde muito antes deste julgamento. O positivismo, ainda muito forte, tenta se sobrepor à interpretação valorativa e abrangente, baseada na dignidade da pessoa humana e na reaproximação do direito com a moral e a justiça.

A partir do domínio do positivismo e seu recorte epistemológico, foram enunciados os discursos atravessados pela pureza do direito enquanto ciência, pela estabilidade dos conceitos como garantia da segurança jurídica, pelo afastamento do direito em relação à moral e à justiça, pelo individualismo, pela razão, pela responsabilidade meramente especializada (formal) e, conseqüentemente, pela restrição do conceito e tentativa de mantê-lo imutável, fixo e eterno. Nesta senda,

neste âmbito de compreensão, há uma tendência de limitar a abrangência da proteção dos direitos humanos e uma preocupação vazia a dimensão formal do direito. No entanto, por trás desta concepção individualista, existe uma intenção de não favorecimento de um alcance cada vez maior dos direitos humanos, para não ocorrer uma efetiva mudança na ordem mundial. O individualismo, pois, ainda que respeite e proteja alguns direitos, como a liberdade de expressão, pode servir para manter o *status quo* e, por conseguinte, o poder concentrado nas mãos de certos segmentos.

Já, a partir do domínio do pós-positivismo, o discurso dos votos a favor da abrangência do conceito de racismo se opõe ao discurso restritivo liberal e individualista, por meio da abertura do ser-aí, da hermenêutica da facticidade, da compreensão ativa e participativa. Considerando-se, pois, o ato ético responsável do pensamento abrangente sobre o acontecimento único, com todas as suas circunstâncias, bem como a relevância dada ao passado, presente e futuro, como forma de contribuição para construir a teia de sentidos já dados e constante evolução, este julgado promove a expansão dos horizontes acerca do racismo e da proteção da dignidade da pessoa humana. Isto porque, sendo este um julgado da Suprema Corte, ele se projeta para o futuro, realizando mudanças sociais sucessivas, que terão como suporte esta nova interpretação.

No embate entre as mencionadas vozes sociais que compunham cada um dos discursos opostos (o da interpretação restritiva e o da abertura do sentido), teve como arena dialógico-discursiva o julgamento do Supremo Tribunal, que, neste caso, mostrou-se alinhado com esta tendência evolutiva da maximização da proteção dos direitos humanos e da importância da busca de se concretizar a justiça, como fim do direito. Destarte, consoante explica Bakhtin (1997) sobre a construção participativa do sentido, quando o eu imprime sua tonalidade emocional e volitiva, a maioria dos ministros se posicionaram de acordo com a afetividade em relação a uma das possibilidades de sentido e às consequências produzidas pela interpretação mais abrangente e responsável eticamente, ou pela interpretação restritiva.

Por conseguinte, as evidências discursivas do fenômeno em questão parecem indicar que os discursos dos votos pela concessão do *habeas corpus*, ou seja, com base na concepção meramente formal e semântica de racismo, voltados para o alcance da *istna*, foram vencidos, no embate dialógico, pelas vozes sociais de

fraternidade, solidariedade e da abertura do Direito às considerações axiológicas e à realidade do caso concreto, superando o discurso excessivamente formal, para a máxima proteção dos direitos humanos e promoção da dignidade da pessoa humana, bem como para o alcance da justiça (*pravda*).

Quanto à mencionada abertura do Direito, para a vida e para as considerações axiológicas, destarte, torna clarividente a importância de uma hermenêutica da facticidade e da abordagem onto-fenomenológica do ser-aí, tendo em vista a abertura do ser-aí na vida (HEIDEGGER, 2012). Importante, portanto, compreender que não existem categorias, classificações, dogmas, ou leis, perfeita e automaticamente ajustáveis aos acontecimentos únicos, singulares e eventuais da realidade de fato vivida.

Por isso, ainda que se reconheça, neste julgamento, a configuração do racismo contra judeu, não significa que todos os eventos seriam assim considerados automaticamente. No entanto, o reconhecimento desta possibilidade e abertura do racismo - para além do preconceito e discriminação contra os negros – já fomenta uma maior atenção a outros acontecimentos da vida que também podem ser racistas, proporcionando, conseqüentemente, uma maior proteção à dignidade humana.

Como foi visto, não houve um fechamento eterno do conceito de racismo, mas apenas momentâneo, caso concreto apenas, o racismo, em sua ex-sistência (HEIDEGGER para este, 2012), ou seja, na totalidade da vida (BAKHTIN, 1997), poderá futura e eventualmente se manifestar de outras formas, quando, então, os julgadores, localizados espaço-temporalmente em outro contexto, irão - novamente - realizar uma atividade interpretativa eticamente responsável, podendo, ou não, entender como racistas outras práticas, contra outros grupo minoritários. A diferença, no entanto, é que, a partir desta decisão, contarão com esta nova forma de manifestação do ser, que poderá ser perseguida como vestígio histórico, ou melhor, precedente da Suprema Corte.

Relativamente a questão do embate entre a segurança jurídica, centrada na estabilidade dos sentidos dos textos normativos, e necessidade de justiça, que busca a promover os direitos humanos em proteção à dignidade da pessoa humana, temos que não se pode questionar uma decisão que foi exaustivamente fundamentada, tendo o intérprete se comportado como o Jano Bifronte de Bakhtin (1997), realizando uma

investigação histórica, antendo ao caso concreto e suas circunstâncias, bem como pensando na projeção desta decisão no futuro. O argumento de que um método racional é mais seguro, pois é formalmente construído e imutável, nada tem de seguro, uma vez que, não havendo discurso neutro, por mais positivista que seja o método, o discurso sempre carrega a tonalidade emocional e afetiva, de modo que o eu do intérprete faz parte da construção de sentido, restando essa afetividade mascarada por esse formalismo vazio.

Ainda, não se pode falar em segurança, quando o mesmo método é utilizado para resolver qualquer questão, sem qualquer fundamentação que demonstre sua proporcionalidade, sua coerência com a totalidade da realidade. A razão pura, no sentido de que fala Bakhtin (1997), servirá muito mais para omitir o desejo de conservação do *status quo*, de forma individualista e liberal, por trás de um discurso formal, que não trará a segurança do controle dos motivos das interpretações e, conseqüentemente das decisões, pois os motivos serão sempre os mesmos, independente da realidade. Entretanto, sim, garantirá a segurança de manutenção do poder com quem já os detém, sem emancipar cada vez os grupos minoritários.

Esta segurança de manutenção do *status quo*, no entanto, observa apenas a *istna*, ou seja, a etapa inicial da interpretação, e não a *pravda*. Sendo assim, diante de uma interpretação incompleta, não há falar em segurança, residindo esta, portanto, *pravda*, na verdade como justiça. Aqui, o pesquisador imprime sua tonalidade emocional e afetiva, claramente.

Ainda, na manifestação de afetividade e de consciência da participação deste pesquisador na construção deste estudo, por tudo o que foi exposto, através das opções de fundamentação teórica e da análise dos resultados, não há segurança nas decisões baseadas no formalismo excessivo, só há segurança na justiça, pois a responsabilidade ética é que de limitar a interpretação, como etapa final de seu exercício, e não uma pretensa estabilidade eterna do sentido originário dos textos normativos. O argumento dos positivistas de que essa abertura poderá gerar insegurança jurídica, podendo haver manipulação dos fundamentos para se decidir arbitrariamente não pode prevalecer, pois a história do holocausto provou justamente o contrário: o formalismo e a observância dos decretos de Hittler - sem qualquer consideração do valor da justiça – permitiu justamente o contrário.

Ademais, como se pôde observar nesta decisão do Supremo, bem como

nas notícias recentes especialmente a respeito da corrupção, se não se tivesse realizado uma interpretação responsabilmente ética, em diálogo com todas as vozes sociais analisadas referentes ao formalismo, à história dos direitos humanos etc, dificilmente ter-se-ia alcançado à pravda. Pelas decisões recentes, igualmente, percebemos que o método formal de interpretação não garante segurança, muito menos justiça, pois tanto manipulam os sentidos dos textos, para garantirem a manutenção do *status quo*, sendo o argumento muito simples: é a lei, como também editam projetos de leis para justicar novas injustiças.

Sendo assim, diante da compreensão ativa e responsável eticamente deste intérprete-pesquisador, a única saída para a justiça é a ética como limite da interpretação, não podendo haver uma verdade absoluta e prévia ao acontecimento. Tem-se o produto teórico (a lei) como ponto de partida da interpretação, mas não como de chegada. Por mais dinâmica que seja a interpretação a segurança e estabilidade deve ser buscada caso a caso, através da análise ampla da realidade da vida e do contexto da ex-sistência, não havendo certeza absoluta de que o pensamento que serviu para um evento poderá ser igualmente exercido como um método racional, para outro.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- BAKHTIN, M. *Por uma Filosofia do Ato*. [S.l.: s.n.], 1997.
- \_\_\_\_\_. *Estética da Criação Verbal*. [S.l.: s.n.], 2003.
- DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARACO, C. A. *Linguagem e diálogo: as ideias linguísticas do círculo de Bakhtin*. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.
- HEIDDEGER, M. *Aportes da filosofia acerca do evento*. [S.l.: s.n.], 2006.
- \_\_\_\_\_. *Ontologia (Hermenêutica da Faticidade)*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HUSSERL, E. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental. Uma introdução à filosofia fenomenológica*. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=InteiroTeorHC/82424>>. Acesso em: 27/10/2015.
- JR., T. S. F. *A Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- KELSEN, H. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- OLIVEIRA, M. A. de. *Reviravolta Linguística - Pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- WARAT, L. A.; ROCHA, L. S. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.
- WEBER, M. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.