

O STF E O “CASO ELLWANGER”: A INTERFERÊNCIA DOS FATORES EXTRALEGAIS NO PROCESSO DE DELIMITAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ygor Werner De Oliveira

Advogado. Mestrando em Direito Constitucional (UFRN). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (UFRN). Pós-graduado em Direito Tributário (IBET).

RESUMO

Objetiva-se com este trabalho discutir a elaboração de uma decisão judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para este estudo toma-se como parâmetro o “Caso Ellwanger” (*habeas corpus* 82.424/RS), processo no qual restou decidido que anti-semitismo é crime de racismo. Tratando-se, pois, de um caso difícil, elege-se como marco teórico a perspectiva do direito como integridade de Ronald Dworkin; e a partir desse referencial acredita-se na possibilidade de explicação da criação judicial do direito em si, bem como numa explicação sociológica da decisão. A metodologia empregada consiste na breve análise dos votos de modo a identificar a presença de argumentos que demonstrem razões emocionais. A conjugação, portanto, do pensamento de Dworkin e da metodologia empregada permitem identificar que a decisão judicial no referido *habeas corpus* resultou da presença de elementos emocionais e de pré-compreensões dos julgadores.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Casos Difíceis. Dworkin.

INTRODUÇÃO

Quando o sistema jurídico é contemplado com a consumação da sua função mais precípua, que é o proferimento de decisões judiciais – principalmente as mais polêmicas, relativas a casos complexos, que são naturalmente difíceis de serem proferidas –, os operadores do direito, a comunidade jurídica em geral ou até mesmo os jurisdicionados mais leigos podem se remeter, invariavelmente, a algumas indagações triviais acerca de tal acontecimento: será que, diante do contexto jurídico (formal e material) e social a que estão expostos, os magistrados têm a obrigação – ou estão, por qualquer motivo, vinculados – a decidir tais casos de um determinado modo específico, de acordo com um “padrão de julgamento”?

Isto é, será que, ao proferirem os seus julgados, estão os juízes conectados a algum padrão – jurídico, moral, pessoal ou psicológico – que

venha a lhes influenciar a decidir de determinada maneira, a fim de que seja estabelecida, para o caso concreto, o modelo de decisão justa e acertada? Ou, por outro lado, será que os julgadores apenas se incumbem, de uma forma mais silogística ou mecanicista, em apenas aplicar a lei ao caso concreto, como preveem as balizas mais clássicas do positivismo acrítico?

Os questionamentos em torno do papel do juiz, ou sobre até que ponto se estende e se legitima a discricionariedade da sua atuação – especificamente no tocante ao ato de decidir – são temas recorrentes e habituais no âmbito da teoria do direito, pois estão intrinsecamente relacionados com a pergunta “o que é o direito?”. Afinal, existe direito, ou mesmo direitos e deveres jurídicos, que sejam anteriores ao proferimento da decisão judicial e que vinculem juridicamente ou moralmente os juízes?

Discorrer sobre a relação entre direito e outros ramos das Ciências Sociais não é tarefa simples.

Exige uma investigação epistemológica específica, além da coragem de enfrentar todo um preconceito que, ainda hoje, rodeia abordagens dessa natureza, de caráter interdisciplinar. Ainda assim, é desafio que merece ser aprofundado e levado adiante, tendo em vista os importantes avanços que tal abordagem permite, mormente em face do indício de que, na atualidade, o elemento jurídico constitui apenas parte dos motivos que compõem o rol das circunstâncias determinantes da decisão judicial.

Nesse sentido, a proposta da presente investigação circunscreve-se a uma esfera bastante cara para a filosofia do direito, mais especificamente situada nos debates em torno da lógica jurídica, bem assim, nos fatores que influenciam a atividade judicial, valendo-se nesta quadra, contudo, não apenas dos referenciais metódicos alocados no campo das Ciências do Direito, mas também, igualmente, de contribuições pontuais situadas em outros ramos das Ciências Sociais.

O que se pretende, assim, é alargar a discussão a respeito dos aspectos que vinculam e condicionam a atuação judicial, a qual, em grande parte, é feita unicamente em torno do prisma da filosofia do direito, na tentativa de verificar se existem aspectos do psiquismo, da vida pessoal ou das próprias experiências pessoais dos magistrados que venham a funcionar como fatores influenciadores de sua atuação jurisdicional.

UM CONCEITO DE DIREITO BASEADO EM REGRAS: O MÉTODO DE COLOCAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL FRENTE AOS *HARD CASES*

O conceito atribuído aos juízes relaciona-se, historicamente, com os mitos da imparcialidade, da neutralidade e à subordinação aos termos estritos da lei. Tomando tais referenciais como ponto de partida, de imediato pode-se proceder a sua transferência também para o resultado da principal atividade judicante, que é o proferimento da decisão judicial.

Portanto, magistrados e decisões judiciais encontram-se iam, teoricamente, submetidos e sincronizados aos mesmos parâmetros qualitativos de suas naturezas precípuas, que são, também, por demais caracterizadores da essência peculiar decantada, como um todo, sobre o amplo conceito

de justiça. Tais abordagens conceituais, devidamente alocadas, é claro, dentro de um vertente puramente dogmático-filosófico, elucidam a aura da seriedade, sobriedade e confiabilidade no desiderato jurisdicional, ao fixar a lei, como premissa de origem, à condição de pilar único das decisões judiciais, estando estas, pois, devidamente amparadas por critérios objetivos de uma cientificidade eminentemente positivista.¹

As estruturas clássicas do positivismo formal concebiam o ordenamento jurídico – então alicerçado na premissa da Constituição normativa – como um sistema hígido, completo e absoluto, sem espaço para contradições, ambiguidades, incongruências ou aberturas de qualquer natureza, onde no qual o intérprete, na aplicação do Direito, deveria nortear-se de forma metódica, sempre pelo caminho da via silogística. Assim, estando o sistema positivista pautado em bases racionais e lógicas, havia a previsão, de forma sistemática, de utilização de uma subsunção que dispensava toda apreciação dos fins e valores, sendo, portanto, a sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação.²

De tal modo, sob a ótica positivista clássica, o juiz, quer se tratasse de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, haveria de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, devendo rejeitar os pressupostos extralegais e permanecer de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, e tradicionalmente civilístico, da “*boca que profere a palavra da lei.*” Portanto, o modelo de julgador idealizado pelo dogma positivista, quando no desiderato da “interpretação constitucional”, longe de criar um novo direito, se cingia tão-somente a anunciar “*aquilo que o constituinte já havia decidido.*”³

Esse modelo, no entanto, começou a demonstrar sinais de ruína a partir da Segunda Grande Guerra. Naquele momento evidenciou-se a derrocada da rigidez estruturada pelo sistema normativo positivista, ante a consternação acerca dos excessos praticados em nome da lei e da pureza do sistema.

Caiu, assim, o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional.

1 VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XXI às novas perspectivas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, pgs. 133 e 134.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional,* p. 134.

Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto, do malogrado sistema axiomático-dedutivo.⁴

Segundo Luís Prieto Sanchís⁵, “*um dos poucos pontos em que existe acordo na discussão metodológica-jurídica contemporânea é a negação à teoria da subsunção lógica como explicação do processo de aplicação do direito*”. Desapareceu, portanto, essa fé ingênua em que, com o Código em uma mão e a lógica na outra, confiava em encontrar resposta fácil ante qualquer problema de natureza jurídica.

Assim, inspirados na teoria material da Constituição, os novos métodos, confrontados com o dogma da hermenêutica puramente formalista, apresentam, segundo alguns juristas, compensações possivelmente vantajosas: o que perdem em rigor lógico ganham em análise estimativa do objeto, que passa a ser visto por uma certa multiplicidade de perspectivas.⁶

Essa quebra de paradigmas, que vem sendo aprimorada gradativamente ao longo das últimas décadas, tem propiciado ao ordenamento jurídico o estabelecimento de modernas perspectivas acerca da axiologia das normas e da própria ontologia do ser humano, como, por exemplo: o aumento da participação dos demais atores sociais no processo de decisão, emprestando-lhe maior dinamismo; a diminuição do papel da norma; e a transformação do papel do juiz, que deixou de ser a “boca da lei”, e mero repetidor da vontade constituinte, e passou, proativamente, a exercer uma atividade efetivamente transformadora.

Por isso, no tocante à decisão judicial, principalmente mediante a inserção desses novos valores, não só se concluiu ser ela “fruto da inteligência”, como, inversamente, não mais se admitiu afastar a interferência do julgador na sua elaboração.

A postura ativa assumida pelos magistrados, aliada à superação do modelo formalista então engendrado pelo positivismo acrítico, propiciou aos julgadores um alargamento do rol de fatores

que, no ato de decidir, podem ser racionalizados e ponderados, a fim de que o julgamento a ser prolatado encontre razão de ser não só na lei, mas também, principalmente, possa manter-se sintonizado aos fatores reais – as vezes reprimidos – que encontram-se latentes na sociedade.

Com efeito, sob a perspectiva sociológica, considera-se que o ato de decidir está diretamente informado por elementos externos à lei e aos códigos, assim como pelos valores e referenciais que cada julgador carrega consigo, quer sejam familiares, educacionais, econômicos, religiosos, políticos, ideológicos, etc. São motivações tão particulares que influenciam na simpatia ou não por uma parte, na valoração favorável ou não de um determinado elemento de prova, na aceitação ou não de um argumento, na inclinação por um e não outro motivo apresentado nos autos.⁷

Considera-se que tal integração de elementos dá-se em virtude de uma “dupla hermenêutica”, que se baseia no constante “ir e vir” entre a teoria e a prática, entre o mundo da abstração teórica e o da experiência empírica, entre o aplicador da norma/decididor e a realidade fática, a fim de que a interpretação dos códigos possa, sempre, ser feita de forma sincronizada à realidade e aos fatores reais de poder da sociedade, conforme defendido há muito por Lassale⁸.

Ao pressupormos tal relação, consequentemente admitimos a troca constante entre processo judicial e decididor, os quais podem se influenciar mutuamente. A conjunção desses elementos permite-nos trilhar caminho explicativo que justifique o fato de um mesmo caso judicial, se submetido a diversos juízes, ser decidido de maneiras diversas, o que aponta, portanto, para a existência de outros fatores além da lei ou da técnica interpretativa empregada a influir na prolação de decisões diferentes.

Segundo Fábio Reis⁹, o psicólogo Daniel Kahneman, em livro de 2011, abordou questões reveladoras – e em certo ponto surpreendentes – acerca dos fatores extralegais que, efetivamente, despertavam influência em magistrados de diferentes países. O pesquisador em questão ob-

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 135.

5 SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 223-224.

6 SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*, p. 136.

7 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 16.

8 LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

9 REIS, F. W. *Mensalão, instituições e dor nas costas*. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia0/89693-mensalao-instituicoes-e-dor-nas-costas.shtml>>.

servou, por exemplo, juízes israelenses a deliberar sobre pedidos de liberdade condicional, e verificou que as suas decisões iam de 65% a favor após as refeições, até perto de zero ao aproximar-se a refeição seguinte. Não diferentemente, através da mesma pesquisa, constatou-se que experimentados juízes alemães, diante de artifício que os levava a ver lançamentos de dados viciados que resultavam em somas iguais a 3 ou 9, optaram, em casos de pequeno furto, por penas cerca de 40% maiores quando o resultado era 9 do que quando era 3.

Kahneman ligou observações como essas a um modelo da mente que a divide em dois sistemas: o Sistema 1, de intuições, impressões e operações automáticas e sem controle voluntário; e o Sistema 2, de atividades mentais que envolvem esforço, concentração e lógica. O estudo mostrou, elaboradamente, como a dinâmica do indispensável Sistema 1 contamina e “ancora”, pela ação de fatores diversos, as atividades do Sistema 2.

Interferências desta natureza – que são, as vezes, extremamente sutis e singelas – podem incidir, uniformemente, nos julgados propalados em quaisquer casos judiciais, inclusive, também, naquelas hipóteses reputadas como de resolução mais simples, onde a antiga sistemática silogística, de mera subsunção do fato à norma, pode ser perfeitamente utilizada.

No entanto, nesta quadra cumpre atentar especialmente para os chamados casos difíceis (*hard cases*). Estes seriam casos judiciais para os quais não exista uma lei específica, ou haja mais de uma solução possível, principalmente em razão das dificuldades que lhes são inerentes, as quais poderão estar associadas a problemas no sistema jurídico, a regras inconsistentes ou a problemas empíricos ou semânticos da norma¹⁰. Por outro lado, podem sobrelevar-se, também, em razão de a norma aplicável ser de “textura aberta”, o que, de acordo com Hart¹¹, faz com que as regras apresentem sempre a possibilidade da existência de uma “região de nebulosidade”, ou uma “penumbra de dúvida”, onde não se sabe com clareza se a regra deve ser aplicada ou não.

Luís Prieto Sanchís, citando Hart, afirma que “a linguagem jurídica, como toda linguagem natural, apresenta em seu significado um núcleo de certeza e uma zona de penumbra ou textura

aberta, de modo que quando pretendemos aplicar uma norma encontram-se casos que indubitavelmente estão contidos nela, mas aparecem também áreas de conduta em que muito se deve deixar para que seja desenvolvido pelos tribunais”¹². Nessas hipóteses, alocadas na zona marginal das regras e nos campos que a teoria dos precedentes deixa abertos, os tribunais desempenham uma função produtora de regras, estando os julgadores, portanto, legitimados a atuar de uma forma mais expansiva, sem que apenas as regras positivas sejam levadas em consideração.

Por isso, não é correto que a pergunta “o que é Direito?” possa ser respondida examinando tão somente as leis e os Códigos, pois o verdadeiramente importante é o Direito real, ou seja, o Direito em ação que se manifesta continuamente por meio dos operadores jurídicos e singularmente dos juízes.¹³

Este ponto de partida não conduz, portanto, à defesa de elementos de objetividade no raciocínio judicial, senão ao reconhecimento de que, de fato, os tribunais obedecem geralmente a prescrições da legislatura. Essa obediência habitual é o que chama Ross¹⁴ “*consciência jurídica formal*”, mas que no trabalho interpretativo se conjuga necessariamente com a “*consciência jurídica material*”, isto é, com o conjunto de valores, ideais e tradições culturais que também influem no átimo da prolação do julgado. Trata-se, pois, de uma interpretação construtiva, que é, ao mesmo tempo, conhecimento e reconhecimento, passividade e atividade.

Em suma, ante o pesadelo de alguns realistas que dissolvem o direito em uma soma desconexa de sentenças judiciais, e frente ao “sonho” daqueles que pretendem que o juiz encontre facilmente todas as chaves de sua sentença, a verdade situa-se em outro lugar intermediário: as normas são importantes e condicionam até certo ponto o sentido da sentença, mas, a partir desse ponto, se abre caminho à discricionariedade onde a teoria descritiva do Direito pouco tem a dizer.¹⁵

12 SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo, p. 218;

13 SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*, p. 217.

14 SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*, p. 217.

15 SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*, p. 218.

10 STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 101-104.

11 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. P. 37 e 38.

O ARQUÉTIPO DO JUIZ HÉRCULES EM MEIO AO CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA

Efetivamente, os estudos mais vanguardistas da filosofia do direito – encampados especialmente pelos estudiosos alinhados à escola pós-positivista – têm cada vez mais acatado a ideia de que elementos exteriores à norma possam se conjugar e interferir na decisão a ser proferida, o que implica na possibilidade de a lei não ser o parâmetro necessariamente a ser seguido para resolução do caso concreto.

Por outro lado, o ponto nevrálgico desse processo de conjugação entre a norma e os “fatores externos” reside basicamente com relação aos casos difíceis, já que, teoricamente, a metódica antiga, fundada na simples subsunção do fato à norma, satisfaz a contento a resolução dos casos de menor complexidade.

Nessa discussão em torno de casos difíceis se sobressai Ronald Dworkin, que, desde os primeiros trabalhos teóricos, tem procurado oferecer uma metodologia viável à justificação da decisão judicial e à compreensão sobre como os juízes decidem.

Em sua opinião¹⁶, os juízes, quando se deparam com casos dessa natureza, não decidem conforme as regras. Em verdade, estas seriam inapropriadas a oferecer solução, pois funcionam segundo o padrão do “tudo ou nada”, sem abertura para as circunstâncias que envolvem um caso difícil. Além do mais, casos difíceis pressupõem atividade interpretativa e esta conduz o juiz à criação do direito.

Contudo, a realidade jurídica oferece inúmeras dificuldades ao juiz. Para que ele se desvencilhe, por exemplo, da condição paradoxal de ter de decidir e de não dispor de parâmetros legais, Dworkin propõe que sejam utilizados argumentos de princípios.

Segundo Cláudia Regina da Silva¹⁷, a utilização desse tipo de recurso não só favoreceria a identificação e delimitação do direito a ser aplicado no caso concreto, mediante a proteção de direitos individuais, como também ofereceria resposta àquilo que os positivistas não responderam: ao

16 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

17 SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do direito pelo STF. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006.

papel exercido pela moralidade (e pelos valores) do juiz na elaboração da decisão judicial. E neste sentido, Dworkin entende que os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir os casos concretos. Em outras palavras, Dworkin reage à separação entre lei e moral defendida pelos positivistas, e em resposta assevera que a história e a moralidade unem-se na criação dos direitos dos indivíduos.¹⁸

A sua meta é elaborar uma teoria do direito que comporte: o relacionamento do juiz com a lei, com sua moralidade pessoal e as orientações jurisprudenciais da corte –, devidamente apoiadas em uma “doutrina da responsabilidade política” segundo a qual a tomada de decisão pelas autoridades políticas – no presente ou no futuro – pressupõe justificção no âmbito de uma teoria política.

À necessidade de melhor explicitação de sua teoria, Dworkin utilizará dois recursos: um modelo de julgador ideal, chamado Hércules, e um modelo interpretativo a ser empregado por esse juiz na aplicação das leis e princípios ao caso concreto.¹⁹

O juiz Hércules, enquanto ser utópico e polivalente, estaria familiarizado tanto com as concepções jurídicas dominantes no povo como com os resultados das ciências afins, também devendo contar com uma sólida cultura econômica e mercantil, compreender as peculiaridades das profissões artísticas e, inclusive, estar em dia com todos os truques do criminoso profissional. Onisciente e sobre-humano, conhece a sua falta de legitimidade para criar normas e sabe que as partes no conflito pretendem o amparo de seu Direito, de um Direito próprio e preexistente.²⁰

Sua tarefa há de ser desenvolver a melhor e mais coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda todas as exigências que derivam do sistema constitucional, com a segurança de encontrar o princípio adequado para resolver o conflito ou a hipótese de fato.²¹

Se aonde não chegam as normas institucionais explícitas ou onde estas não proporcionam uma resposta adequada, chega à moral; e, se essa moral não pode considerar simultaneamente algo como justo ou injusto, é óbvio que um juiz

18 Idem.

19 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168.

20 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 168.

21 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 133.

que cumpra o método hercúleo valer-se-á sempre de um critério externo para resolver cada caso, entendendo por critério externo aquele que não é criado pelo juiz, mas que é anterior à sua atuação e conhecido pelos que estão sendo julgados.²²

Parece que tanta sabedoria, unida ao juramento, teria como resultado um sujeito-julgador que teria mais maturidade que a maioria dos membros de partidos que fazem o papel de legislador.

Mais além e acima das normas concretas, afirma Cláudia Regina da Silva²³ que “o *Direito em Dworkin é um universo de princípios e direitos que não conhece limites ou fronteiras a sua operosidade*”, que admite uma permanente expansão a serviço de uma justiça que existe e que deve buscar-se em qualquer hipótese, por mais difícil que seja, haja vista que tudo o que se faz necessário para decidir já está posto – quer sob a forma de regras, quer sob a forma de princípios.

Detalhe importante reside no fato de que o Juiz Hércules não receia se ver (e ser visto) como um ser eminentemente moral, que defende crenças e opiniões particulares sobre as mais variadas discussões. E não poderia ser o contrário, haja vista encontrar-se integrado à realidade que julga, sendo ele mesmo cidadão e juiz ao mesmo tempo, permanecendo atento às circunstâncias sócio-políticas que o rodeiam.

Hércules, portanto, representaria a figura do juiz-assistencial, típico da era do “bem-estar social”, que tenta se desdobrar como engenheiro social. Sua atividade impõe a relativização do mito da supremacia do legislador, resultante da mudança de paradigma, cuja decisão advinha da imposição da norma ao fato.

A constatação de tais mudanças no âmbito do cenário jurídico também pode ser corroborada do ponto de vista da psicologia. A descoberta do inconsciente, no final do século XIX, com a asserção de que o “*homem não é senhor dentro de sua própria casa*”²⁴, provocou um abalo profundo no racionalismo absoluto que vigorava no desenvolvimento científico de então. E escancarou a necessidade de se repensar os fundamentos epistemológicos das ciências.

Isso, sem dúvidas, trouxe consequências também para o campo do Direito, não apenas

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 133.

23 SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do direito pelo STF. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006.

24 FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise*. Editora Imago, São Paulo: 1997, p. 121.

para o modo de produção da Ciência do Direito – em termos de sua epistemologia – mas para a própria forma de se encarar o fenômeno jurídico, que por se constituir de realidades tão complexas sofre influência direta, também, das temáticas afeitas à psicologia. É este, por exemplo, o caso do Direito de Família e, principalmente, da atenção a ser dada à conduta dos chamados “operadores do Direito”, que sempre acreditaram poder lidar com a realidade jurídica a partir de uma perspectiva neutra e agora se dão conta de que isso é impossível, não apenas porque o objeto com que lidam é “humano”, mas porque eles próprios o são.²⁵

Além do mais, segundo Jaqueline Brigida Sena²⁶, “*como qualquer ser humano, os magistrados também possuem aspectos reprimidos de sua personalidade*”. E talvez, no caso dos juízes, seja ainda mais difícil lidar com essa situação, uma vez que, pela posição que ocupam, existe uma expectativa social muito grande em torno de seu caráter, qualidades, modo de ser e de se comportar.

Exemplificando: o juiz que, inconscientemente, nutre preconceitos que ele próprio desconhece contra pessoas de cor negra ou de religião diversa da sua, poderia, eventualmente, ao julgar essas pessoas, ter seu juízo crítico prejudicado por conta de fatores inconscientes, o que poderia colaborar para a prolação de decisão desfavorável a essas pessoas.²⁷

O PADRÃO DE DECISÃO ADOTADO PELO STF NO JULGAMENTO DO “CASO ELLWANGER”

Influências como as que referenciadas acima já ocorreram em julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro. O STF, ao longo da sua história secular, se debruçou, na condição de mais alta Corte judicial do país, sobre os mais diversos processos, cujas discussões en-

25 SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extralegais que influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: 2009.

26 SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extralegais que influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica.

27 SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extralegais que influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica.

volviam temas polêmicos, conflitantes, e de grande repercussão nacional.

No ano de 2003, o STF, ao se debruçar sobre um desses casos – que, especificamente, envolvia acusações de racismo e anti-semitismo – demorou aproximadamente 09 (nove) meses para chegar à decisão final, tamanha a carga de complexidade e de controvérsias que o envolvia.

Siegfried Ellwanger, originariamente condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) pelo cometimento de crime de racismo, resultante do exercício de atividade intelectual e empresarial que envolvia a publicação e venda de livros de temática anti-semita, ingressou no STF com pedido de *habeas corpus*, por meio do qual pretendia afastar a imputação do delito por força do art. 5º, LXII, da Constituição Federal. Os seus argumentos de defesa restaram fundamentados, basicamente, no fato de os judeus não se configurarem, tecnicamente, em uma raça, fato que impediria o enquadramento da sua conduta no referido tipo. Ao final do transcurso processual e recusados os principais argumentos de defesa do peticente, a condenação restou mantida pelo STF, o que se deu após intensa discussão acerca dos elementos que envolviam o caso.

Assim, a partir da argumentação apresentada pelo paciente, a corte teve por preocupação delimitar os seguintes aspectos: o conceito de racismo e seu alcance; o enquadramento do racismo na legislação infraconstitucional; a incidência da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, tal como previstas na Constituição Federal (art. 5º, LXII); a tipicidade ou não da conduta do paciente; e a ocorrência de conflito entre princípios.

Segundo Claudia Regina da Silva²⁸, o “Caso Ellwanger” foi o primeiro processo, com trâmite no STF, onde restaram abordadas questões relativas ao anti-semitismo; portanto, “a decisão adotada não teve influência de qualquer paradigma judicial pretérito”. Por outro lado, no tocante especificamente ao racismo, a Corte já houvera se debruçado anteriormente sobre essa matéria, contudo estando limitada, às ocasiões, apenas às demandas que envolviam, exclusivamente, agressões perpetradas contra pessoas de cor negra.

Por isso, o primeiro entrave a que foram submetidos os Ministros do STF consistia em definir, tecnicamente, o conceito e a abrangência da pa-

28 SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006.

lavra “racismo”, haja vista a inexistência de uma conceituação satisfatória deste instituto no âmbito das Leis nº 7.716/89 e nº 8.081/90.

Conforme bem observado pelo Relator do processo, a redação originária da Lei nº 7.716/89 “*somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor*”, e, não obstante isso, a Lei nº 8.081/90 apenas estendera a tipificação do fato para a etnia, religião ou procedência nacional. Desta feita, no tocante à imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, esta ficara “*restrita à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal*.”²⁹

Por outro lado, ainda no entender do Relator, não haveria possibilidade de a legislação infraconstitucional proceder à definição de racismo, cabendo-lhe apenas tipificar as condutas e fixar as penas. Por isso, numa primeira abordagem, a situação em análise desenhou-se sem solução, dada a impossibilidade de encontrar na lei e na Constituição Federal a definição de racismo, e sendo esta a questão principal a ser definida, os ministros tiveram que se utilizar outros recursos.³⁰

Inicialmente, para obter a definição de raça, duas opções foram utilizadas: a tradicional, de cunho biológico, que se baseia na existência de 03 (três) grupos principais (branca, amarela e negra), delas afastados os grupos religiosos, geográficos, lingüísticos etc.; e a contemporânea, que recorre às informações resultantes das pesquisas genéticas. Em seguida, recorreu-se a excertos de obras escritas por judeus nas quais se afirmava não existir uma raça judaica. Tais referências serviram tanto para corroborar os argumentos dos que concediam quanto os dos que indeferiam a concessão da ordem.³¹

O terceiro recurso foi tentar conferir uma interpretação extensiva ao termo “racismo”, previsto na Constituição Federal, de modo a abarcar em seu rol discriminações contra outros segmentos da sociedade brasileira. Nessa etapa, os métodos interpretativos utilizados foram o gramatical (semântico) – haja vista ter se buscado na própria

29 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 13.

30 SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006.

31 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 13.

palavra “racismo” a sua definição; o histórico, por meio do qual se tentou reconstruir a inclusão de emenda à Constituição Federal sobre racismo, no período da Assembléia Constituinte; em seguida o teleológico, de modo a extrair/aplicar interpretação harmônica da Constituição Federal, tendo em vista os princípios fundamentais da república federativa, os princípios que regem a ordem internacional, e o possível conceito jurídico-penal do crime de racismo.³²

Alguns aspectos legais polêmicos se mostraram presentes desde logo. Inicialmente, repita-se, com relação à definição de racismo: sem uma definição clara do instituto, não haveria como tipificar a conduta do paciente. A preocupação com os termos dessa conceituação, contudo, tal como evidenciado por um dos ministros, promoveu o distanciamento dos julgadores de uma das principais questões suscitadas pelo paciente, relativa ao afastamento da cláusula de imprescritibilidade (CF, art. 5º, LXII). Além do mais, foram levantadas dúvidas acerca da tipicidade da conduta do paciente, uma vez que a proibição à publicação de livros só veio a ocorrer após a publicação da Lei nº 8.081/90. Para tanto, procedeu-se à verificação das datas de publicação dos livros arrolados como de autoria ou publicados pelo paciente, e verificou-se que nenhum deles fora editado após a Lei nº 8.081/90, ou seja, quando vigente a lei incriminadora da conduta. Ao final, o acusado aventou à corte os termos do princípio da presunção de inocência em matéria penal, que deveria prevalecer na análise da situação do paciente.

Em que pese a complexidade do caso e a aparente lacunosidade do sistema para resolver *prima facie* questões deste porte, nenhuma das alegações suscitadas foi acolhida. Interessante perceber que no transcorrer de um julgamento desta envergadura alguns ministros não se furtaram de expressar argumentos reveladores de suas próprias personalidades, a indicar, portanto, uma certa parcialidade.

O exemplo mais significativo deste tipo de postura foi o da então Ministra Ellen Gracie, que logo na abertura do seu voto fez menção ao início de sua vida profissional como tradutora, cabendo-lhe “[...] *verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio*

32 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS, p. 128.

de Janeiro.”³³ Na seqüência, a ministra fez constar que fora buscar nessa mesma obra a definição para “raça e racismo”. Outro exemplo foi a menção, suscitada pelo então Ministro Nelson Jobim, de “testemunho pessoal” acerca da sua participação, como Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos, em 14 de junho de 1993, na qual defendera a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.³⁴

Outro aspecto a despertar interesse dos ministros foi o relativo à ordem internacional. Na maioria dos votos fez-se incursão em diversas declarações e convenções internacionais que tratam de direitos humanos e da supressão de toda forma de discriminação, dos quais o Brasil figura como signatário. Destaque para o Ministro Celso de Mello, que considerou o julgamento histórico e simbólico, “[...] pois, hoje, está em debate [...] questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores,” a conferir “*legitimação ético-jurídica à ordem normativa [...]*” que estrutura “*o próprio Estado Democrático de Direito*.”³⁵

Tomando como referência a experiência internacional foram mencionadas algumas leis aprovadas em outros países contra práticas discriminatórias ou que pretendam negar a ocorrência do holocausto. Por outro lado, em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela concessão da ordem, também mencionou decisões judiciais favoráveis à proteção ao direito de liberdade de expressão. Foram mencionadas também decisões judiciais, das justiças americana e inglesa, para as quais os judeus, embora não sejam uma raça, são considerados raça para fins de proteção contra atos discriminatórios e para certos direitos.

Ou seja, a finalidade da proteção, segundo a ótica da maioria dos Ministros, assegura o *status* racial. Portanto, os principais elementos que concorreram para o veredito foram: o alargamento do conceito de racismo; a constante menção ao holocausto a justificar a necessidade de proteção dos judeus; a natureza dos livros editados e escritos

33 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS, p. 123.

34 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS, p. 102.

35 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS, p. 53.

pelo paciente (considerados de baixa qualidade, panfletários e disseminadores de preconceito); a presença de longas narrativas a enfatizarem as agruras históricas do povo judeu e as “obsessivas perseguições” sofridas, a contar do exílio no período bíblico; a acusação de deicídio, as perseguições sofridas pelo Tribunal do Santo Ofício e o assassinio em massa perpetrado na Segunda Grande Guerra; ênfase, em todos os votos, acerca da proteção dos direitos humanos; a utilização constante do parecer elaborado pelo ex-Ministro das Relações Internacionais, Celso Lafer, participante como *amicus curiae*, ele mesmo de ascendência judaica.

Assim, sob a perspectiva da análise da decisão em si, observou-se que a mesma se constituiu em manifestação fortemente influenciada por motivos de cunho pessoal e valorativo, apresentando evidentes pré-compreensões dos julgadores bem como posicionamentos particulares já previamente estabelecidos, principalmente sobre racismo, anti-semitismo, e sofrimento dos judeus no holocausto, principalmente este último, de forte apelo emocional.

Observou-se também que em nenhum momento os ministros do STF utilizaram dados estatísticos os quais porventura poderiam demonstrar a incidência de manifestações anti-semitas no Brasil. Se de um lado tal postura pode revelar a pouca importância que os julgadores dão a dados dessa natureza, possivelmente considerados dispensáveis para a fundamentação de uma decisão, por outro é de estranhar que decisão desse porte, que implica na grave restrição ao direito da liberdade de expressão, por exemplo, tenha sido proferida à míngua de elementos objetivos, ratificadores da realidade social brasileira. Mais ainda, porque a utilização de dados dessa ordem poderia dar aos ministros, “[...] *instrumental analítico, de base científica, por ser empírico-verificável, que lhes vai permitir provocar o reencontro do nosso chamado sistema normativo positivo com a nossa realidade social.*”³⁶

Admissível cogitar, portanto, que, para os ministros, a realidade social que efetivamente interessava ao julgamento já se encontrava por si só esclarecida, a prescindir de qualquer ratificação. Por outro lado, os únicos dados que emprestaram alguma cientificidade à decisão foram aqueles obtidos sobre o percentual de diferenciação

entre as pessoas, fundado em pesquisa genética. Observa-se também a flagrante parcialidade da maioria dos ministros em favor do povo judeu, de tal modo que em diversos momentos optou-se por não adentrar em problemas procedimentais do processo (como o da tipicidade), devidamente evidenciados e apresentados pelos ministros cujos votos restaram vencidos.

Interessante perceber, igualmente, que os votos vencidos foram os que mais se aproximaram de uma discussão de natureza técnico-legal, isto porque se dedicaram, por exemplo, a analisar aspectos importantes como a tipicidade da conduta e o entrelaçamento entre princípios constitucionais. Foram também os que fizeram referência a decisões internacionais nas quais o princípio da dignidade humana submeteu-se ao da liberdade de expressão. Curiosamente, em sentido oposto aos votos da maioria, os votos vencidos foram os que menos apresentaram referências a experiências pessoais ou a informações de cunho emocional.

Confirmou-se também o âmbito interpretativo limitado da legislação infraconstitucional ao conceito de racismo, indispensável para o deslinde do caso, o que obrigatoriamente remeteu os julgadores à utilização de outros recursos interpretativos de maior alcance, inclusive mediante a utilização de outros saberes. Nesse sentido, vale destacar a advertência de Dworkin³⁷ segundo a qual, em casos difíceis, o “tudo ou nada” das regras pouco vale – o que confirma a ineficácia da subsunção em situações desse tipo, haja vista que a depender do assunto a ser decidido a decisão judicial estará mais a depender dos argumentos pessoais e das razões de foro íntimo do decididor do que dos termos da normatização posta.

Finalmente, sabendo-se que a temática em discussão goza de importância internacional, observou-se também a preocupação dos ministros em situar o estado brasileiro como expoente na luta contra a discriminação de qualquer tipo, em face do respeito aos direitos inerentes à pessoa e à dignidade humanas. É possível que um dos argumentos que tenham reforçado essa posição tenha sido o que salientou ser aquela decisão do STF a única no mundo a tratar anti-semitismo crime de racismo, com as implicações previstas na Constituição Federal. Essa argumentação a princípio reforçou o cunho político da decisão.

36 *Crime de racismo e anti-semitismo*: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS, p. 25.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 250.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo uma das “peças-chave” da atual discussão jurídica, a decisão judicial tem sido submetida a diversas possibilidades de análise. A abordagem de cunho sociológico é uma delas porquanto reconhece a impossibilidade metodológica de estrita separação entre objeto e sujeito. Mais que isso: reconhece a interpenetração entre sujeito e objeto de tal forma que quaisquer opiniões sobre determinado objeto estão envolvidas pelas pré-compreensões e pré-juízos de quem o aborda. Neste sentido, observa-se que o caso judicial em apreço apresentou veredito fortemente influenciado por motivos de ordem emocional e pessoal dos ministros, o que permite algumas conclusões:

A primeira, de que as pré-compreensões dos ministros acerca da trajetória histórica do povo judeu, associadas aos eventos trágicos da Segunda Guerra Mundial, marcaram de modo intenso o rumo do julgamento. Em segundo, que os pré-juízos são dificilmente afastados em julgamento de ações polêmicas, ainda que se afaste a apreciação de questões estritamente legais relacionadas ao caso. Em terceiro, que a prolação de uma decisão diferente da que foi dada, eventualmente absolvendo Siegfried Ellwanger do crime de racismo, poderia revelar o descompasso da corte, consequentemente, do Poder Judiciário Brasileiro perante a comunidade internacional. Finalmente, que se considera haver estreita linha divisória entre inclinações particulares e arbitrariedade.

Como aporte teórico, Dworkin oferece, com o direito como integridade, interessante aproximação entre juiz e decisão ao imputar ao agente a responsabilidade pela compreensão e atuação de acordo com a teoria política estabelecida. Esta formulação, ainda que conceitualmente destinada à realidade jurídica do *common law*, com as necessárias ressalvas quando trazida para o âmbito do *civil law*, permite compreender, por exemplo, como o “Caso Ellwanger” foi possível, se tomadas em consideração as orientações particulares dos juízes conciliando-as às de cunho político-constitucional do estado brasileiro.

Em segundo, Dworkin também favorece a discussão entre regras e casos difíceis. Isto porque aprofunda as discussões positivistas em torno da abertura presente nas normas; evidencia a ruína das certezas e seguranças jurídicas; declara a presença de sentenças morais nos posicionamentos supostamente neutros ideológica e politicamente.

Todavia, mostra-se incompleta na análise da decisão judicial em si, haja vista que a preocupação de Dworkin não é a de favorecer uma teoria da decisão judicial, mas, sim, uma teoria política na qual esteja inserida. A presença de formas ideais constitui-se outro obstáculo porquanto não há como, na realidade perceptível, incorporar o modelo hercúleo de julgamento tal como proposto.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

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

FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise*. Editora Imago, São Paulo: 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REIS, F. W. *Mensalão, instituições e dor nas costas*. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2013. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/89693-mensalao-instituicoes-e-dor-nas-costas.shtml>>.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa*. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012.

SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extraleais que influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: 2009.

SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do direito pelo STF. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRUCHINER, Noel. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. São Paulo: Renovar, 2002.

VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XXI às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

The supreme court and the “ellwanger case”: the interference of extralegal factors for delimitation of judicial decision processes

ABSTRACT

The purpose of this work is to discuss how Supremo Tribunal Federal (STF) decides. For this studying is taking a process called “Caso Ellwanger” (habeas corpus 82.424/RS). According to decision on that case antisemitism is crime of racism. As a hard case we have ellected for this “law as integrity”, developed by Ronald Dworkin. This kind of theory permits the judicial creation of the law and also a kind of sociological explanation of the same decision. The methodology is based on a brief analysis of the judge’s arguments to identify the presence of emotional reasons. The relation between Dworkin and Giddens’ theory permitted to conclude that STF’s decision is resulting from emotional elements and preconceived reasons.

Keywords: Decision. Hard Case. Dworkin.

Recebido em: fevereiro/2015.

Aprovado em: maio/2015.