

Artigos

Recebido: 17.04.2018

Aprovado: 03.07.2019

Publicado: 30.12.2022

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v10i2.4686>

Anatomia argumentativa do *Caso Ellwanger*: análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do *layout* de Stephen Toulmin

Denisson Gonçalves Chaves

Universidade Federal do Maranhão, Maranhão, Brasil

<http://orcid.org/0000-0003-2512-5347>

José Rogério de Pinho Andrade

Universidade Federal do Maranhão, Maranhão, Brasil

<http://orcid.org/0000-0001-6835-4663>

Resumo: A argumentação jurídica é uma obrigação constitucional para as sociedades que assumem o compromisso com o Estado Democrático de Direito. Entende-se que o Poder Judiciário brasileiro tem o dever de apresentar as justificativas para suas decisões, consoante reverbera o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988. Todavia não basta que as razões sejam expostas é preciso que elas sejam avaliadas e que existam critérios para realização da análise de racionalidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é avaliar os argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no *Caso Ellwanger – Habeas Corpus* nº. 82.424/RS, que trata da averiguação da configuração do antissemitismo como forma de racismo segundo art. 5º, XLII, versando sobre as temáticas da liberdade de expressão e discurso de ódio; de acordo com o *layout* argumentativo de Stephen Toulmin. Conclui-se que não existe uma homogeneidade de pensamento na Suprema Corte brasileira, apesar da concordância da não delimitação dos judeus como raça, percebeu-se uma linha confusa e diversificada de argumentos que embasam o direito de liberdade de expressão e sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Argumentação; Caso Ellwanger; Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio; Supremo Tribunal Federal.

Argumentative anatomy of the Ellwanger Case: analysis of the votes of the Ministers of the Federal Supreme Court based on Stephen Toulmin's layout

ABSTRACT: The legal argumentation is a constitutional obligation for the societies that assume a commitment to the Democratic State of Right. It is understood that the Brazilian Judiciary has the duty to present the justifications for its decisions, according to art. 93, IX of the Federal Constitution of 1988. However, it is not enough the reason's simple exposition they must be evaluated and that there are criteria for conducting an analysis of the rationality of judicial decisions. In this

sense, the objective of this work is to evaluate the arguments presented by the Ministers of the Federal Supreme Court in the Ellwanger - Habeas Corpus case no. 82.424/RS, which deals with the investigation of the configuration of anti-Semitism as a form of racism according to art. 5º, XLII, on the themes of freedom of expression and hate speech; according to the argumentative layout of Stephen Toulmin. It is concluded that there is no homogeneity of thought in the Brazilian Supreme Court, despite the agreement of the non-delimitation of the Jews as race, a confused and diversified line of arguments underlying the right of freedom of expression and its applicability was perceived.

Key-words: Argumentation; Ellwanger case; Freedom of expression; Hate speech; Federal Court of Justice.

Introdução

A argumentação é reconhecida nos tempos contemporâneos como uma necessidade democrática. Impossível pensar em um Estado Democrático de Direito que não faça uso da argumentação como instrumento e método legítimo para assegurar a liberdade e igualdade das pessoas. Nos moldes atuais, o Estado não pode utilizar-se de seu monopólio de poder coativo de maneira indiscriminada, sendo preciso oferecer justificativas à sociedade de seus atos e decisões. Logo, existe um deslocamento do uso da força para o uso dos argumentos, permitindo-se ilar, desse modo, que a argumentação é uma via não violenta do uso do poder. Assim, a autoridade estatal continua a existir, mas deve estar presente nos argumentos, não somente na(s) vontade(s) manifesta(s).

A necessidade da argumentação para o Direito é uma constatação desde dos tempos de Aristóteles; todavia, percebe-se que nos Estados democráticos a argumentação destacou-se de modo preponderante, isto se deve em grande parte a perda do valor social dado a autoridade e a tradição como forma de justificação da organização da sociedade. Especialmente nas democracias deliberativas¹, a prática argumentativa demonstra-se como meio de impedir que arbitrariedades possam ser cometidas de modo injustificado, surgindo também como instrumento de inserção política, uma vez que por meio da argumentação racional o cidadão pode participar da esfera pública².

Habermas, ao discorrer sobre a importância política de teoria do discurso numa democracia deliberativa, modelo defendido por ele, aponta a real necessidade da argumentação racional: o equilíbrio dos interesses entre os atores sociais. Ora, uma sociedade onde seja perceptível uma inequação extrema de insatisfação de pretensões, onde umas são preteridas em relação a outras, sem que haja justificativa para tal disparidade, recorrerá a violência, seja ela material, institucional ou intelectual.

Outro motivo que se pode somar a importância atual da argumentação é a concretização do constitucionalismo como modelo de Estado, onde a dimensão argumentativa apresenta-se indispensável, seja por sua perspectiva histórica ou pelos chamados “conceitos constitucionais abertos”. Ainda em decorrência do (neo)constitucionalismo deve-se mencionar a relevância dada ao dogma da separação dos poderes, visto que o Judiciário é convocado a apresentar as razões de suas decisões aos demais poderes e a

1 Democracia deliberativa é um termo utilizado por Habermas para descrever uma sociedade que construa o ambiente de uma esfera pública onde a realidade é argumentativa e reflexiva. Isto é, existe um movimento (compromisso) racional em busca de uma democracia. Não apenas um regime dos representantes estatais para os indivíduos, determinado por expressões temporais esgotadas, como é o caso do sufrágio. É preciso que o processo deliberativo seja também político, ou seja, construído de modo contínuo, nas mais diversas arenas da esfera pública.

2 ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013. p. 1.

sociedade; trata-se um controle externo e substancial.

É nesse contexto que surge as teorias da argumentação jurídica modernas, destacando-se, conforme as lições de Manuel Atienza, duas correntes principais: a dos precursores e a da teoria dos standards. A primeira postula que o raciocínio jurídico não deve ser visto como um tipo de raciocínio lógico-dedutivo; os principais expoentes são Viehweg e a noção de tópica, a retórica de Perelman e o procedimentalismo dialético de Toulmin. De outra parte, a corrente da “teoria do standard” não se contrapõe aos aspectos dedutivo, mas defende que a argumentação jurídica não se esgota neste modelo de raciocínio, sobressaindo-se os autores Alexy e MacCormick³.

A metodologia argumentativa utilizada no presente trabalho é o layout de Toulmin. O autor opera com as categorias elementares de um “procedimento dialético da argumentação”, a saber: dados, garantias, apoio, qualificadores, condições de refutação e conclusão (ou alegação)⁴.

Por fim, o objetivo deste trabalho é analisar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424/RS⁵ que trata de dois temas específicos: a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Pretende-se expor de modo claro as razões apresentadas pelos Ministros para as matérias em questão segundo o prisma da metodologia argumentativa de Toulmin. Ademais, busca-se avaliar a racionalidade das considerações feitas e do comportamento argumentativo da Suprema Corte brasileira no caso estudado.

Contextualizações no Caso Ellwanger

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve várias oportunidades de manifestar-se sobre a temática da liberdade de expressão enunciado no texto constitucional, todavia, apenas no Caso Ellwanger a Suprema Corte discorreu propriamente sobre o discurso de ódio. O caso foi emblemático e polêmico para a Justiça brasileira, dividindo a opinião pública e técnica sobre a questão.

Siegfried Ellwanger Castan foi um editor de livros gaúcho, proprietário da Editora Revisão, e publicou uma obra intitulada “Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do Século” onde nega a existência do Holocausto, alegando que a verdadeira vítima do holocausto teria sido a nação alemã. Ademais, Ellwanger publicou outras obras de conteúdo qualificado pela acusação como antissemita.

Nesse contexto, Ellwanger foi denunciado por incitação ao racismo, consoante conduta disposta no art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, na redação dada ao dispositivo pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1991, nos seguintes termos: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”.

Ellwanger foi absolvido no juízo de primeira instância, sendo posteriormente condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à pena mínima de 2 anos. O réu impetrou habeas

³ Id. p. 15.

⁴ TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

corpus no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Desse modo, impetrou novo habeas corpus dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

A defesa de Ellwanger teve como eixo central a negativa da condenação do réu pelo crime de racismo, na tentativa de afastar o elemento da imprescritibilidade com escopo último de declarar-se a extinção da punibilidade em vista da prescrição da pretensão punitiva estatal. Para tanto a defesa reconheceu que a conduta do autor constitui sim um ato discriminatório, todavia não nos moldes da tipificação específica do crime de racismo. Nesse sentido sustentou:

Todas estas práticas, a partir da lei 8.081, passaram a receber a reprimenda penal. Entretanto, apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível. Este é o texto da norma: - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

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

A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela lei 8.081/90, não significa necessariamente que a condenação seja pela prática de racismo.

(...)

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da lei n.º 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que serão imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: Não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo⁶.

A Suprema Corte brasileira denegou o pedido de Habeas Corpus por 8 votos a 3. Posicionando-se os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio e Carlos Brito - votos vencidos – favorável a pedido do réu, enquanto os Ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Veloso, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence manifestaram-se pela denegação. É perceptível as diferentes fundamentações utilizadas pelos Ministros de modo individualizado, o que demonstra que não existe uma posição homogênea ou monolítica da Suprema Corte brasileira, mas algo mais próximo de uma amálgama de “vontades individuais”.

Argumentação e decisão

Manuel Atienza afirma que a argumentação jurídica, assim como a própria Ciência do Direito, tem seu ponto de partida em problemas que precisam ser resolvidos. Sejam problemas práticos ou teóricos o Judiciário é chamado a “dizer o Direito”, ou seja: a resolver o problema. A metodologia utilizada para tal escopo será a argumentação, por este motivo, defende o jurista espanhol que o Direito não poderá jamais abdicar de seu potencial argumentativo. A argumentação e decisão estão vinculadas de modo inseparável de maneira que “a argumentação segue, ou precede, a decisão, como a sombra ao corpo”⁷.

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

7 ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013. p. 2.

Desse modo, o pressuposto de toda decisão judicial é um problema, uma questão não resolvida, algo que não está claro ou delimitado e por isso precisa ser determinado. Entretanto, no Estado Democrático de Direito na maioria das vezes não basta decidir, é preciso mostrar como se tomou determinada decisão, ou seja, apresentar o caminho que se teve de trilhar para chegar a um resultado específico. Pode-se dizer que a argumentação é um processo metodológico voltado para um fim, portanto, dotado de racionalidade⁸.

Consequência desta racionalidade intrínseca da argumentação jurídica é a necessidade de se justificar as decisões judiciais; uma forma de obrigar o julgador a demonstrar como chegou a determinado resultado, trata-se do que a doutrina brasileira chama de princípio da motivação das decisões judiciais expresso no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 ao dizer que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Assumir que a justificação das decisões judiciais é um processo racional e metódico leva a inferir dois efeitos básicos: (a) a argumentação presente nas sentenças é voltada para um fim, como anteriormente dito: para resolução de um ou mais problemas; (b) a possibilidade, e necessidade, de estabelecer critérios para avaliar se uma argumentação é boa ou ruim, melhor ou pior do que outra⁹. Contextualizando com o Caso Ellwanger, os problemas levantados pela Suprema Corte foram: 1. Qual o conceito de racismo? 2. Qual o conceito de raça? 3. Pode-se afirmar que os judeus constituem uma raça? 4. Quais os limites da liberdade de expressão? 5. Como assegurar que uma exposição de ideias se qualifica ou não como discurso de ódio? Por sua vez, o critério a ser utilizada para determinar se os argumentos utilizados pelos Ministros foram bons ou não será o já citado Layout de Toulmin, nas categorias de dados, garantias, apoio, qualificadores, condições de refutação e conclusão (ou alegação)¹⁰.

Uma opção metodológica para análise dos argumentos: o layout de Toulmin

O layout de argumentos defendido por Toulmin consiste numa tentativa de apresentar um modelo estrutural da argumentação que não se restrinja à lógica dedutiva. Seu modelo consiste em considerar que a lógica se refere muito mais à maneira como efetivamente os homens argumentam na vida prática do que com a demonstração da estrutura formal dos argumentos. O modelo de Toulmin pretende ser também uma crítica à tradição da lógica formal aristotélica no que diz respeito às limitações no campo das diversas formas de argumentação¹¹.

Segundo Atienza a intenção de Toulmin

[...] é “radical” e consiste em se opor a uma tradição que parte de Aristóteles e pretende fazer da lógica uma ciência formal, comparável à geometria. Toulmin, ao contrário, propõe-se deslocar o centro de atenção da teoria lógica para a prática lógica; a ele não interessa uma ‘lógica idealizada’, e sim, uma lógica eficaz ou aplicada

8 Id. p. 3.

9 Id. p. 3.

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

11 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 93.

(working logic); e, para produzir essa eficácia, ele escolhe como modelo não a geometria, mas jurisprudência¹².

Ainda para Atienza, “O ponto de partida de Toulmin é a constatação de que um dos nossos modos de comportamento é constituído pela prática de raciocinar, de dar aos outros razões a favor do que fazemos, pensamos ou dizemos”¹³.

O uso argumentativo supõe que as emissões linguísticas fracassam ou têm êxito segundo possam se apoiar em razões, argumentos ou provas. Embora muito diferentes as formas de argumentos, é possível apresentar uma estrutura comum a eles, bem como a sua força, que é a intensidade do apoio dado com relação à pretensão, que é o objetivo da conclusão¹⁴.

O termo argumentação é usado então para designar tanto um encadeamento de raciocínios, quanto as interações em que as pessoas se veem envolvidas, por meio das quais se formulam, debatem e/ou contornam tais sequências de raciocínios. É neste segundo sentido que o argumento interessa a Toulmin¹⁵.

Na explicação do que seja um argumento, Toulmin considera que o argumento é semelhante a um organismo vivo composto por uma estrutura bruta, anatômica, e outra mais fina, ou fisiológica. É na estrutura fina “que se introduziu a ideia de forma lógica e, afinal de contas, é ali que a validade de nossos argumentos tem de ser estabelecida ou refutada”¹⁶.

O objetivo a que se propõe Toulmin é estudar “a operação de argumentos sentença por sentença, a fim de ver como sua validade ou invalidade está conectada ao modo como dispomos, e que relevância tem esta conexão com a noção tradicional de ‘forma lógica’”¹⁷.

Tem-se então o problema: considerando que um mesmo argumento pode ser exposto de várias formas diferentes e algumas dessas formas mostrarão melhor do que outras a validade ou invalidade, a questão que se estabelece é saber como expor os argumentos se quisermos mostrar as fontes de sua validade e em que sentido a aceitabilidade ou inaceitabilidade dos argumentos depende de seus defeitos e méritos formais?¹⁸.

Toulmin destaca dois tipos rivais de argumentos, um modelo matemático e outro jurisprudencial, e questiona se é possível comparar a forma lógica de um argumento válido de certo modo quase geométrico? Ou tem mais a ver com procedimentos? Argumento válido será aquele que tenha forma apropriada ou aquele desenhado em forma geométrica fixa e simples? Ou será que há combinação destes dois aspectos? Se sim, como e porque o procedimento apropriado exige forma geométrica simples e como ela garante a validade dos procedimentos e como pode torná-los mais cogentes?¹⁹.

12 Id. p. 94.

13 Id. p. 95.

14 Id. p. 95.

15 Id. p. 96.

16 TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.

17 Id. p. 136.

18 Id. p. 136.

19 Id. p. 137.

Sem se esquecer das categorias da lógica aplicada, é perguntado sobre quais devem ser as características de um layout logicamente imparcial dos argumentos? Toulmin entende que é necessário verificar uma série de questões de diferentes tipos e considerá-las para analisar os aspectos práticos, daí uma primeira pergunta: “que questões são essas e como podemos fazer justiça a todas elas quando submetemos nossos argumentos a avaliação racional?”²⁰.

Uma segunda pergunta deriva da compreensão apresentada da estrutura do argumento a partir da lógica aristotélica com premissa maior, premissa menor e conclusão, e diz respeito a indagar se esta forma padrão aristotélica é suficientemente elaborada ou imparcial?²¹.

A analogia da argumentação geométrica com a jurisprudência demonstra que esta última possui uma estrutura argumentativa bem mais complexa e que nem toda estrutura argumentativa poderá ser reduzida à simplicidade da formalidade da lógica aristotélica. Por isto mesmo, a pergunta que é feita pela filosofia do direito é “que espécies diferentes de proposições são proferidas no decorrer de um processo legal, e de que diferentes modos tais proposições podem relacionar-se com a solidez de uma ‘causa’ legal?”²².

Na explicação de seu modelo estrutural de argumento, Toulmin propõe o problema nos seguintes termos: “o que, então, está envolvido no processo de estabelecer conclusões mediante a produção de argumentos?”²³ A questão a saber é se é possível desenvolver um padrão de análise que faça justiça a todas as diferenças que o procedimento apropriado impõe.

Segundo Toulmin, o padrão de um argumento simples é formado por quatro elementos: a pretensão (conclusão/alegação), as razões, a garantia e o respaldo. Acrescente-se a esses quatro elementos, os qualificadores modais e as condições de refutação.

A alegação (pretensão/conclusão) é tanto o ponto de partida quanto o de chegada do procedimento argumentativo, é aquilo que se busca afirmar e cujo mérito se procura estabelecer no decurso da argumentação²⁴.

Quando um proponente qualquer propõe um problema diante de um ou outros (oponentes) e tem questionada a sua pretensão, ele terá de dar razões a favor de sua pretensão inicial²⁵.

As razões são os fatos específicos do caso e que variam de acordo com o tipo de argumentação de que se trate. No caso de aceitação dos fatos pelo oponente, este poderá exigir do proponente a justificativa da passagem das razões para a pretensão. “Os enunciados gerais que autorizam essa passagem constituem a garantia (warrant) do argumento”²⁶.

20 Id. p. 137.

21 Id. p. 138.

22 Id. p. 138.

23 Id. p. 139.

24 Id. p. 140.

25 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 96.

26 Id. p. 96.

Segundo Toulmin, para as asserções feitas, normalmente, tem-se alguns fatos para apoiá-la, que são as alegações. Caso tais alegações sejam desafiadas, é possível recorrer-se aos fatos e apresentá-los como fundamento da alegação²⁷.

Assim é que uma asserção original se apoia em fatos apresentados que se relacionam a ela e, deste modo, tem-se a distinção entre a alegação ou a conclusão cujos méritos se busca esclarecer e os fatos aos quais se recorrem para alcançar a alegação – os dados²⁸.

Uma alegação desafiada pode ser defendida apresentando-se os fatos/dados correspondentes a ela. Entretanto, pode ser requerido que seja indicado, não os dados, mas a relação entre eles e a conclusão. Neste caso, busca-se saber a justificativa para como se chegou a tal conclusão. Tem-se neste caso, a apresentação da garantia²⁹.

Surgido este desafio, não se poderá enfrentá-lo com novos dados, mas sim por meio da apresentação de proposições que não sejam do tipo informação. A tarefa consiste “em mostrar que, tomando-se aqueles dados como ponto de partida, é apropriado e legítimo passar dos dados à alegação ou conclusão apresentada”³⁰.

Deste modo, são necessárias afirmações gerais hipotéticas que sirvam de ligação e autorização para a conclusão. Pode-se escrever esse processo na expressão “Se D, então C”. As proposições deste tipo são chamadas de garantias (W), para distingui-las dos dados (D) e da conclusão (C)³¹.

Toulmin problematiza “se há absoluta diferença entre dados, de um lado, e garantias, de outro” e afirma que é possível distinguir claramente entre duas funções lógicas diferentes em algumas situações³².

No layout básico dos argumentos segundo Toulmin, o apelo vem da alegação para os dados utilizados para fundamentá-la; a garantia é incidental e explanatória. Recorre-se a dados de modo explícito e a garantias de modo implícito. Observa-se que as garantias são gerais e estabelecidas de modo diferente dos fatos apresentados como dados³³.

Ainda sobre as garantias, Toulmin³⁴ ensina que é necessário operar com garantias de algum tipo, caso contrário, é impossível oferecer algum argumento para avaliação racional.

Com relação ao modelo básico de argumento, outras questões merecedoras de atenção podem surgir, tais como:

Há garantias de vários tipos, e elas podem conferir diferentes graus de força às conclusões que justificam. Algumas garantias nos autorizam a aceitar inequivocadamente uma alegação, sendo os dados apropriados; [...] outras nos autorizam a dar provisoriamente o passo dos dados para a conclusão; ou só dá-lo sob certas condições

27 Id. p. 140.

28 Id. p. 140.

29 Id. p. 140.

30 Id. p. 141.

31 Id. p. 141.

32 Id. p. 142.

33 Id. p. 143.

34 Id. p. 145.

com exceções ou qualificações [...] pode acontecer de termos de inserir um qualificador³⁵.

Os qualificadores modais (qualifiers) são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente. A necessidade de qualificadores modais torna o modelo de argumento mais complexo.

Além dos qualificadores morais, pode ser que o argumento apresente as condições de exceção ou refutação. As condições de refutação são as circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia³⁶.

Nas palavras do próprio Toulmin, “os qualificadores (Q) indicam a força conferida pela garantia” e “as condições de refutação (R) indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia”³⁷. Tanto os qualificadores quanto as condições de refutação, diferem dos dados e das garantias, merecendo lugares separados no layout proposto por Toulmin.

Toulmin considera que a atividade de argumentar tem características especiais conforme o campo ou empresa racional de que se trate. Para ele, é no campo do Direito que se tem o foro mais intenso para a prática e a análise do raciocínio³⁸.

Por meio dos tribunais de primeira instância, o Direito proporciona um foro para argumentações diversas sobre questão de fato. Já os tribunais de apelação oferecem um foro de argumentação que se concentra nas questões de direito. “Nesses dois diferentes foros da argumentação jurídica há variação das suposições típicas que constituem as pretensões, as razões, as garantias e os respaldos”³⁹.

A anatomia dos argumentos no Caso Ellwanger

Destarte, exposto a metodologia argumentativa de Toulmin, passa-se a análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger. Preliminarmente é apresentada uma síntese crítica sobre cada voto, bem como o enquadramento dos argumentos dos Ministros aos elementos categóricos do Layout de Toulmin.

Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, Relator do Habeas Corpus 82.424/RS, argumenta no sentido de deferimento da extinção de punibilidade em vista da prescrição da pretensão punitiva. O Ministro apresenta um voto extremamente técnico perpassando por pontos bem demarcados. Primeiro expõe um breve relatório; posteriormente cita as normas pertinentes e as considerações levantadas pela defesa. No âmago dos argumentos, o Relator trata do conceito de racismo e o método pelo qual utilizará na abordagem

35 Id. p. 144-145.

36 Id. p. 145.

37 Id. p. 141.

38 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 96.

39 Id. p. 108.

do caso, a saber, a interpretação histórica⁴⁰.

Observando o método hermenêutico escolhido discorre sobre o conceito de raça sob um viés antropológico e utilizando-se de uma literatura especializada defende que os judeus não constituem uma raça. Assim, partindo dessa premissa de negativa de uma “raça dos judeus” conclui que não há como qualificar a conduta do réu como racismo, não podendo, deste modo, aplicar ao caso a imprescritibilidade salvaguardada na Constituição. Em suas palavras: “não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pela qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”⁴¹.

Quadro 01 – *Layout* do Voto do Ministro Moreira Alves

Dados	<p>Conceito de raça, racismo e a interpretação histórica e teleológica da Constituição, cabendo destacar que o Ministro evoca a intenção do Constituinte como método hermenêutico de avaliar o elemento da prescrição no delito de racismo.</p> <p>Desse modo, cita a justificação da Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó, menciona também o Constituinte José Lourenço e outros no sentido de que o conteúdo do inciso XLII do art. 5º diz respeito precisamente a questão racial brasileira existente entre brancos e negros, resgatadas pela abolição da escravatura negra no Brasil.</p> <p>Ademais, usa o conceito de racismo apresentado por Aurélio Buarque de Holanda segundo o qual racismo é a “doutrina que sustenta a superioridade de certas raças” (p. 539) E o conceito de racismo de Nicola Abbagnano: “O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos dos gêneros humanos. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança” (STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 540).</p>
Garantia	<p>“Considerando, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 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 saber se os judeus são, ou não, uma raça. E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base inclusiva, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão” (STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 540).</p>

40 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

Apoio	<p>Citações de antropólogos e outros especialistas de que os judeus não são uma raça, mas um povo. Para isso menciona Miguel Asheri, rabino Morris Kertzer, Moacyr Scliar, o sermão do rabino Samuel M. Stahl e outros. Assim como outros apontamentos, a saber:</p> <p>Rabino Henry I. Sobe, nas seguintes palavras: “Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como ‘nação’, embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo”;</p> <p>Fred E. Foulvaruy, na obra “<i>Zionism and Race</i>”: “Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça. Os judeus não são, portanto, uma raça”.</p> <p>“Compreendendo o Judaísmo” de Eugene B. Bnowitz: “Agora fica claro que jamais houve uma sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a ideia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais”.</p>
Conclusão	<p>“Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pela qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado” (STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 544).</p>

Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello apresentou um voto minucioso, cuja base principal está sobre o poder de efetividade e eficácia dos textos internacionais e a responsabilidade estatal decorrente destes. Chama atenção para importância histórica que permeia o caso, o que está inserida em todo conteúdo do voto, como uma “necessidade de memória” para com a comunidade judaica em vista das agressões sofridas sob o regime nazista. Diferentemente do Relator, Celso de Mello não se atém a aspectos técnicos ou conceituais, mas a uma perspectiva historicista e sob a ótica do Direito Internacional Público. O eixo central do voto está na proteção da Dignidade da Pessoa Humana, presente tanto nas cartas internacionais de Direitos Humanos como na histórica social das comunidades. Destaca-se que o Ministro apresenta o que Toulmin chama de “condições de refutação” no elemento da proteção constitucional da liberdade de expressão. Porém, o Ministro deixa claro que não é válido levantar tal princípio no caso em questão, haja vista que a conduta do paciente teve a finalidade de discriminar e ofender, caracterizando assim ilícito penal, não podendo ser albergada pelo direito constitucional de liberdade de expressão do pensamento.

Quadro 02 – Layout do voto do Ministro Celso de Mello

Dados	<p>Inicialmente o Ministro utiliza como base prévia de sua conclusão “marcos temporais” que denotam um histórico de discriminação e violência contra os judeus.</p> <p>“O sentido emblemático desta reunião tanto mais se acentua quando se tem presente que este julgamento ocorre no contexto de marcos temporais, que, intimamente associados ao debate da questão judaica, põem em relevo - dada a sua relativa proximidade no tempo histórico - a atualidade preocupante do tema versado nesta causa” ((STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 615). O Ministro cita o holocausto judeu na Alemanha nazi-facista, a encíclica “<i>Pacem in Terris</i>” de João XXIII e outras datas.</p> <p>Posteriormente, passa a análise técnica do caso: “A intolerância e as consequentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado e ao Supremo Tribunal Federal (...)”</p> <p>Em uma palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos, pessoas essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano”.</p> <p>“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 indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social (...)”.</p>
Garantia	<p>“É esse, pois, o grande desafio com que nós, juízes da Suprema Corte deste País, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.</p> <p>“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”.</p> <p>“Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados de igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida como o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio ao público”.</p>

Apoio	<p>O Ministro Celso de Melo, como é de costume em seus votos, invocou os textos internacionais para fundamentação de sua decisão, citando primeiro a 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Posteriormente a Declaração e Programa de Ação de Viena chamando atenção para a legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos. E sintetiza seu apoio no seguinte parágrafo:</p> <p>“Essa reação - que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte - deve buscar os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965, a Declaração sobre a Rala e os Preconceitos Raciais (UNESCO/1978) e a Declaração de Durben e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001)”.</p> <p>“Não se pode ignorar, Senhor Presidente, a propósito do tema que ora julgamos, que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 09/12/1998, pela Resolução 923, que o antissemitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, impondo-se, por isso mesmo, a adoção, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, de medidas que impeça a propagação desse modo perverso de exclusão social”.</p> <p>No que diz respeito a Liberdade de Expressão utilizou o RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. Celso de Mello e as considerações da doutrina brasileira, em especial de Celso Lafer.</p>
Conclusão	<p>“Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, não posso aceitar a tese exposta na impetração, pois admiti-la significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade”.</p>
Condição de Refutabilidade	<p>“Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela clausula constitucional da liberdade de expressão”.</p>

Ministra Ellen Gracie

O voto da Ministra Ellen Gracie restringiu-se a apresentar conceitos rápidos de raça, racismo e preconceito. Não abordou de modo técnico a extensão do conceito de racismo, nem as minúcias do caso, limitando-se a agregar alguns casos históricos de discriminação contra os judeus. Destaca-se o conceito de preconceito como “*racismo feito ação*” inferindo que a prática discriminatória se manifesta como preconceito, por tal motivo, qualifica-se como racismo. Nesse sentido, a Ministra votou pela denegação do *Habeas Corpus*.

Quadro 03 – *Layout* do Voto da Ministra Ellen Gracie

Dados	<p>Conceito de Raça e Racismo. Primeiramente utilizando-se da Enciclopédia Judaica Roth, concluído que: “As alegadas evidências “científicas” de raça, baseadas na craniometria, etc, provaram-se insustentáveis” (p. 571). Ademais, utilizar o posicionamento de Edward O. Wilson: “Em consequência, a maior parte dos cientistas já de há muito reconheceu que se trata de um exercício fútil tentar definir raças humanas distintas. Tais entidades, de fato, não existem.</p> <p>“Exemplo claro de manifestação deste preconceito em ação é uma das obras, objeto de divulgação pelo paciente do presente HC. Os chamados Protocolos dos Sábios do Sião correspondem a uma fabricação grosseira, construída por antissemitas franceses, por volta de 1897, exaustivamente desmascarada e que, apesar disso, passado mais de um século, ainda corresponde ao credo antissemita”.</p>
Garantia	<p>Todavia, a existência de raças definidas é apenas um dos postulados da ideologia racista. E, com a acuidade científica deste postulado nunca estiveram preocupados os seus adeptos. Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido como a doutrina segundo a qual a raça (herança genética) ou o tipo físico geram cultura (...) Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la - que já sabemos não os há - mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação”.</p>
Apoio	<p>“Dada esta compreensão à matéria é que se torna necessário concluir que, muito embora o racismo não possa ser ‘justificado’ por fundamentos biológicos, ele no entanto, persiste como fenômeno social. E, é este fenômeno social o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII da Constituição Federal e sua correspondente legislação infraconstitucional”. Pode-se também citar as citações de Edward O. Wilson como pontos de apoio para decisão da Ministra.</p>
Conclusão	<p>“Por essas razões, Sr. Presidente, que agrego às muito melhor formuladas pelos Colegas, é que afirmo ser impossível aceitar a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo”.</p>

Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso trata no seu voto no eixo central dos conceitos de raça e racismo. Argumenta no sentido histórico das violências e atos discriminatórios sofrido pelos judeus. Apenas cita a inaplicabilidade do princípio da liberdade de expressão ao caso, em vista das condutas do paciente Ellwanger.

Quadro 04 – Layout do Voto do Ministro Cezar Peluso

Dados	<p>“(…) o que me basta e convence, no caso, é o incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista nas publicações, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. (STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 760).</p> <p>“Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o antissemitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceito e ódios históricos.</p>
Garantia	<p>“Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserta no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, é captar-lhe a ideia subjacente a palavra ‘raça’, para efeito de intelecção e incidência dessa regra constitucional”.</p> <p>“Ora, suposto seja ainda possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genética, que existam raças, eu diria que, na hipótese, a Constituição não adotou nenhum rigoroso e puro conceito extrajurídico, senão que elaborou conceito próprio, isto é, um conceito normativo. E é com esta especificidade operacional da Constituição, ao formular a noção de racismo, que deve o intérprete lidar e, lidar com redobrado cuidado, porque está diante da hipótese excepcional de uma modalidade de crime imprescritível. O ordenamento deu, com isso, manifesto relevo valorativo de vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto da crença política ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, à vista de suas graves consequências sociais, ao negar-lhes à reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social.</p> <p>“Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo racismo, até porque, se douto modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro Nelson Jobim, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas”.</p>
Apoio	<p>“Parece-me claro que, nela, a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista, expondo-os com o perigo de repetições históricas, a todas as manifestações concretas de discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.</p>
Conclusão	<p>“E isso tem significado óbvio: trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão”.</p>

Ministro Carlos Veloso

O voto do Ministro Carlos Veloso foi por ele dividido em sete seções que giram em torno do problema principal, por ele expresso da seguinte forma: “A questão aqui a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática de antissemitismo pode ser considerada racismo?” Primeiramente o Ministro faz um breve relatório dos fatos. Na seção dois discorre de modo profícuo sobre o que o Direito Internacional

dos Direitos Humanos concebe sobre o contexto histórico dos delitos referentes ao preconceito, fazendo ligação com o movimento constitucionalista do século XX e XXI. Nas seções três, quatro e cinco o Ministro aborda o conceito e as concepções de racismo referenciando ao parecer de Celso Lafer como *amicus curiae* no caso. Finaliza o seu voto aplicando chamando atenção para a questão da liberdade de expressão e de sua não aplicabilidade para o caso, decidindo, por fim, pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

Quadro 05 – *Layout do Voto do Ministro Carlos Veloso*

Dados	<p>“Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.</p> <p>O sequenciamento do genoma humano demonstra que não há falar em raça em termos biológicos. Por isso mesmo, o Dr. Sérgio Danilo Pena, médico e professor, notável divulgador do tema, cujo renome vai além das fronteiras do país, leciona que há apenas uma raça, a do homo sapiens, a raça humana (...) Destarte, em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana”.</p>
Garantia	<p>“Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, as pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características ‘raciais’ para instaurar a desigualdade e a discriminação”.</p> <p>“A uma, porque as publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque tem caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. A duas, porque, se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscritos na Lei Maior”.</p>
Apoio	<p>“A conduta do paciente, entretanto, há de ser analisada tendo em consideração o art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90”.</p> <p>Além a normativa específica do caso, o Ministro usa como apoio de suas garantias e dados a própria Constituição Federal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração de Virgínia (1776), Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e os pareceres dos <i>amicus curiae</i> Celso Lafer e Miguel Reale Júnior.</p>
Conclusão	<p>“Não tenho dúvida em afirmar que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus - ele próprio é autor de um deles - implica prática de racismo, o que a Constituição considera delito grave, imprescritível (CF, art.5, XLII)”.</p>
Condição de Refutabilidade	<p>“A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos - CF, art. 1, III - ainda mais quando essa liberdade de expressão se apresentar distorcida e desvirtuada”. (p. 689).</p> <p>“Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo “que a incitação ao ódio público contra o povo judeu” não “estaria protegida pela clausula constitucional que assegura a liberdade de expressão”.</p>

Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes dividiu seu voto em três partes: a) conceito de racismo; b) o racismo e a liberdade de expressão e de opinião; c) o princípio da proporcionalidade. Na primeira parte, de modo bastante rico, fala sobre o conceito de racismo defendendo uma perspectiva histórica, de modo a enquadrar o antissemitismo como forma histórica de racismo, uma vez que rechaçada a modalidade biológica. Cita jurisprudências comparadas como a Suprema Corte Americana e a Câmara dos Lordes que já trataram da temática de “discurso de intolerância”. No segundo momento o Ministro fala sobre a condição de refutabilidade da liberdade de expressão e volta a citar Kevin Boyle e fatos históricos sobre o racismo, assim como sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, o Gilmar Mendes busca aplicar o princípio da proporcionalidade como uma metodologia de resolução do caso, através dos critérios de “controle de proporcionalidade”; a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Decide o Ministro pela denegação do *Habeas Corpus*, entendendo que o antissemitismo é uma forma de racismo.

Quadro 06 – *Layout* do Voto do Ministro Gilmar Mendes

Dados	<p>“Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas”.</p> <p>“(…) diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o antissemitismo”.</p> <p>“Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes europeias a propósito da criminalização do “<i>Holocaust Denial</i>” confirmaram de modo inequívoca; (Cf. Boyle, <i>Hate Speech</i>, cit, p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos”.</p>
Garantia	<p>“(…) do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do antissemitismo”.</p> <p>“Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir de uma referencial ‘raça’. Cuida-se aqui de um conceito pseudocientífico notoriamente superado. Não estando superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.)”.</p> <p>“Assim, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo”.</p> <p>“Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria igualdade”.</p>
Apoio	<p>O Ministro Gilmar Mendes utilizou como apoio a Constituição e a doutrina do “<i>hate speech</i>” de Kevin Boyle e da Elogio da Serenidade de Norberto Bobbio. Ademais, o Ministro utilizou-se também de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Suprema Corte Americana e da Câmara dos Lordes, Reino Unido.</p>

Conclusão	“Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus (...)”. (STF- Inteiro teor do Acórdão do HC 82.424/RS, 2003, p. 670).
Condição de Refutabilidade	O princípio da liberdade de expressão de pensamento e princípio da proporcionalidade.

Ministro Sepúlveda Pertence

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence é um de certo modo confuso; enumera mais questionamentos do que propriamente dados ou apoios a sua decisão pela denegação do Habeas Corpus. Ademais, as garantias apresentadas pelo autor são quase imperceptíveis, deixando ao leitor uma certa obscuridade.

Quadro 07 – Layout do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Dados	“Mas a discussão convenceu-me de que um livro, pode sim, ser instrumento da prática do racismo (...)” “Acoplados trechos como esses, de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma”.
Garantia	“Creio que o voto do Ministro Moreira Alves parte aí de uma premissa de que participo: o irracionalismo da determinação constitucional de imprescritibilidade de determinada infração penal - que serve a frases literárias para que nunca mais seja esquecida -, mas que é contra todas as razões humanísticas que levaram à prescrição de todos os crimes sem um valor universal do Direito Penal, desde a revolução liberal do iluminismo”. “Mas quem revir os crimes da Lei n.º 7.716 e suas alterações, verá que há nela incriminações - contra as quais não teria uma palavra a dizer - que não têm, contudo, nem de longe, a grandeza e o relevo do golpe de estado vitorioso, cuja punição, quiçá utopicamente, a norma do art. 5º, XLIV, pretende garantir a qualquer tempo”.
Apoio	O Ministro sustenta seu apoio tanto na Constituição como retoma o voto do Ministro Carlo Brito e sua definição de prática, ilando que a conduta de <i>Ellwanger</i> qualifica-se como prática de instigação ao racismo.
Conclusão	“Não obstante, Sr. Presidente, alinho-me a maioria para entender que o preconceito antisemita constitui racismo, já na dicção do art. 5. XLII, da Constituição Federal, já na lei 7.716 de 1989 e suas alterações.

Conclusões

Constata-se que os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram pontos recorrentes: (a) o conceito de raça; (b) a consideração do crime de racismo para com os judeus; (c) interpretação histórico sociológica do texto constitucional; (d) o discurso de ódio; (e) a liberdade de expressão aplicada ao caso; (f) Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e Direito Comparado.

O principal ponto de concordância dos distintos argumentos dos Ministros deu-se a negativa

de se considerar os judeus como raça. Utilizando-se de fundamentos, principalmente antropológicos, demonstrou-se que a divisão da sociedade em raças é uma concepção ultrapassada e nociva aos Direitos Humanos. Para tanto, trouxeram exemplos do nazismo e seus efeitos históricos e sociais.

Apesar de não considerarem os judeus como raça, os julgadores da Suprema Corte decidiram pela denegação do Habeas Corpus a Siegfried Ellwanger concluindo pela prática de racismo por parte do réu. Indaga-se, assim, como a maioria dos Ministros chegaram a tal conclusão destoando da decisão do Relator Moreira Alves. A resposta a tal inquietação está na interpretação sociológica da Constituição, todos os Ministros que denegaram o pedido de Habeas Corpus utilizaram-se dos fatos históricos precedentes, apontando para uma “finalidade do texto Constitucional” – interpretação teleológica.

Nota-se a necessidade do que Lênio Streck chama de “Teoria da Decisão” para hermenêutica do Supremo Tribunal Federal, isto é, de parâmetros objetivos e pragmáticos que permitam avaliar a racionalidade das decisões prolatadas pela Corte Suprema⁴². Na mesma linha José Rodrigo Rodriguez em *Como decidem as cortes?* conclui que “cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das ‘razões do Tribunal’”⁴³. Tudo isso culmina em dois problemas emblemáticos notadas pela análise do filtro de Toulmin: naturalização de conceitos e argumentos de autoridade assistemáticos e até mesmo divergentes.

O resultado imediato dessa amálgama de argumentos conflitantes é a insegurança jurídica, visto que a liquidez dos conceitos e proposições do STF acaba por gerar óbices interpretativos aos Tribunais Superiores (STJ e Tribunais Estaduais, por exemplo) que estão vinculadas as decisões com eficácia erga omnes. Cite-se ainda a possibilidade de proposição de embargos declaratórios, recurso procedimental apto para casos de obscuridade e/ou contradição nas fundamentações.

No caso em questão, a tensão entre o discurso de ódio e o direito constitucional da liberdade de expressão acabaram por constituir o núcleo central do caso. Deveras, os Ministros chamaram atenção para uma delimitação material da liberdade de expressão, de maneira a considerar que este direito não é absoluto e que o seu limite está na ofensa ao direito de igualdade e não discriminação. Desse modo, a publicação de livros antisemitas por Ellwanger vitupera o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, chama atenção o uso dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e as Resoluções da ONU em prol da interpretação sociológica da Constituição. Pode-se afirmar que os textos internacionais são os principais apoios para ilações feitas pelos Ministros. Importante a anotação de Celso de Mello ao mencionar a responsabilidade do Estado brasileiro em cumprir com os deveres internacionais com os Direitos Humanos.

Destarte, conclui-se primeiramente dos votos dos Ministro do STF uma multiplicidade de fundamentações, o que a priori, manifesta dois efeitos: um positivo, tendo em vista o enriquecimento da discussão sobre o tema, e um negativo, considerando-se que tal variação por vezes enfraquecem a robustez da construção de um argumento central para a denegação do Habeas Corpus. Sob este aspecto negativo permite-se a crítica que mais do que propriamente um voto colegiado, a decisão da Corte no caso mais se aproxima de uma amálgama de decisões individuais, com alguns lampejos de concertação.

42 STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. Porto Alegre: LAEL, 2002.

43 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

Persiste assim, o questionamento: é possível garantir segurança jurídica onde as fundamentações jurídicas são, de fato, opiniões imperiosas de razões individualistas dos intérpretes? Entende-se que não. O caminho adequado é uma interpretação adequadamente constitucional, que permita aos atores da democracia – instituições e sujeitos – questionar sua validade e legitimidade, para tanto, transparência e coerência são elementos que um Poder Judiciário democrático não pode prescindir. Toulmin, com sua proposta de um layout argumentativo, demonstra-se uma metodologia de análise possível e eficaz para uma compreensão racionalizada das decisões judiciais.

Referências

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Interior teor do acórdão. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>>. Acesso em 13 jan. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O Julgamento da ADIN n.º 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 19, n. 3, p. 663-694, 2014.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação Jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista GV**, São Paulo, v. 10, p. 615-638, 2014.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob viés argumentativo e principiológico. **Sequência**, Florianópolis, v. 64, p. 131-160, 2012.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. Porto Alegre: LAEL, 2002.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.