



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS.**

PROGRAMA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

ALICE MARIA ALCÂNTARA BEZERRA DOS SANTOS

**RECONSTRUÇÃO DO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA
NO CASO SIEGFRIED ELLWANGER, A PARTIR DOS
CRITÉRIOS DE PERELMAN**

**BRASÍLIA – DF
2016**



ALICE MARIA ALCÂNTARA BEZERRA DOS SANTOS

**RECONSTRUÇÃO DO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA
NO CASO SIEGFRIED ELLWANGER, A PARTIR DOS
CRITÉRIOS DE PERELMAN**

Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica apresentado à Assessoria de Pós-Graduação e Pesquisa pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

Orientação: Oswaldo Ponce Álvares

**BRASÍLIA
2016**

RECONSTRUÇÃO DO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA NO CASO SIEGFRIED ELLWANGER, A PARTIR DOS CRITÉRIOS DE PERELMAN.

Alice Maria Alcântara Bezerra dos Santos – graduanda no curso de Direito no UniCEUB, aluna bolsista do PIC institucional
alicebezerrasong@gmail.com

Oswaldo Ponce Álvares – UniCEUB, professor orientador
ponce_filosofo@yahoo.com

Henrique Smidt Simon - UniCEUB, colaborador
henrique.s.simon@gmail.com

O presente estudo tem como escopo a utilização do voto do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal a favor de Siegfried Ellwanger, de forma a ilustrar a proposta de análise jurídica do modelo das técnicas argumentativas referenciais da obra “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica”, de Chaïm Perelman, e a adequação ao objeto de reconstrução. O julgado em comento repercutiu juridicamente por ter em debate conflitos constitucionais, dados científicos, termos indefinidos e exposições extensas, sendo o Ministro Maurício Corrêa responsável pelo pedido de vistas, que trouxe incompatibilidade ao posicionamento do Ministro Relator. Para apreciação da pesquisa, com base no filósofo da argumentação, foram discutidos pontos relevantes da concepção de direito, raciocínio jurídico, retórica e racionalidade, e a relação que possuem com a finalidade da teoria da argumentação. O objetivo do estudo é aproximar os critérios argumentativos perelmanianos aos argumentos trazidos no decorrer do voto do Ministro e apresentar a viabilidade em aplicá-los, entendendo a problemática contida no caso e a relação que envolve a posição amparada pelo orador em questão. A partir do conhecimento do juízo das teses defendidas pelo Ministro, foi possível adaptar a sua estrutura aos elementos vistos, sendo apontados possíveis argumentos reconstruídos, utilizando-se da escolha, definição e aproximação. Constatou-se, neste sentido, que a avaliação dos parâmetros definidos pelo autor da obra referida e suas implicações no cenário jurídico são completamente harmoniosas. E que, ademais, é aceitável disciplinar e tornar, sob os meandros dos critérios estudados, discursos que viabilizem argumentos cada vez mais persuasivos, a ponto de lograrem acordo entre aqueles a quem são dirigidos.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação. Habeas corpus. Técnicas.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	1
2- OBJETIVOS	2
3- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	3
3.1- Lei 7.716/90 e implicações no julgamento do habeas corpus de Siegfried Ellwanger:.....	4
3.2- Da escolha do Voto de Maurício Corrêa como objeto da aplicação da teoria de Perelman.....	14
3.3- Juízo do Voto do Ministro Maurício Corrêa.....	15
3.4- Do Positivismo Jurídico.....	20
3.5- Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman	30
4- METODOLOGIA.....	46
5- RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	47
5.1. Análise do juízo do voto de Maurício Corrêa a partir dos elementos do Tratado da Argumentação Jurídica	47
5.1.1. Os Âmbitos da Argumentação.....	47
5.2. O ponto de partida da argumentação.....	48
5.2.1. Os acordos de certos auditórios particulares.....	48
5.2.2. As premissas da argumentação e a escolha dos dados.....	49
5.2.3. A seleção dos dados e a presença.....	51
5.2.4. Sobre o uso das noções	53
5.3. As Técnicas Argumentativas.....	55
5.3.1. Dos argumentos quase-lógicos	55
5.3.2. Da Incompatibilidade	56
5.3.3. Dos argumentos baseados na estrutura do real	58
6- CONSIDERAÇÕES FINAIS	60

1. Introdução

O presente estudo tem como escopo a análise das técnicas argumentativas referenciais da obra “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica”, de Chaïm Perelman, e a adequação ao objeto de reconstrução, o voto do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal a favor de Siegfried Ellwanger. A partir disto, a problemática se baseia em obter a aproximação entre os critérios de argumentação e os pontos de vista trazidos no teor do voto do Ministro, devendo concretizar a correta aplicação do objeto à luz da obra.

Para isso, é necessário ampliar o Caso Ellwanger, discorrendo sobre os pontos importantes no interstício entre a exposição do Ministro relator e as considerações do plenário, que optou pelo indeferimento do pedido de habeas corpus, desfavorecendo o paciente. Ao mesmo tempo em que, ao salientar a posição que os Ministros sustentaram em suas teses, também ter em destaque a observação do confronto que o Ministro Maurício Corrêa travou em seu voto, refutando a argumentação do Ministro relator e propondo novos horizontes.

Segue, sendo mister, observar a forma com que a inter-relação dos argumentos trazidos pelo Ministro causam impacto quando lançados à comunidade jurídica através de seu voto, e o modo com que os ouvintes se envolvem nos assuntos discutidos. Além disso, consoante ao debate sobre o caso, é possível apresentar a relevância da obra de Perelman e as questões principais a serem enfrentadas, para que, concomitantemente, o problema analisado seja agenciado à teoria do filósofo belga. Assim, com o domínio apresentado sobre os caminhos que percorre a teoria da argumentação perelmaniana no universo jurídico e seu inteiro valor, torna absolutamente viável as tentativas de sua aplicação ao objeto jurídico de análise, o voto já mencionado.

2. Objetivos

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar a possível aplicação dos critérios argumentativos discutidos na teoria da argumentação apresentada por Chaïm Perelman, na obra em estudo “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica”, ao voto do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger.

Para atingir este objetivo, é necessário avaliar as técnicas de argumentação empregadas na obra referida, estudar as formas que as caracterizam, compreender como podem ser identificadas, além de examinar as implicações da teoria ora mencionada com o âmbito jurídico, observando a importância e o peso teórico que proporcionam e os possíveis auxílios que oferecem à filosofia do direito e argumentação jurídica.

Ademais, faz-se relevante buscar dominar as circunstâncias e efeitos do caso Ellwanger, que representa notável julgado da Corte Constitucional à sociedade brasileira, cuja notoriedade é deveras comentada pela comunidade jurídica, pelo fato de que apresenta em seu teor extensa abordagem de princípios constitucionais conflitantes, exaustiva carga de dados, informações e doutrinas, tornando o *habeas corpus* uma referência à academia.

3. Fundamentação Teórica

Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90, que diz “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”, devido à publicação de obras que supostamente teriam conteúdo antissemita, e que, portanto, estariam instigando discriminação contra judeus, mais precisamente o livro “Holocausto: Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”.

A grande polêmica gerou na constatação da palavra “raça”, que também é resguardada no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, a qual proíbe a prática de racismo, que neste caso é imprescritível. Tendo sido absolvido em primeira instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e entrou com habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, onde a 5ª turma denegou a ordem. O habeas corpus presente no Supremo Tribunal Federal, foi substitutivo de recurso ordinário, e ainda houve o parecer do Ministério Público Federal, que entendeu que “racismo” não se reduz a especificamente “raça”, mas sim uma gama de condutas.

Ellwanger, tendo o habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal em 2002, foi condenado pelo crime de racismo perante o plenário, que por maioria indeferiu o pedido. Os votos vencido foram os dos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. O Ministro Moreira Alves deferiu o habeas corpus segundo o entendimento de que judeus não seriam uma raça. Em voto vista, o Ministro Maurício Corrêa entendeu de forma diferente, concluindo que pelo critério sociocultural judeus se enquadrariam no conceito “raça”, e portanto, poderiam ser vítimas de racismo.

Em concordância com a exposição negativa do Ministro Maurício Corrêa, votaram o Ministro Celso de Melo, que concluiu por afirmar que a conduta do paciente não se enquadraria dentro das margens do princípio da liberdade de expressão, e que a obra do autor gerou “estímulo à intolerância e ao ódio público”. O Ministro Gilmar Mendes, por conseguinte, preferiu seguir o mesmo

raciocínio e utilizou do princípio da proporcionalidade para afirmar que, neste caso, o princípio da dignidade humana prevaleceria à liberdade de expressão.

O Ministro Carlos Velloso também menciona o fator "raça" atribuído aos judeus na perspectiva antropológica e cultural, afastando qualquer entendimento em termos biológicos. O Ministro Nelson Jobim trouxe elementos literários, históricos, além de declarações da ONU para reafirmar a posição de indeferimento, além da Ministra Ellen Gracie, que trouxe a noção de preconceito de Norberto Bobbio e ratificou a posição dos Ministros anteriores, compreendendo que não havia qualquer indício de revisionismo histórico no livro objeto de julgamento por Siegfried Ellwanger.

Por fim, os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio tiveram entendimento, de modo extenso e fundamentado, convergente no que tange à adequação do caso ao princípio da liberdade de expressão. O Ministro Sepúlveda Pertence, encerrando o caso, delibera a favor de Ellwanger, deferindo o habeas corpus, muito embora o pedido já havia, por maioria, sido denegado.

3.1 Lei 7.716/90 e implicações no julgamento do habeas corpus de Siegfried Ellwanger:

Antes de adentrar na relação que o crime de racismo possui com os crimes resultantes de preconceito e cor, é necessário submeter o termo "racismo" a um exame sobre seu significado, os horizontes que pode alcançar e as possibilidades de encontrá-lo consubstanciado na conduta do paciente do *habeas corpus* em questão.

A exigência de tipificação do crime de racismo encontra-se no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição. O texto caracterizador do crime prevê que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Para começar, a imprescritibilidade é uma característica especial de somente dois crimes previstos na legislação brasileira, racismo e ação de grupos armados, este último disposto no inciso XLIV da Constituição Federal.

O instituto da imprescritibilidade serve para destacar o crime como grave e sujeito a ser combatido. Não obstante, é exceção no direito brasileiro. A prescrição se caracteriza por um lapso temporal em que há a oportunidade do Estado de punir o agente da conduta lesiva à sociedade. Neste caso, na seara criminal, a prescrição é causa de extinção da punibilidade, o que significa que o criminoso tem a chance de ser esquecido em relação a conduta que praticara. Nos termos do artigo 107 do Código Penal se extingue a punibilidade: "IV - pela prescrição, decadência ou perempção".

A imprescritibilidade penal se fundamenta na perpetuidade da pretensão punitiva do estado. Em relação a uma análise histórica, a imprescritibilidade está ligada à característica de autoridade estatal, principalmente atribuída às práticas absolutistas do estado moderno. Como os regimes concentravam o poder absoluto, seria natural que inviabilizassem ao ofensor o direito do esquecimento dos crimes que cometeu. A consciência de que o crime estava ligado perpetuamente à quem o praticou trazia ao Estado a qualidade de abundância do *jus puniendi* (TRIPPO, 2004).

Além disso, outras doutrinas consideravam a imprescritibilidade do crime nos casos de permanência da periculosidade por parte do agente, onde aquele que continuava a cometer crimes com a mesma condição do primeiro, não podiam ser alcançados pelo instituto (TRIPPO, 2004).

Em contrapartida, há que se notar que a adoção da imprescritibilidade por um sistema punitivo deverá ser, antes de tudo, uma iniciativa cuidadosa. Devido às intensas arbitrariedades observadas nos regimes totalitários, a ausência de prescrição pode esquivar a justiça das punições. E é por isso que a inserção deste dispositivo deve caminhar em conjunto com princípios constitucionais basilares.

A fiança, por sua vez, é medida cautelar no processo penal que visa desobstruir as penitenciárias, caso sejam cumpridos requisitos impostos por lei. Como reza o artigo 319 do Código de Processo Penal são medidas cautelares diversas da prisão: "VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial".

Não obstante os elementos componentes da norma incriminadora, a principal palavra-chave, que orienta o sentido da interpretação, é o *racismo*. Neste caso, o racismo representa a aversão a outras raças, e conseqüentemente, superioridade de uma pela outra. Raça, pelo critério biológico é tão somente construção histórico-social advindo dos conflitos políticos da humanidade (MOORE, 2007). E ainda, o racismo gera a negação do direito à igualdade e diversidade, é ato concentrado em intolerância que torna impraticável a convivência humana (TRIPPO, 2004). O racismo, por sua vez, pode ser qualificado como série de ações que repercutem em um sistema de desigualdades, fincadas na base social e que ensejam má educação, saúde pública, políticas públicas, lazer, etc. Está diretamente associado à precariedade da garantia de igualdade social (GUIMARÃES, 2004).

A necessidade da inclusão do racismo como crime vem de uma série de problemáticas sociais, que são, em sua maioria, conexas à desigualdade racial. Advindas da história do país, relacionam-se com o comportamento de parte da sociedade que mantém invicto o pensamento de superioridade de uma "raça" sobre a outra. O que acabou por requerer do judiciário uma postura mais dura. Por isso, passando a ser tipificado como crime, o racismo ganhou rigidez e teve como justificativa o combate das práticas racistas em relação aos negros, principalmente no que se refere à superação do menosprezo de raças no mercado de trabalho.

O racismo encontrado no inciso XLII da Constituição Federal é termo impreciso, sob a égide da legalidade. Como mencionado anteriormente, o julgado do caso Ellwanger entendeu pela abolição do termo raça do ponto de vista biológico, sendo sustentado somente pela ideia sociocultural. Criminalizar a conduta racista é uma resposta à necessidade de equiparação de raças e igualdade, que prevalece como garantia constitucional (TRIPPO, 2004).

Como o termo é vago, resta ao aplicador a interpretação para supri-lo. Maria Regina Trippo (2004, p. 74) estabelece um tópico em sua obra "*Imprescritibilidade Penal*" para se debruçar sobre o sentido da expressão "prática de racismo" tão enfrentada no julgamento de Ellwanger. Em uma de suas passagens, observa que o termo racismo foi aberto à nível infraconstitucional com o advento da Lei 7.716, objetivando dar viabilidade ao texto da constituição. Entretanto, para a autora, isso faz surgir uma nova discussão.

"Sobreveio a Lei n. 7.716 (5.1.1989), alterada pelas Leis ns. 8.081 (21.9.1990) e 9.459 (13.5.1997), com vista a conferir eficácia plena ao dispositivo constitucional. Entretanto, além de não remeterem à palavra *racismo*, inseriram outras bastante complexas: preconceito, discriminação e raça. Nenhum dos diplomas especificou quais condutas típicas seriam imprescritíveis e inafiançáveis. Ficou a cargo do intérprete definir o alcance da expressão *prática de racismo*."

A autora, inclusive, remete à discussão tida no plenário do Supremo Tribunal Federal em relação ao julgamento do *habeas corpus* em favor de Siegfried Ellwanger. Concluiu que a norma constitucional passou a obter a "*textura aberta*" no momento em que emprega, infraconstitucionalmente, os núcleos dos crimes resultantes do preconceito de raça e cor. E ainda expõe que "a independência entre essas figuras penais e o crime de *racismo* reside na subjetividade do agente" (TRIPPO, 2004, p. 79).

Dessa forma, é necessário trazer em explanação o que vem a significar, na práxis, os conceitos de *preconceito* e *discriminação*, para que seja possível mensurar a atuação deste termo. Preconceito, em geral, tende a ser uma concepção pré-formulada de algo, que é subjetivo e se expressa através de valorações feitas ao outro. Enquanto discriminação parte de comportamentos que objetivam minimizar, excluir ou afastar pessoas através do ambiente social¹.

No geral, os dois conceitos interligam-se, uma vez que preconceito pode gerar discriminação, pois a ideia pré-concebida de algo desconhecido impulsiona ao ato de afastamento. Do mesmo modo, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, na introdução de seu livro *Preconceito e Discriminação* (2004), expõe que há possibilidade de que o preconceituoso não seja discriminador, quando subjetivamente crê que determinado povo possua um tipo de característica inferior ao seu, porém, mesmo assim, não torna público o que acredita. Maria Regina Trippo (2004, p. 72) também discute as tais noções, entendendo que o preconceito "significa conceito ou opinião formados antecipada e sumariamente. É geral e abstrato, não identificando, com especificidade, o sujeito passivo", enquanto discriminação, para a autora "sempre terá efeito jurídico, conquanto não necessariamente penal".

¹Tem sido classificado como discriminação direta todo ato expresso de restrição ou exclusão baseado na cor. É

Infere-se que há uma distinção entre os conceitos empregados em lei. No plano ideal, portanto, o preconceito não se tornaria em si punível a não ser que acompanhado da volição do agente, quando agride determinada "raça", cor ou etnia de outra pessoa, ocorrendo, neste caso, a discriminação.

Debatidos os termos que formam o núcleo do artigo 5º, inciso XLII (racismo) e que compõem a Lei n. 7.716/89 (preconceito, discriminação e raça), é mister que se compreenda o alcance da legislação infraconstitucional em relação ao crime de racismo e consequências na análise da noção de prática de racismo, aliada aos argumentos defendidos pelos Ministros do Plenário.

A lei 7.716/89 trouxe inicialmente a identificação de conter "crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor", logo em seu artigo 1º, e, abaixo elenca o rol de crimes que abordam uma série de comportamentos reprováveis pelo legislador, entretanto, não disciplina em nenhum dos artigos, o que viria a ser "preconceito de raça e cor" como prática para que pudesse ser aplicada a punição.

Já em 21 de setembro de 1990, a Lei n. 8.081 faz vigorar o artigo 20 da Lei 7.716, que acrescenta que os crimes desta lei se atentariam também às práticas contra religião, etnia ou procedência nacional. Além disso, adiciona "Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza [...]" ao caput, instituindo em um dos parágrafos do mesmo artigo o efeito de destruição do material apreendido.

E, finalmente, em 13 de maio de 1997, altera-se, através da Lei n. 9.459, os artigos 1º e 20 da lei 7.716. Desta vez, o artigo 1º traz o seguinte texto "Serão punidos, na forma desta Lei os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional". Expressa, mais uma vez, vários núcleos do tipo sem a explicação do que importariam na prática, trazendo "discriminação" como mais uma interrogação para o intérprete. Além disso, modificou o artigo 20, retirando do caput a prática dos crimes pelos meios de comunicação, deixando apenas em qualificadora.

Na prática, é irresoluta a definição de racismo e os caminhos que são percorridos pelos termos "preconceito" e "discriminação" até chegar a ele. Além da confusão obtida no julgamento do caso Ellwanger, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (2004) apresenta a inaplicabilidade da lei infraconstitucional aliada ao

crime de racismo, quando identifica em casos corriqueiros a insegurança jurídica do termo. Por exemplo, delegados de polícia afirmariam, em diversos casos de xingamentos, ofensas e atos discriminatórios, que o delito era propriamente de honra², enquanto os advogados tentavam desconstituir com a justificativa de que as práticas resultavam em racismo.

Quanto à lei 7.716/89, os crimes que perfazem um comportamento em relação ao agente e a vítima sempre trazem imperativos tais como: "Impedir o acesso", "Negar", que são comportamentos de exclusão de pessoas (GUIMARÃES, 2004). Que resta impraticável a noção de discriminação que necessariamente viria a condizer com o racismo, e de que maneira, mais propriamente nos meios de comunicação (que é o caso do paciente do habeas corpus discutido), este induzimento ou prática poderia se estabelecer. Não se pode mensurar objetivamente os horizontes que alcança na legislação e na praticidade. Isso porque a vacuidade da definição torna deveras penosa a aplicação no caso Ellwanger. O termo "raça" ganha o vislumbre jurídico de ser um produto de conflitos entre povos no decorrer da história que tem como consequência a imposição de uns pelos outros, num objetivo de escravização, e com justificativas descabidas.

Ao serem discutidos os pontos de relevância para a compreensão do Caso Siegfried Ellwanger, resta tornar claras as principais teses defendidas pelos Ministros, de modo a suscitar o entendimento sobre a repercussão empírica dos debates corridos sobre os termos e as razões jurídicas vinculadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como tentativas de solucionar a tensão legal sobre o caso.

Neste caso, nega-se (quando do indeferimento do habeas corpus) o ponto de vista achado pelo Ministro relator no instante em que se acredita não serem judeus reconhecidos como raça, já que se ligam por um vínculo histórico e religioso que é o judaísmo. Pois, biologicamente não possuem ligação, porém de forma sociocultural mantêm a condição de "raça".

² "A Lei n. 9.459 reza, em seu artigo 1º "Serão punidos, na forma da lei, os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional". O art. 20 da mesma lei fala em "praticar, induzir e incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, religião ou procedência nacional". Ademais, acrescenta um terceiro parágrafo ao Artigo 140 do Código Penal, que trata da injúria, para apenar com reclusão "de um a três anos e multa" a injúria que "consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". (GUIMARÃES, 2004)

O entendimento do ministro relator foi o mesmo argumento trazido pela defesa do paciente, que, tentando desqualificar o crime de racismo, e conseqüentemente a imprescritibilidade, optou pelo argumento de que judeus não são uma raça e, portanto, não havia possibilidade de incriminar a conduta de Ellwanger como racista. Com essa afirmação, e caso o STF optasse por deferir o habeas corpus, Ellwanger estaria condenado restritivamente ao crime de discriminação racial apontado no artigo 20 da lei de crimes resultantes de preconceito de raça e cor, lei nº 7716.

O Ministro Moreira Alves, em uma de suas passagens no voto dado ao caso, expõe que "pela Constituição de 1988, como se vê dos incisos XLI e XLII do artigo 5º, a discriminação é o gênero, sendo o racismo uma espécie agravada da discriminação" (STF, 2003, p. 13). Além disso, continua "Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de disposição constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo e não às outras práticas..." (STF, 2003, p. 13). O "novo tipo" apontado pelo ministro é o artigo 20 da lei 7716/89 expressa sobre a prática de discriminação racial, que é um dos núcleos do tipo.

Eis que surge uma polêmica em torno das dimensões que o racismo pode abarcar com relação à lei mencionada, e por isso, a imprescritibilidade do crime passa a ser objeto de questionamento. Além do mais, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, indaga-se outro ponto: o ministro questiona que os órgãos de promotoria e a acusação não fizeram prova de que o delito havia sido materializado após a nova redação dada ao artigo 20³. A redação ulterior possivelmente inviabilizaria a cominação prevista em qualificadora no crime em foco. Salienta dizendo que "porque até a data da vigência da Lei nº 8.081 o preconceito racial enquanto crime não estava associado à sua veiculação pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" (STF, 2003, p. 139) e ainda observa que "com as datas de edição e reedição dos livros objeto da ação penal pública, o que resulta é a falta de demonstração da anterioridade da primeira em relação às

³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

demais" (STF, 2003, p. 139). Quanto ao conteúdo da obra de Ellwanger, o Ministro Ayres Britto exclama que "é uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente e em parte quixotesca", (STF, 2003, p. 159).

Quanto ao racismo, ainda surgiu outro ponto de comentários nos votos: o mérito quanto à introdução do crime de racismo na ordenação vigente. Isto é, o elemento histórico motor de interpretação da norma. Como observado por Moreira Alves (STF, 2003, p. 14) "converge para dar a racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial mais especificamente a raça negra". Entende o Ministro que a Emenda Aditiva que introduziu o dito crime na Constituição foi justificada por Carlos Alberto Caó como um mecanismo de contribuição à erradicação do racismo culturalmente institucionalizado na sociedade brasileira, e que isso geraria, conseqüentemente, uma adaptação positiva dos negros no mercado de trabalho.

A ideia acima foi rebatida pelo Ministro Gilmar Mendes, que entende que o texto constitucional não pode ser desvinculado do conceito histórico, sociológico e cultural, e que portanto, admitindo a qualidade de que os judeus são raça sob o ponto de vista histórico e social. Logo, o antissemitismo estaria incluso como uma das práticas de racismo, sendo, portanto, punível.

Outro alcance das teses apresentadas no caso Ellwanger foi a qualidade de revisionismo histórico questionada em seu livro. O revisionismo, em si, é uma tentativa de "recontar" fatos históricos a partir de um novo contexto e com novos componentes e informações que incidem e projetam uma realidade divergente da anterior. Segundo o paciente, sua obra tem o caráter estritamente revisionista, Siegfried Ellwanger (1988, p.10) atenta que o leitor:

"poderá avaliar os dois lados de uma questão que, por espantoso que pareça, tem sido apresentada por um lado apenas. Depois disso, o leitor emitirá o seu próprio juízo. É como formar opinião apenas depois de ouvir também a segunda parte em uma disputa de casal, e não emitir juízo apenas sobre o que a primeira parte queixosa lhe disse".

O Ministro Marco Aurélio, inclusive, entre outras palavras, salienta que é demasiado duvidosa que a obra de Siegfried Ellwanger tenha conteúdo racista ou de qualquer incitação à violência. E mais, defende a produção literária livre como formação de opinião das pessoas, assim como o Ministro Ayres Britto também sustentou.

“[...] confesso que não identifiquei qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor. Por óbvio, a obra defende uma ideia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de uma ideologia não é crime e, por isso, não pode ser apenada [...] O livro constitui uma das mais importantes e antigas formas de divulgação de informações e opiniões” (STF, 2003, p. 178-179).

A Liberdade de Expressão foi princípio defendido pelos Ministros que indeferiram o *habeas corpus*, especialmente Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

Marco Aurélio em seu tópico "Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito" relaciona o alcance dos princípios constitucionais e direitos fundamentais com o exercício da democracia. Com isso, novamente salientando, defende o direito de opinião e a livre prática de expressar ideias. Esta expressão nem sempre viabilizará discussões aprazíveis a todos, porém, este é um dos pilares da liberdade, que inclui, de toda forma, a diversidade de opiniões. Cita John Stuart Mill quando relata as diversas maneiras em que a opinião pode apresentar em sociedade, do mesmo modo que comenta Voltaire. Conclui pelo deferimento do pedido de *habeas corpus*. Em conjunto, o Ministro Ayres Britto, anteriormente, já havia comentado sobre o princípio, além de entender ter o livro o caráter revisionista proposto pelo autor desde o início, e que, apesar de não concordar com Siegfried, não o denunciava por abuso no direito de opinião. Em suas palavras "Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu [...]. Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto" (STF, 2003, p. 161).

No entanto, a tese não foi bem aceita pelo plenário, que continuou por entender haver prática de racismo na publicação da obra "*Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*". Para melhor exemplificar o debate, Gilmar Mendes traz em seu voto tentativa da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso porque o ministro percebeu a necessidade de minimizar os discursos de veras teóricos que estavam, volta e meia, apresentando-se, e decidiu conflitar duas teses que ganharam força para, no fim das contas, ter um indício de razoabilidade sobre qual medida tomar. Citando Robert Alexy, o Ministro entende que o princípio da liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana são, *per se*, direitos fundamentais autônomos que regem um estado

democrático de direito, e que, portanto, não devem ser excluídos. Não obstante, há determinados casos, também chamados de casos difíceis, que nem sempre um direito fundamental pode ser aplicado em sua totalidade, sob pena de extrapolar o âmbito de sua real incidência e chocar com um outro direito.

Neste sentido, ao invocar o uso do princípio da proporcionalidade, tenta tornar prática a ponderação entre os princípios acima, equacionando-os. Faz-se pelo esquema de pesos que será balanceado em cada norma, no sentido de proporcionar uma decisão legítima.

Ao realizar a ponderação, Gilmar Mendes avalia estar adequada a condenação do paciente, entendendo que seria necessária a decisão condenatória por ausência de outro meio mais gravoso, ocasionando assim, a proporcionalidade da condenação do paciente em crime de racismo.

Algumas questões, no decorrer do polêmico Caso de Siegfried Ellwanger, restaram duvidosas. A questão da imprescritibilidade do crime de racismo vinculado ao art. 20 da lei de crimes resultantes de preconceito de raça e cor não é na legislação algo transparente, o que não é afirmativo o fato da prática da discriminação racial por meio de divulgação ser necessariamente determinado como prática racista.

O termo racismo, tão debatido pelo caso, tomou rédeas no discurso de forma irrestrita. Primeiramente o termo raça, que, de acordo com os votos, através dos dados biológicos, sociológicos, de direitos humanos e tratados internacionais, resultou em uma sobreposição de povos no decorrer da história. Entretanto, as discussões sobre a questão "raça de judeus" se atentaram muito mais para o aspecto dos direitos humanos, do que para a conduta do paciente, que raramente foi enfrentada. Além disso, uma das escapatórias do enfrentamento da prática do racismo foi justificar o crime como um dispositivo invocado para garantir a igualdade da raça negra no Brasil, o que não pareceu enfrentar o alcance do termo racismo em relação ao caso em si.

Por fim, as teses defensoras do princípio da liberdade de expressão tentaram criar outra via de escape para o caso, mas, por outro lado, não conseguiram esgotar a questão da imprescritibilidade do crime do racismo aplicado à conduta. Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, quando adequado nas máximas da

teoria de Robert Alexy, pareceu criar pressupostos para a conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana estivesse, de fato, pesando mais que o direito de opinião.

3.2 Da escolha do Voto de Maurício Corrêa como objeto da aplicação da teoria de Perelman

O voto vista do Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da garantia constitucional do paciente, foi um marco dentro das exposições dos demais votos do plenário do Supremo. Deveu-se não somente à argumentação trazida no teor do seu indeferimento do *habeas corpus*, como também à grande quantidade de discordâncias da fala do Ministro Relator, que transbordou e afetou os demais votos, e, conseqüentemente a decisão desfavorável à Siegfried Ellwanger.

Nesta condição de ruptura, Maurício Corrêa mostra à Moreira Alves que há necessidade de tocar em pontos que não foram admitidos por ele para atender às pretensões do plenário. Antes do voto do Ministro em questão, havia a tese da acusação que repercutiu por avaliar a conduta como racista e imputá-lo a prescrição, e a tese de defesa que arguiu a absolvição pela conclusão de que judeus não são uma raça. O Ministro Moreira Alves concordou com a premissa trazida pela defesa, contentando-se com a mesma dedução.

Já o voto vista traz em seu bojo a informação de que judeus são uma raça do ponto de vista sociocultural, o que gerou uma abertura para o debate, possibilitando que outros pontos de vista pudessem dialogar com o Ministro Moreira Alves. Traz extensa abordagem literária para tratar da distinção do sionismo, e também da polêmica sobre antissemitismo. Tocou também na essência das argumentações anteriores, sobre a análise linguística da palavra "raça", como também demonstrou preocupação em falar sobre o princípio da dignidade humana e liberdade de expressão.

Ou seja, Maurício Corrêa gera, pela primeira vez, um novo sentido interpretativo para o caso, o que provoca uma série de tentativas de "consertar" os erros e procurar medidas que viabilizem uma decisão coerente. O que veio a ser a mesma atitude dos outros ministros, que, em sua maioria, seguiram basicamente os

mesmos caminhos de Maurício Corrêa. O rompimento do Ministro Maurício Corrêa com os pareceres anteriores sobre o caso derivou de sua insatisfação com os argumentos trazidos. Isto pode se justificar pela necessidade de manter certa lógica na legislação, ou necessidade de dar uma resposta mais próxima daquilo que a sociedade espera, ou ainda, tentar evitar conflitos na comunidade jurídica.

O cenário do voto vista, portanto, parece ser o melhor escopo do trabalho, uma vez que reúne as principais teses levantadas contra o Ministro Relator e leva à discussões até então não apresentadas. Neste sentido, sendo o voto que proporcionou a persuasão necessária para que os outros Ministros pudessem (em sua maioria) indeferir o pedido de habeas corpus, é que a participação argumentativa do Ministro Maurício Corrêa resta inteiramente pertinente para ser tratada como análise.

3.3. Juízo do Voto do Ministro Maurício Corrêa

A escolha quanto ao voto a ser analisado se deveu a um balanceamento sobre qual conteúdo entre ponto de vista e razões se constataria em melhor forma, e de que maneira a justificação levaria a campos de abordagem interessantes na verificação da eficácia das técnicas de argumentação de Perelman.

Entendendo que até o presente momento do julgamento do paciente a Lei n. 7.716/89 havia passado somente por uma alteração, então, até este ponto, significa que seu art. 20 trazia no caput a necessidade do crime ser cometido pelos meios de comunicação, além de já ter sido inserido as outras modalidades de preconceito e discriminação: religião, etnia ou procedência nacional. Além disso, durante a exposição da defesa e do Ministro Moreira Alves, o ponto a ser ascendido em discussão foi a frequente dúvida sobre a existência da imprescritibilidade penal nos crimes da Lei n. 7.716.

Pelo que foi explícito nos tópicos acima, não é indubitável que o crime de racismo venha a abraçar a referida lei pelos conflitos semânticos da prática deste crime no que tange a sua imprescritibilidade. É assim que, neste emaranhado de hermenêutica e imprecisão normativa, o Ministro Maurício Corrêa abre outros destinos para o caso Ellwanger.

O Ministro Maurício Corrêa em sua conclusão argumentativa entende que a *conduta de Ellwanger é racista e, assim, indefere o pedido de habeas corpus*.

É o que apresenta as premissas a seguir.

Maurício Corrêa pediu vistas dos autos, pelo fato de que o então Ministro Relator, Moreira Alves, havia decidido por deferir o pedido de *habeas corpus* em favor de Siegfried Ellwanger. O Ministro relator havia identificado as premissas de modo bastante reduzido: dado que racismo é crime contra uma raça, judeus não são uma raça, logo não há crime. Os argumentos do Ministro Moreira Alves foram de que como os judeus não se consideravam uma raça⁴, então não poderia haver prática de racismo por parte de Siegfried Ellwanger.

O objeto, que é o voto do Ministro Maurício Corrêa, levou a questão do crime de racismo sob o enfoque de uma abordagem mais contextualizada, os argumentos foram baseados em discussões científicas, elementos históricos, e também, equacionamento de princípios constitucionais. Ou seja, o Ministro não se contentou com a mera adequação do argumento lógico utilizado pelo Ministro Moreira Alves (dado que racismo é crime contra "raças", e que os judeus não se classificam como raças, logo não pode haver crime de racismo contra judeus). O Ministro Maurício Corrêa (STF, 2003, 23) começou o discurso, nas incidências do voto vista, com a seguinte expressão: "Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta". Aqui, para o Ministro Maurício Corrêa, o caso não gira somente em torno da "imprescritibilidade".

A primeira premissa do voto se atém à afirmação de que a genética eliminou o conceito tradicional de raça, pois sob o ponto de vista genômico "raças" não existem. Porém, sob o ponto de vista sociológico, há que se falar em raça como a diferenciação dos indivíduos no que concerne às características socioculturais. Ademais, a visão de raça sob os critérios de superioridade entre estas culturas, é desumano, a exemplo do nazismo. (STF, 2003).

Assim, pode-se afirmar que não existe "raça" sob a ótica genética e nem hierárquica, somente sociológica.

⁴ [...] o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão [...] "Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós" (STF, 2003, p. 18)

Partimos, então, para a dissecação dos argumentos sobre a negação de raça na perspectiva biológica e a afirmação de "raças" sob a perspectiva histórica e sociocultural.

Maurício Corrêa, ao negar que a questão a ser discutida se restringe à imprescritibilidade, abre um leque de hipóteses, pois passa da conduta do paciente à análise de critérios, que não são esclarecidos pela legislação. O ponto principal do habeas corpus passa a ser "racismo". Neste sentido, entende que para se avaliar esta denominação, precede a compreensão do que vem a ser raça.

Para começar, o então Ministro aponta estudos científicos que baniram o conceito de raça sob o aspecto genético, pois as diferenças biológicas de pessoa para pessoa são irrisórias, não dão concretude suficiente para distinguir seres humanos e classificá-los. Ainda em relação a isso, argumenta a favor de que a distinção de cores, por exemplo, existe devido fatores determinantes de cada região do mundo.

Outrossim, seus argumentos se baseiam na percepção de que a palavra "raça" não atende a definição que restringe o Ministro Relator, uma vez que, para o Ministro Corrêa (STF, 2003, p. 30), deve o intérprete da norma "harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição".

Para isso, indica no seu argumento, as pesquisas científicas desenvolvidas pelo *Projeto Genoma Humano (PHG)*, sobre o que diz não haver raças a partir de características físicas. Cita o professor *Sérgio Danilo Pena*, concordando com ele ao entender que o aspecto genômico anuncia a inexistência de raças no mundo⁵.

Entendendo que a questão científica a respeito de raça está superada⁶, é que propõe uma segunda análise: raça sob o contexto sociocultural. E neste ponto justifica pelo fato de que a diversidade cultural é o que faz com que cada contexto construa grupos, e que seus membros, portanto, tenham ligações entre si. Ou seja,

⁵ Para ele "*todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem*". (STF, 2003, p. 5)

⁶ "Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso do artigo 5º da Carta Política" (STF, 2003, p. 14).

religião, costumes, gostos, entre outros elementos, é o que conduz as pessoas a se agregarem e formarem uma identidade. Admite que, somente a partir do entendimento é que se pode afirmar que os judeus corresponderiam a uma raça.

Por outro lado, demonstra que, pelo curso da história, povos tentam se sobrepor a outros por diversas razões, o que implica em tentativa de dominação. Superioridade de raças está ligada diretamente com a imposição de costumes, religião, ou até mesmo da própria força, de um grupo em relação a outro. Essa é a terceira concepção de raça mostrada pelo Ministro, contribui para que "raça", seja, dentro de seu argumento, um conceito somente admitido se se olhar com vistas a um critério sociológico. Dessa forma, não há que se falar em superioridade ou inferioridade de raças, exclusivamente em raça como atribuição de especialidade a um conjunto de pessoas⁷.

Na segunda premissa, Maurício Corrêa sustenta a tese de que a sociologia entende racismo como a incitação de racismo, ou seja, a "valoração negativa" dos caracteres de determinado grupo, ou de determinada "raça", e que isso pressupõe o ideal de dominação⁸.

Afirma que o antissemitismo se derivou da então Alemanha nazista⁹, quando judeus passaram a ser considerados como sub-raça (no caso, pressupõe a superioridade da raça alemã em detrimento da judia). A partir deste ponto, entende que a conduta do paciente (de propor incentivo à segregação racial maquiada por um revisionismo histórico), tem como objetivo incitar a prática do antissemitismo, fazendo de Siegfried Ellwanger um racista.

Assim, o ponto de partida é: *dado que judeus possuem a qualidade de raça sob a ótica sociocultural, e "racismo" é tendência de sobreposição de um povo em*

⁷ A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie (STF, 2003, p. 235).

⁸ O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: - Racialismo, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular" - racismo "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa" (STF, 2003, p.15)

⁹ "Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um "Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes". (STF, 2003)

relação a outro, a conduta de incitação à doutrina antissemita se enquadra no crime de racismo.

Para findar o argumento, é necessário concatenar as premissas já localizadas e mostrar a justificação para o indeferimento do habeas corpus.

O Ministro Maurício Corrêa tenta interligar dois pontos que são a chave para a interpretação de sua passagem de tipo penal abstrato para a conduta racista de Ellwanger: antissemitismo como racismo e publicação do livro em questão como incitação ao racismo. Neste ponto, o Ministro (STF, 2003, p. 12) ressalta que “dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça”, e que raça, neste sentido, é a desculpa necessária para instituir a superioridade entre povos.

O Ministro sustenta que o holocausto e sua terrível marca histórica foi causada por um país que institucionalizou o racismo, causando a morte de milhares de judeus. O seu ponto de vista é a afirmação de que um autor que carrega em uma obra o objetivo de revisar estes fatos, de maneira demasiadamente pobre, deve ser imputado pelo crime de racismo. Apontou algumas passagens do livro *Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*¹⁰, para fortificar o seu argumento, como por exemplo a passagem do livro de Henry Ford "*Judeu Internacional*" na obra de Ellwanger, que imputa a responsabilidade dos males do mundo ao judeu, por ser visto como o precursor do acúmulo de riquezas.

Com isso, o Ministro Maurício Corrêa ainda assevera que pela obra ser identificada como racista, e então estar dentro dos moldes do art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal, logo obtém a imprescritibilidade do crime¹¹.

Aqui, a polêmica sobre a imprescritibilidade do artigo 20 da Lei n. 7.716 quando elevado à categoria de racismo, para o Ministro, é extinta.

Para reiterar o seu ponto de vista, salienta, ainda, os tratados e declarações em que o Brasil é parte, e que ratificou sua posição em relação ao antissemitismo

¹⁰ Livro Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira, escrito pelo paciente sob o pseudônimo S. E. Castan (fl. 23):

- "*o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda*". (STF, 2003, p. 18)

¹¹ "por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite"(STF, 2003, p. 26)

em tratados¹². É que desta forma, o Brasil se vê aliado no combate ao racismo e, por isso, deve impor medidas com o respectivo fim. Na verdade, tocando no ponto, o Ministro Corrêa quer enfatizar que no Brasil atos que tendem à xenofobia, antissemitismo ou qualquer outra demonstração de racismo devem ser uma causa de fomento à eliminação destas práticas, inclusive pelo judiciário.

3.4 Do Positivismo Jurídico:

Para se chegar ao entendimento sobre como a argumentação jurídica tomou espaço em meio acadêmico de forma a influenciar o filósofo da argumentação Chaïm Perelman, é importante fazer um paralelo entre os horizontes que o positivismo jurídico conseguiu conquistar e as lacunas por ele deixadas.

A argumentação jurídica, diferente do positivismo, analisa o direito não como um sistema que se fecha à elementos exteriores valorativos e sociais, mas compreende que o seu exercício os relaciona de forma prática, aliada aos mais diversos tipos de situações jurídicas. E, de forma a ampliar o sentido e possibilidades de suas decisões, é que argumentar se torna uma via eficiente para se conseguir acordo.

O positivismo, por outro lado, ao ignorar o papel flexível que a argumentação possui no direito, encontra respaldo somente no próprio sistema jurídico, independentemente de interferência de vontades. O problema está na própria necessidade do juiz de motivar suas decisões, e, em qualquer hipótese, julgar os casos. Isso porque, quando a norma se torna incipiente ou não contar como justificação necessária, o magistrado terá que apelar para outros critérios, que nem sempre estarão positivados. É o caso, por exemplo, dos *hard cases*, que colocam

¹² [...] o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de "apologia ao ódio nacional, racial, religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência"

A resolução 623 da Assembleia da ONU, de dezembro de 1988, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, *negrofobia*, **antisemitismo** [...].

No item 58 da chamada Declaração de Durban, consignou-se que "o holocausto jamais deverá ser esquecido"

Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais [...]. (STF, 2003, p. 22)

em conflito princípios ou regras, e necessitam, assim, de razoabilidade na definição de suas decisões.

Em um primeiro ponto, é coerente analisar as raízes do positivismo jurídico no que concerne a sua essência, para isso, é necessário conflitar direito natural e direito positivo.

O direito natural e direito positivo são opostos quanto à origem da afirmação do direito. Enquanto aquele concede uma figura imutável, este assevera uma visão sistêmica, peculiar e formada a partir de determinada sociedade. O direito positivo não advém de um pressuposto metafísico que decorre puramente de sensibilidade ou confiança em uma ordem natural das coisas, estas são atribuições do jusnaturalismo. Em contraposição, o direito positivo é restrito, preciso e nasce da necessidade de transcrição legal de vontade.

Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 22), a distinção entre as duas vertentes é a de que:

“o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador”.

Quando se trata de mencionar a natureza das coisas, é importante destacar que esta modalidade de interpretação do direito vem da tentativa de se aproximar da ordem natural do universo. Neste viés, a ordem natural tem leis que definem sua estrutura interior, onde cada coisa tem função e destino. Para Hart (2007, p. 205):

“Nesta visão mais antiga, cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como dirigindo-se para um estado definido ótimo que é o bem específico”.

Segue, dessa forma, em uma análise da essência metafísica, entendendo que a naturalidade das leis e a forma como se transpõem no mundo fático é uma necessidade da destinação que elas têm. Sendo assim, o “agir naturalmente” empregado à conduta humana em geral é sempre o comando, e tudo que foge ao pressuposto de ordem é ameaça ao direito natural (HART, 2007). Este contexto

também é discutido em Bobbio (1995) como *falácia naturalista*, que é a pretensão de retirar da natureza das coisas um juízo de valor.

Direito positivo, noutro polo, limita-se à conservação do meio social em que incide e, portanto, é retrato da vontade inserida ao meio. Além de que positivar o direito significa tornar uma conduta obrigatória, adequá-la a determinado povo e torná-la lei específica. Este conceito é o que, em Bobbio (1995), caracteriza-se *jus civile*, direito positivo, um complexo elaborado de normas positivadas, em contraponto com *jus gentium*, direito natural, ou seja, o direito que é comum aos povos.

Tendo as duas noções de direito esclarecidas, é possível pensar em positivismo jurídico. A visão jurídica doutrinária afasta completamente a interpretação do direito natural, restando como objeto único o direito positivo (BOBBIO, 1995). O positivismo jurídico ascendeu, lado a lado, com a visão do Estado Liberal, que, trazendo o princípio da segurança jurídica como positivação dos direitos, procurou negar o Estado absolutista, que é lembrado pela imposição estatal e uso descomedido da força. Por isso, uma das principais correntes que influenciaram a codificação do direito foi a iluminista, embora neste cenário ainda não houvesse a concentração de uma verdadeira “teoria da codificação” (BOBBIO, 1995).

Em outro importante contexto, é possível notar Jeremy Bentham como precursor da implantação de uma verdadeira teoria da codificação, no sentido de tornar possível a prática dos próprios princípios utilitaristas que carrega, “*a maior felicidade para o maior número*”, de modo que o código surge para apoiar e dar completude as suas fontes filosóficas do utilitarismo. Assim como, *a posteriori*, Austin, de outro âmbito, contribui ao positivismo jurídico quando expõe a lei como “comando geral e abstrato”, produto necessário e salutar do direito, corroborando assim para o entendimento da indispensabilidade da existência da codificação (BOBBIO, 1995).

Por conseguinte, na concepção avaliativa, a característica essencial do pensamento positivista é o afastamento da moral em relação ao direito. Deve-se ao fato de que a valoração é emaranhado de questões relativas, e que, por isso, variam de sujeito para sujeito, o que torna dificultosa a forma de lidar com aplicação jurídica.

É conveniente tocar na conexão estabelecida entre positivismo lógico e jurídico, tendo em vista que o desfecho que a visão antagônica à metafísica e aos estudos de linguagem influenciou epistemologicamente as teses jurídico-positivas, trazendo tanto concepções de linguagem lógica e a pretensão de superar os problemas da linguagem natural, quanto, posteriormente, à visão pragmática da linguagem, onde se dá relevância também aos contextos.

Desse modo, um enunciado é constituído, de acordo com a filosofia da linguagem, de função sintática, semântica e pragmática. São, por sua vez, relacionados aos signos, aos seus significados e à aplicação dos signos na comunicação. Frege e Russel são precursores da concepção da lógica apoiada em demonstrações matemáticas, tentando construir a construção de uma linguagem unívoca, e, portanto, isenta de quaisquer elementos que a corrompa. Restringem-se à análise da sintática e semântica. Por outra perspectiva, Ludwig Wittgenstein, abstraindo-se da ideia de universalização de signos, propõe visão não mais descritivista, e sim, pragmática (SIMON, 2006).

Neste contexto, emerge uma das principais teses positivistas, que é o positivismo apresentado por Hans Kelsen. Três são os conceitos principais de sua obra: a norma, a validade e a norma fundamental. A norma é a direção proibitiva ou permissiva de determinada conduta, que terá sempre um sentido objetivo previsto juridicamente, pois, “nem sempre corresponde ao sentido subjetivo de quem pratica o ato inserido na norma” (BARZOTTO, 2007, p. 32). A norma deriva necessariamente de outra norma, é o que se chama “sistema dinâmico”, mecanismo autorizativo de uma norma inferir por outra superior (BARZOTTO, 2007). “A validade é o mesmo que a existência da norma. Esta, para existir, não depende de nenhum conteúdo extrajurídico, de algum padrão de justiça exterior ao direito” (SIMON, 2006, p. 84). Kelsen (1998, p. 6) fundamenta validade como vigência pertencente à ordem do “dever ser” e, conjuntamente, ao sentido objetivo da norma, independentemente da cessação da vontade do legislador, em suas palavras:

“A circunstância de o “dever-ser” constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado - e isso muito embora o querer, cujo

sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser “vale” mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser.”

Robert Alexy (2009) apesar de se opor ao positivismo jurídico no que perfaz à separação do direito e moral e atentar sobre a polêmica da validade da norma fundamental, expõe o que esta seria em Kelsen. “Uma norma fundamental é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, salvo a sua própria” (ALEXY, 2009, p. 114). Em relação a esta afirmação, indaga-se sobre a validade do critério, tocando no ponto da obra de Kelsen, onde se fala da diferença da ordem de um gângster que exige a entrega de determinada quantia de dinheiro e do funcionário público que exige o cumprimento do pagamento ao fisco. A postura deste último é válida, pois decorre de norma autorizativa (ALEXY, 2009).

Sobre o distanciamento dos elementos axiológicos na teoria kelseneana, Hans Kelsen (1998, p. 45) corrobora o entendimento da afirmação de existência de relativismo moral em condições temporais e em localização diferentes.

“Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular - pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade - e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos”.

Ou seja, é completamente inseguro definir uma ordem moral sobre todas as coisas, quando, em diversas partes do mundo, os subjetivismos sobre valores incidirão em conflito com os conceitos pré-estabelecidos. Neste sentido como afirma Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 41):

“O relativismo axiológico – isto é, a ideia de que não existe apenas um único sistema de valores morais afirmável por alguma forma de conhecimento – é uma referência filosófica das mais importantes para a teoria pura do direito”.

Contextualiza-se, portanto, a visão relativista de Kelsen às percepções obtidas pelo filósofo Wittgenstein quando observa a variedade de juízos éticos e morais, “[...] a linguagem só trata de fatos e a ética depende de uma vontade. Assim, é subjetiva e não está no mundo, mas no sujeito (e o mundo independe da vontade humana”, (SIMON, 2006, p. 27). Além disso, configura-se o pensamento dominante do denominado “Círculo de Viena”, tendência posta no início do século XIX, que trazia influência empirista e a busca por uma linguagem sistematizada, o que revelou grandes influências como Frege e o próprio Wittgenstein, além de grandes mudanças em relação ao pensamento teórico (SIMON, 2006).

Além desta vertente, participa do mesmo movimento positivista do direito o filósofo do direito dinamarquês Alf Ross. Diferentemente de Kelsen, Ross não reduz a ciência jurídica ao sentido abstrato da obrigatoriedade da norma, mas sim, compreende que a obrigatoriedade está relacionada ao direito em ação.

Neste mesmo sentido, Simon (2013, p. 42) explica que para Ross, como as regras são diretivas, “só se pode dizer que essas regras realmente regulam e viabilizam o uso da força quando elas são aplicadas, pois, se assim não fosse, não haveria que falar em acatamento ou cumprimento da norma”¹³. Sobre regras

¹³ Em relação à Ross, Simon (2013, p. 42-43) ainda expõe que “A comparação de Ross é com o jogo de xadrez. Para quem não conhece o jogo, os movimentos das peças não passam de atos aleatórios dos indivíduos que as deslocam. As regularidades observadas não dão o sentido do jogo, não passando de repetições que podem ser descritas como movimentos físicos, mas não como algo que possui significado próprio. Já para o observador que conhece as regras, os movimentos fazem sentido, pois entende o porquê daqueles movimentos serem executados daquela maneira e sabe que os participantes devem acatá-lo. No entanto, essas regras só fazem sentido na medida em que os jogadores efetivamente as seguem, pois, caso contrário, não faria sentido falar que as regras do xadrez não são seguidas pelos jogadores. Quer isso dizer que os jogadores de xadrez percebem as suas regras como obrigatórias, sob pena de não estarem jogando o jogo adequadamente”.

diretivas, Barzotto (2007, p. 67) explica que “as regras jurídicas são uma espécie de diretivas, na medida em que visam ‘dirigir o comportamento dos homens para agir do modo indicado’”.

Então, pode-se afirmar que a aplicação em sentido concreto da norma é que faz, para Ross, o objetivo do direito, uma vez que é também fenômeno que se alia ao plano empírico. Entretanto, o direito como prática social independe de justificação, afinal, esta é pressuposto metafísico, e, portanto, não se insere no contexto do positivismo jurídico.

A terceira vertente positivista de peso é a utilizada por Herbert Hart, que tenta delimitar e conceituar o direito de forma mais pragmática, uma vez que considera o direito como fenômeno social. Com a influência do uso dos jogos de linguagem proposto por Ludwig Wittgenstein, assiste a imensidão de significados dados ao direito, o que pressupõe certo relativismo. Para Simon (2006, p. 100), “Hart propõe-se a discutir um conceito que não se pretenda preciso e determinado, mas que possibilite a compreensão do fenômeno do direito e suas diferenças com relação a outras normatizações sociais”. Com base em Barzotto, (2007, p. 103), para Hart:

“o fundamento de um sistema jurídico consiste na situação em que os membros de um grupo e as autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias de obrigação”.

Tendo em vista que o filósofo do direito se opõe ao modelo austiniano, não compreende serem as regras jurídicas reduzidas a basicamente enunciados imperativos e coercivos para a simples submissão aos soberanos. Estipula-se dois gêneros, primárias e secundárias.

As primeiras são enunciados de dever e regras de conduta, que, para serem válidas, necessitam de regras secundárias. As regras primárias devem ser interpretadas em conjunto com normas secundárias, àquelas imputam obrigações aos indivíduos, deveres e ações rotineiras, que, na ausência de regras secundárias, só poderiam ser mudadas através do decurso do tempo, com mudanças sociais e consequente habitualidade.

Dessa maneira, com a implantação de regras secundárias, as primeiras regras se apoiam e são direcionadas. São elas: regras de alteração, regras de

reconhecimento e regras de julgamento. As regras de alteração modificam as regras que já não possuem eficácia, suprem o papel do processo vagaroso de transformação social e podem criar novas regras legitimamente. “[...] as regras de alteração não indicam nem a autoridade nem o procedimento que permitiriam introduzir novas regras na vida do grupo” (BARZOTTO, 2007, p. 97). Regra de reconhecimento, por sua vez, é regra que valida as demais, pois está no patamar de superioridade. “Esta regra de reconhecimento última é uma regra que possui critérios compartilhados que determinam a validade das demais regras” (SIMON, 2006, p. 109). As regras de julgamento vinculam-se às primárias, caso haja sua violação.

Quanto às regras de maior importância em Hart, as chamadas regras de reconhecimento, assemelham-se à ideia de norma fundamental trazida por Kelsen, dado que condicionam a validade de todas as outras regras válidas (ALEXY, 2012). Além disso, Hart aponta a submissão à regra jurídica, ou seja, a adesão ao caráter obrigacional que dela exsurge. Esta é chamada de perspectiva interna do direito, pois, ao passo que o indivíduo conhece e adere à regra de conduta, vincula-se à obrigação imposta socialmente, ratificando a validade da norma. De maneira diversa, quando um Estado, por exemplo, aponta que determinada nação reconhece um direito instituído em regra, conhecendo a sua validade, porém não se obrigando a obedecê-la, está-se diante do ponto de vista externo do direito.

O positivismo, então, perpassa o desenvolvimento histórico e contribui para as principais teorias positivistas que influenciaram o direito. Sendo assim, é possível notar sua contribuição na forma de abordagem do direito como estritamente juízo de fato, também em relação ao formalismo jurídico (critério formal de validade). Além disso, o positivismo coopera com o exercício de um ordenamento jurídico coerente e sem lacunas, assim como, em alguns pontos, fomenta o entendimento de que a norma jurídica deriva da força e coação estatal, e, portanto, segue como necessária em sua aplicação e severa no que diz respeito aos caminhos interpretativos. (BOBBIO, 1995).

Malgrado as exposições de importantes teses juspositivistas, a dificuldade do positivismo jurídico em disciplinar o conteúdo normativo, sem buscar a interferência de juízos de valor, é visível quando os problemas se relacionam com questões de fato e de direito que possuam interpretações e alcances que o ordenamento jurídico

não supra. Este é um ponto trabalhado na teoria da argumentação, uma vez que tem lugar quando, em determinado conflito de normas ou insegurança quanto à critérios para chegar em uma solução, as partes (em caso de lide), ou mesmo, parlamentar em plenário e advogado em sustentação oral utilizam, na tentativa de persuadir, argumentos dos mais diversos tipos.

O positivismo jurídico ainda é analisado sob o enfoque da relação de segurança jurídica como resultado da harmonia entre o ordenamento jurídico e a sociedade, isso está diretamente ligado com o ideal de justiça. Perelman (1996, p. 422) avaliando o direito como sistema dinâmico, fala sobre a necessidade de avaliá-lo de acordo com os fatos, os princípios de direito e fatores axiológicos, de modo a dar respostas aos conflitos jurídicos, afinal os juízes devem decidi-los:

“Se é verdade que o direito visa ao estabelecimento de uma ordem estável, que garantiria a segurança jurídica, a uniformidade (a igualdade perante a lei) e a previsibilidade, ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que atue [...] Sabe-se que esse ideal de elaboração sistemática de um direito estático, análogo a um sistema lógico ou matemático, ficou abalado já na segunda metade do século XIX, graças à concepção teológica do direito.”

Sobre a Alemanha Nazista, Perelman (1996) expõe sobre o perigo de pressupor à lei o conteúdo de direito (no caso do direito positivo), que nem sempre estão em conjunto, e que, deve-se de toda forma admitir a existência de princípios gerais de direito. Esta é a condição para a existência de decisões justas. Neste sentido, caberá a doutrina, jurisprudência, direito comparado e também à argumentação jurídica o papel de disciplinar os critérios em que os princípios devem ser aplicados em cada Estado. Lidando com esta multiplicidade de aplicações, deriva-se o relativismo destes critérios, que é visão obtida pelo positivismo jurídico, inclusive exposta acima quando relatado entendimento de Hans Kelsen.

Perelman rompe com o pensamento kelseneano quando o filósofo se afasta ao recurso dos juízos de valor para as decisões. Uma vez que, como afirmado, o teórico da argumentação considera imprescindível que o juiz intervenha nos casos em que a justiça esteja ausente, de forma a efetivar o sistema jurídico prático. Segundo o filósofo da argumentação jurídica (2002, p. 168):

“Falar em argumentação pura, ou de uma teoria pura do direito, é desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio: essa é uma perspectiva que só pode atrair os que ignoram tudo sobre a argumentação e vêem o raciocínio prático conforme o modelo do raciocínio teórico, e, de preferência, de um raciocínio formal.”

E, vai além, com a seguinte afirmação (1996, p. 461):

“O positivismo jurídico, tal como se manifesta nos escritos de Austin, mesmo mantendo que o direito é a expressão da vontade do soberano, não pretende que o direito será necessariamente justo. Ele sai do apuro considerando que a justiça é uma categoria que não se prende ao direito, mas à moral, interessando-se o direito unicamente pela legalidade. É esse também o ponto de vista defendido por Kelsen, para quem o positivismo jurídico é alheio aos juízos de valor, pois a técnica jurídica só é capaz de determinar a legalidade de uma norma, ou seja, sua validade no interior de uma ordem jurídica elaborada a partir de uma norma fundamental, mas jamais sua justiça, tarefa que se arriscaria a criar uma confusão entre o direito positivo e o direito natural.”

Com isso, entende-se que a resolução dos conflitos é feita através de interpretações sobre princípios e teorias jurídicas. Pois, no momento em que as lides surgem, não haverá motivação falsa ou verdadeira, mas apenas razoabilidade de fundamento e, *in concreto*, o valor que terá prioridade. As justificações virão com base na extração da finalidade normativa ou do princípio incidente, da vontade do legislador ou dos valores atribuídos na norma, dentre outros.

3.5 Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman

Sobre a aplicação da teoria da argumentação jurídica no voto de Maurício Corrêa no Caso Siegfried Ellwanger, ora discutido, há a necessidade de discorrer sobre os principais elementos que compõem a argumentação e, principalmente,

aqueles que são destacados no Tratado da Argumentação jurídica – A Nova Retórica, de Chaïm Perelman. Isso porque as noções sobre as técnicas de argumentação e o modo como elas delinearão o objeto deste trabalho deverão ser detalhadas.

Como introduzido no capítulo anterior, a teoria da argumentação rompe com o positivismo jurídico no momento em que acredita ser possível emancipar o uso da razão prática e, necessariamente, obter razoabilidade no discurso. Além de que, sobre a argumentação, como afirmado pelo próprio Chaïm Perelman (1996, p. 468), “graças a ela é que podemos conceber um uso razoável da liberdade, ideal que a razão prática se propõe em moral, em política, mas também em direito”.

Neste sentido, há que se firmar entendimento sobre alguns pontos construtores das definições sobre razão, pensamento lógico e argumentação. Sabe-se que a lógica pode se desenvolver em um esquema demonstrativo, onde pretende exclusivamente verificar a verdade que é exigida entre premissas e conclusão. É que a certeza silogística acarreta num pensamento científico, que basicamente se preocupa com a efetividade da inferência, e como ela se identifica com seu próprio sistema.

Não obstante, a lógica também desencadeia o raciocínio argumentativo, que, diferentemente da demonstração (razão teórica), exercita a razão prática, que é conceber a possibilidade de discutir as premissas. Estas não necessariamente serão verdadeiras ou falsas, mas poderão ser viáveis de acordo com a verossimilhança que existe entre as premissas e o evento (ALVES, 2003).

A qualidade da argumentação tem elo com a utilização do ato de persuadir. Enquanto a demonstração é coercitivamente imposta (no sentido de que a verificabilidade é suficiente para a justificação), o raciocínio argumentativo depende do modo como o orador inculcará no ouvinte a justificativa para determinado fim que almeja. Para Alves (2003, p. 361):

“A persuasão, por outro lado, é um modo de apresentar conhecimentos prováveis com um teor de verossimilhança que tende a inclinar a vontade do interlocutor em favor daquele que argumenta. Nela, apresenta-se um conhecimento no qual não estão explicitados, de forma restrita ou limitada, os pontos de partida ou os pressupostos e as regras lógicas de derivação”.

Em relação ao “motor” do raciocínio argumentativo, a razão prática, tem-se sua definição como o instrumento que conduz a razoabilidade de se tomar determinada escolha. Está relacionada ao que é provável e ao que mais se atende aos preceitos de racionalidade, pois, dentre as possibilidades de decidir algo, a alternativa viável é aquela que se molda nos limites da segurança, do controle e do razoável ao orador.

Assim, entrando em argumentação jurídica, que é a aplicação das regras de raciocínio argumentativo em conjunto com o instrumento da razão prática, pode-se dizer que esta reuniria a atividade de produção e aplicação de normas jurídicas e os seus problemas quanto ao direito e aos fatos; à interpretação das normas no que concerne aos chamados *hard cases*; e à disciplina de critérios para a produção e a aplicação do direito, que é o âmbito da dogmática jurídica, ou seja, atentar-se aos problemas abstratos do direito, como dimensionar a atuação de cada princípio jurídico nos casos concretos (ATIENZA, 2002).

Entra em cenário, na argumentação jurídica, o contexto de justificação que torna aceitável o conteúdo decisório. Justificar, do ponto de vista externo, significa demonstrar razões suficientes para legitimar a escolha de uma tese dispositiva, diferentemente da verificabilidade dedutiva de premissas-conclusão. A esta justificação denomina-se “justificação interna”. Neste ponto, Manuel Atienza (2002, p. 39) se ocupa em dizer:

“a lógica dedutiva só nos oferece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”.

Um bom argumento, segundo Manuel Atienza (2002) deve conter, portanto, coerência formal e material. Entretanto, além dos problemas lógico-formais que ao argumento podem vir a calhar quanto à correção, poderão surgir também ambiguidades argumentativas, denominadas de falácias, que modificam o sentido de frases e denotam contrariedades semânticas. Este ponto é estudado pela lógica informal.

Perelman (1996, p. 471) salienta que Aristóteles não se esquivou de tocar nos pontos do silogismo dialético em sua obra “*Órganon*”, e que, portanto, a argumentação não deveria estar de todo afastada da lógica.

“Foi indevidamente, ao que me parece, que se quis reduzir a lógica à lógica formal. Aliás, Aristóteles, considerado o pai da lógica formal, por causa de seus Analíticos, onde estuda as deduções formalmente corretas, consagrou sua Retórica e seus Tópicos, e as Refutações sofísticas, ao exame dos raciocínios dialéticos, que versam sobre o opinável, das argumentações que visam a persuadir e a convencer, das razões pró e contra que servem para a crítica, a refutação e a justificação, e que são indispensáveis para esclarecer as premissas de um raciocínio.”

E que, assim como Aristóteles, acredita ser necessário nortear a solução das dificuldades jurídicas por meio de uma lógica jurídica. Assim como sustenta o filósofo e matemático Gotlob Frege, a lógica pode ser aplicada a diversos outros ramos do conhecimento. A lógica jurídica é desenvolvida no estudo da argumentação como método de aplicação da razão prática, daí, Perelman (1996, p. 496-497) indaga que:

“se a lógica jurídica deve estudar o que há de específico no raciocínio jurídico, não pode ela ater-se ao estudo dos aspectos formais do raciocínio, pois seu papel essencial é analisar a argumentação tal como se desenvolve num contexto jurídico”.

Neste sentido, a lógica jurídica pertence à argumentação jurídica, ligam-se para construir o estudo do raciocínio jurídico (ATIENZA, 2002). Da mesma forma, “a lógica jurídica se apartará da análise dos debates judiciais, da classificação, da expiação, da esquematização deles” (PERELMAN, 1996, p. 505). Este tipo de raciocínio é ligado ao dispositivo da sentença que o juiz emite, influenciado pelas razões expostas pelo advogado, promotor, doutrinadores ou juristas,

Ao juiz é dado o encargo de julgar os casos que lhe são distribuídos, e, para isso, necessita fundamentar sua decisão com elementos de fato ou de direito. As teses que levantará para justificar sua decisão não são coercivas, são argumentos, e, portanto, contarão com motivações e estarão condicionados ao universo do ordenamento jurídico (PERELMAN, 1996).

Sendo assim, a lógica jurídica tratará do estudo dos argumentos que tenham origem no âmbito jurídico, pois “nos fornece argumentos de ordem geral ou particular, utilizáveis nas controvérsias jurídicas.” (PERELMAN, 1996, p. 503). Não se trata de lógica formal, e sim de uma lógica aplicada à interpretação de leis quando de conflitos de normas ou de problemas de emprego das normas nos casos concretos. Assim, caberá à lógica jurídica disciplinar os argumentos e contra-argumentos levados pelas partes da lide, de modo a consubstanciar em uma decisão pelo juiz, que fará jurisprudência, servindo de precedente a outros casos parecidos. Perelman, (1996, p. 505) ainda adverte que:

“O resultado desse esforço não será uma teoria da demonstração formal, da qual só se teria de seguir as regras operatórias para chegar a uma conclusão corretamente deduzida, mas uma teoria da argumentação e da controvérsia em que a força e a relevância dos motivos serão apreciadas por um juiz, formando uma determinada tradição, e para cuja elaboração ele contribui com suas sentenças e a motivação delas.”

Há que se falar também que a argumentação jurídica está entrelaçada à disciplina *Retórica*, desenvolvida também por Aristóteles. A retórica se baseia em técnicas de discurso que têm finalidade de provocar adesão no público submetido pelo orador, através dos meios de persuasão que lhe são livres.

Da retórica são excluídos qualquer tipo de adesão por violência, ameaça ou até mesmo favorecimento. Há que se observar que a retórica diverge da lógica formal, pois, enquanto essa se preocupa com a verdade das premissas, àquela é atribuído o papel de aproximar orador e ouvinte pela persuasão, neste caso, a aproximação entre as partes por algo em comum entre elas.

Perelman, então, com sua teoria sobre a argumentação jurídica, procura desenvolver os elementos teóricos e técnicas argumentativas do Tratado da Argumentação baseados em retórica, pois, já que os argumentos estão pautados muito mais em plausibilidades do que em deduções, é necessário que a persuasão esteja presente numa relação dependente com o auditório (ATIENZA, 2002).

Chaim Perelman parte das primeiras noções sobre o ato de argumentar, o que chama de âmbitos da argumentação. Condensa conceitos particulares sobre como alcançar a adesão do “público”, disciplinando retoricamente o papel dos

argumentos e de como eles deverão chegar até o interlocutor. São justamente o conceito de auditório e orador, contato intelectual e linguagem em comum. Perelman pretende mostrar que é diferente das demonstrações formais, uma vez que o objeto do discurso também é analisado, no sentido de que faz parte da condição do próprio argumento.

A expressão “contato dos espíritos” significa a aproximação obtida entre orador e auditório, ocasionadas por uma linguagem em comum. Contato dos espíritos ou contato intelectual é a aproximação de duas ou mais pessoas que procuram dialogar, chegarem ao consenso, conviverem juntas ou viverem em harmonia. Por isso, há necessidade de haver concessão das duas partes, deixar-se ser motivado pelo outro e motivá-lo também. Como bem afirmado por Perelman (2002, p. 145), “o contato dos espíritos exige uma linguagem em comum que possa ser compreendida pelos ouvintes, que lhe seja mesmo familiar”, e também, “o mínimo indispensável à argumentação parece ser a existência de uma linguagem em comum, de uma técnica que possibilite a comunicação”.

O discurso deve primar pelo que o *público* considera, ou seja, não se pode chegar a um acordo, sem se mostrar disposto a valorizar o ouvinte. Quanto ao público, “o conjunto daqueles aos quais desejamos dirigir-nos é muito variável [...] Há seres com os quais qualquer contato pode parecer supérfluo ou pouco desejável.” (PERELMAN, 2002, p. 18). Neste sentido, a denominada “Nova Retórica” de Perelman englobará em seu conceito de auditório, não só público especializado, como público que obtenha ideias e ataque posições diversas, a fim de buscar também a dialética. O auditório é objeto da retórica, trabalhado por Perelman de forma heterogênea (PERELMAN, 2002). Para o referido autor (2002, p. 144):

“A nova retórica, por considerar que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos, não se limitará, como a retórica clássica, ao exame das técnicas do discurso público dirigido a uma multidão não especializada, mas se interessará igualmente pelo diálogo socrático, pela dialética, tal como foi concebida por Platão e Aristóteles”.

O auditório quer sempre ser motivado a permanecer de olhos abertos à manifestação de quem o cativa, e Perelman entende que a relação entre ambos se dará pela linguagem comum, que nem sempre exigirá muito de quem fala. Portanto,

pode ser que o acordo aconteça pelo simples fato de o falante estar bem vestido, ou de ter boa postura, etc. Linguagem em comum é elo entre orador e ouvinte, condição necessária para haver contato entre os espíritos.

O objetivo do orador, neste sentido, é obter adesão do auditório, "pois toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual"(PERELMAN, 2002, p. 14). Auditório, por sua vez, em Perelman (2002, p. 22) é "o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação". O auditório é a construção ideal daqueles a quem o orador destina sua argumentação, ou seja, poderá reunir diversos grupos, que pensem divergentemente sobre algum assunto.

Perelman (2002, p. 144) exemplifica o Parlamento, que poderá "subdividir seu auditório em tantos elementos quantos forem os partidos políticos; pode procurar ganhar para a sua causa a opinião pública nacional ou internacional". Isso acarreta outros contra-argumentos direcionados ao orador, que terá que rebatê-los de formas, muitas vezes, diferentes. O silêncio na argumentação é perigoso, pois não é garantia de adesão. No direito, por exemplo, as partes se interessam pelo que estão envolvidas numa causa, e através das provas, confissões e artifícios utilizados numa audiência, mostram que se curvam diante do juiz.

Auditório não é, neste sentido, simplesmente o conjunto de pessoas reunidas em um ambiente, dispostas a ouvir aquele que lhes dirige a palavra, mas, aquele conjunto, ou, até mesmo, aquele indivíduo, que o orador quer chegar a persuadir/convencer (PERELMAN, 1996).

Auditório universal consubstancia-se na noção de um conjunto de seres dotados de razão que se submetem ao acordo simplesmente porque as condições são devidamente racionais. Todos aqueles que admitem o auditório universal estão dispostos ao "convencimento", de forma natural, porque as regras são satisfatórias. Esta modalidade "é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva" (ATIENZA, 2003, p. 43). São regras convincentes que compreendem em uma questão de direito, tendo legitimidade reconhecida pelo próprio auditório, e, portanto, fazem parte de uma ideia que o orador tem das razões que seriam universais e válidas.

A validade argumentativa do auditório universal é absoluta e coerciva, não podendo ser confundida com pretensões particulares de universalização de suas teses, nem mesmo com falsas afirmações a priori. Isso quer dizer que para serem entendidas razões como universais não devem ser pressupostos quaisquer doutrinas filosóficas, políticas ou ideológicas que tenham reconhecimento em auditório, afinal a universalização das razões dispostas pelo orador ao auditório universal é inerente ao pensamento comum, e não derivada de interpretações particulares ou pretensões restritas. O caráter universal do auditório é objetivamente válido, fazendo com que as afirmações postas pelo orador sejam indubitáveis em relação ao auditório (PERELMAN, 2002).

Distingue-se do auditório de elite, que é espécie de auditório particular, uma vez que ele provém de uma idealização de algo/alguém que seja (na concepção daqueles que acreditam) perfeito, entretanto, poderá ser apenas uma necessidade de se contrapor ao "homem comum" (PERELMAN, 2002). Mais precisamente, "o auditório de elite só encarna o auditório universal para aqueles que lhe reconhecem o papel de vanguarda e de modelo. Para os outros, ele constituirá apenas um auditório particular." (PERELMAN, 2002, 38). É chamado auditório modelo, e corresponde o que determinados grupos consideram como válido para todos. Perelman (2002) cita, por exemplo, a comunidade de cientistas, que consideram que qualquer indivíduo em suas condições poderia afirmar suas teses, o que recai pressuposto não necessariamente válido.

Outro ponto importante na obra de Perelman é o auditório de único ouvinte. Falar de argumentação perante um único ouvinte é entender que tal qual a técnica dialética de construir um ponto de convergência entre partes, a argumentação perante um só ouvinte propõe a capacidade de validade do discurso do orador convencer o interlocutor. Isso porque ser "ouvinte", não demonstra ideia de exclusividade, pois todo interlocutor corresponde a uma parte de um auditório. O ouvinte é aquele que participa da formação de uma ideia, e contribui com todo seu arcabouço de experiências e conhecimentos individuais. Este modelo de autoconvencimento é caracterizado pela capacidade de individualizar as razões pelas quais se toma uma decisão.

Ainda fala sobre a chamada "deliberação consigo mesmo", forma de monólogo travada do orador para com suas próprias reflexões. Perelman enxerga

esta forma de discurso como um modelo do que seria o auditório universal, vê dentro da maneira de se chegar em uma conclusão sozinho e suas devidas razões, a construção de seu próprio pensamento.

Como salientado a priori, em retórica, persuasão é a arte de adquirir adesão de outrem através da utilização de argumentos. Neste sentido, no caso de auditórios particulares, a grande diferença característica (do auditório universal) é a singularidade de cada um, e a diversidade de auditórios existentes, o que faz com que o orador tenha a necessidade de conhecer os critérios eleitos pelo auditório escolhido, para que possa lograr persuasão. Além de que o auditório particular possui uma linguagem técnica. Diferentemente do auditório universal, na modalidade particular, a argumentação tem o fim de *persuadir* o público. A diferença entre o convencimento e a persuasão é a fonte da satisfação do auditório.

Enquanto o convencimento nasce da absoluta credibilidade no argumento do orador, sendo válido por todo ser que seja dotado de razoabilidade, persuasão objetiva adesão do auditório lutando contra suas crenças, concepções e ideologias. Perelman acredita que persuadir é processo natural de um auditório particular. O autor (2002, p. 29) entende, portanto, que “para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação”.

No caso, para cada modelo de auditório (universal e particular), existe uma identificação dos argumentos. Identifica-se a categoria dos elementos argumentativos de categoria "real" e "preferível". Nos primeiros, os elementos que compõem a argumentação são destinados ao auditório universal, aquele que será convencido. Já a segunda categoria traz a ideia de "*poder de escolha*", onde fatores determinados modulam os ouvintes, o que faz com que o orador escolha os argumentos favoráveis à persuasão do grupo, esta última modalidade é destinada ao auditório particular.

É chamada de real toda a estrutura que contém os chamados fatos, verdades e presunções. No geral, são requisitos que constroem uma argumentação impositiva (aquela que se relaciona ao convencimento e necessariamente se liga ao auditório universal). Estes conceitos, portanto, são definidos para o autor (2002, p. 75) como:

"a noção de fato é caracterizada unicamente pela ideia que se tem de certo gênero de acordos a respeito de certos dados", verdades, no entanto, "designar-se-ão de preferência com o nome de verdades sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos, que se trate de teorias científicas ou de concepções filosóficas ou religiosas [...]".

Fatos correspondem ao que é aceito pelo senso comum, porque possui conteúdo similar à realidade. Um fato é uma aceitação subjetiva, e só poderá perder seu valor caso haja um fato diferente. Aceitar que existe um fato pode decorrer de probabilidades ou suposições, desde que possa ser posto à prova em uma realidade que os explique.

Verdades são diferentes de fatos, pois deste decorre uma probabilidade. As premissas partem de um pressuposto de validade verossímil, pois a passagem à conclusão pode ou não ocorrer, não é condição necessária. Verdade, no entanto, se forma pelo caráter absoluto. Sua validade é dada pela simples crença de que é incontestável.

Presunções partem dos chamados "grupos de referência", que Perelman utiliza para explicar uma determinada convenção. Estes grupos possuem uma determinada regularidade em suas ações, e a sociedade em geral busca se adequar a esta tal "normalidade". É presumível, todos os dias, que milhares de pessoas saiam para trabalhar e que os comércios abram, e que o Estado cumpra seu papel. Argumentar e se basear em presunções é, sem dúvida, argumentar *para um auditório universal*, vez que é argumento *a fortiori*. Porém, as afirmações feitas com base em uma "normalidade", só poderão partir do que seja dado como normal. Caracterizar algo ou alguém como normal, necessita de acordo por parte dos que convencionam. O que é normal aqui, pode não vir a ser normal em outra parte do mundo, então, para que seja a base de um bom argumento, é preciso que os grupos de referência se posicionem em relação a esta qualidade.

O campo do preferível está conexo à argumentação direcionada ao auditório particular, em que há uma linguagem em comum que é técnica e própria deste tipo de auditório. Seus requisitos não valerão ao auditório universal, vez que não se pode preferir ou escolher critérios neste tipo de argumentação, já que nela se forma a qualidade de coerção da validade dos argumentos.

Inicialmente, os valores formam a classe de "objetos" que se unem por determinadas concepções de um grupo, tendo aspecto metafísico, uma vez que são substâncias ideais reveladoras de pressuposto de uma sociedade ou tribo, conjunto, etc. Esta classe é admitida em vários contextos, sendo a multiplicidade uma característica fundamental, porém complexa.

Os valores são inseridos na estrutura do preferível, pois condicionam a diversos caminhos conceituais, sejam eles políticos, filosóficos, sociais, etc. A relativização do valor (seja ele qual for) subordina seu significado à dependência da interpretação dada pelo meio e pelos grupos que o interpretam (PERELMAN, 2002). Como há a precariedade e inviabilidade do critério absoluto do valor no âmbito de um auditório particular, é, portanto, "preferível" que se escolha um de seus tantos significados.

Por sua vez, as chamadas hierarquias correspondem a outra classe subordinada à estrutura do preferível. Estão relacionadas ao modo como os valores se submetem em uma argumentação. Exigir a hierarquização de concepções é tornar o argumento especializado. De modo que, frente às diversas expressões de um valor ou noção, o ouvinte tenha que se submeter à escolha da expressão que seja mais apropriada ao caso, afinal, "a hierarquização, tanto a resultante de uma argumentação como a enunciada já no início, designará aquele que decidimos sacrificar" (PERELMAN, 2002, p. 94). O poder de escolha do preferível é a capacidade de selecionar, em um auditório, a essência norteadora do argumento.

Enquanto nos lugares da argumentação entrarão as categorias de argumentos utilizados em cada modelo de auditório e comporão sua estrutura. Em suma, "os lugares designam rubricas nas quais se podem classificar os argumentos" (PERELMAN, 2002, p. 94). Aristóteles já os mencionava nos Tópicos, afirmando Perelman (2002, p. 95) que o filósofo estuda "toda espécie de lugares que podem servir de premissa para silogismos dialéticos ou retóricos e os classifica, segundo as perspectivas estabelecidas por sua filosofia". Os lugares ou depósitos (de argumentos) servem para montar uma estrutura de premissas "gerais" que procuram estabelecer critérios em relação à valores, hierarquias de valores, noções e definições acordadas por um determinado auditório.

O lugar-comum na argumentação desempenha função de aderência entre um ponto de vista e determinado auditório, o que será necessário em sua caracterização e serão levados em conta quando o orador buscar persuadi-lo. Perelman (2002, p. 95) cita a caracterização dos lugares, disciplinando-os em:

“lugares da quantidade (“é superior o que é mais útil ao maior número, o que é mais duradouro”) aos lugares da qualidade (“é superior o que é único, incomparável, o que é raro e difícil”), examinamos os lugares da ordem (“o que é causa é superior ao que é apenas efeito”), da superioridade do que existe sobre o que é apenas possível etc.”

Para embasar uma tese argumentativa são necessários elementos exteriores que servem de subsídio à afirmação principal. São os dados que possibilitam que estas incidências possam ser facilmente admitidas pelo ouvinte. Dados são os pontos de vista que o orador seleciona em sua argumentação, com base nos acordos que possui com o auditório. Além do conhecimento sobre os dados atribuídos aos argumentos, há a interpretação dada a eles. E, ainda, “seu papel é, pois, justificar escolhas sobre as quais não há acordo unânime, inserindo essas escolhas numa espécie de contexto vazio, mas sobre o qual reina um acordo mais amplo.” (PERELMAN, 2002, p. 86).

Inúmeras podem ser as interpretações atribuídas aos dados. Porém, uma delas repercutirá subjetivamente no auditório. Esta é a mais importante. Isso se deve a uma gama de questões: visões de mundo, crenças, paradigmas, etc. Há que observar que é necessário privar o auditório de interpretar um dado trazido pelo orador de forma divergente à que ele aponta, evitando assim a confusão entre interpretações. Assim, Chaïm Perelman (2002, p. 139):

"Para dissipar um pouco as confusões que esses usos múltiplos da noção de interpretação não deixariam de provocar, sugerimos uma distinção - entre interpretação de signos e a de indícios. Entendemos por signos todos os fenômenos suscetíveis de evocar outro fenômeno, na medida em que são utilizados num ato de comunicação, com vistas a essa evocação [...] o indício, em contrapartida, permite evocar outro fenômeno, de uma forma por assim dizer objetiva, independentemente de qualquer intencionalidade."

Para favorecer o uso dos lugares de argumentação, o filósofo aponta a categoria que tem finalidade de esclarecer os pontos de vista escolhidos pelo orador. Nesse caso, dentro da linguagem não unívoca, para se compreender determinados significados da sentença, o orador necessita buscar o uso de noções, pois, "a univocidade e a precisão de seus termos fariam da linguagem científica o melhor instrumento para as funções de demonstração e de verificação, e são essas características que se queria impor a toda linguagem" (PERELMAN, 2002, p. 147). Noções preencherão contextualizações e darão um sentido a determinadas palavras, com base no sistema em que se inserem até mesmo o auditório influencia na escolha das noções.

A noção é considerada não só como um simples dado, mas também como técnica argumentativa, pois noções constroem sempre o sentido de uma argumentação, dado que se baseiam nos problemas do auditório. Uma noção, para ser clara dentro do contexto em que o orador a insere, necessita de um ambiente que a determine e especifique, não dando margem à interpretações paralelas. Noções podem sofrer tanto maiores dificuldades em sua determinação, quanto o contrário. Isto dependerá somente dos contextos a que serão expostas. Quando inserida uma noção em um campo indeterminado, que sofra instabilidades quanto à valores ou crenças, por exemplo, a consequência pode ser ineficaz. No entanto, as noções também poderão ser preenchidas num âmbito que lhes dê aclaramento, a exemplo de palavras como: igualdade, justiça, paz, liberdade, que quando imersas em um sistema jurídico, ou mesmo analisadas por uma teoria social, e assim, preenchidas.

A apresentação dos dados, em uma estrutura condizente ao discurso que pretende o orador faz toda a diferença no que concerne ao entendimento do auditório, por isso, é necessário que se obtenha este cuidado, a fim de que o contato dos espíritos seja bem sucedido. Neste sentido, a presença pode ser adquirida pela utilização de diversos tipos de estratégia, como por exemplo, a repetição de uma noção e insistência nela. Além disso, prima-se pelas noções mais concretas em detrimento das abstratas, para que seja mais precisa a comunicação do orador em seu discurso, utilizando de termos, sinônimos, expressões e até mesmo trazendo novas roupagens ao objeto.

Em relação à presença, observa o filósofo da argumentação, Perelman (2002, p. 161):

“A noção de presença, central na teoria da argumentação, enquanto não desempenha nenhuma função na lógica tradicional, refere-se, inicialmente, a uma presença efetiva [...] à ênfase de certos elementos nos quais o orador deseja centralizar a atenção, permitindo-lhes assim ficar no primeiro plano da consciência”.

Nas técnicas argumentativas, Perelman divide os argumentos e os articula prevendo os prováveis riscos oriundos da sua utilização ou até mesmo as melhores escolhas em relação a sua apresentação. Estas técnicas fornecem o uso das razões que constituirão os argumentos e contra-argumentos, estabelecendo uma forte discussão entre orador e auditório, diferentemente da qualidade impositiva da demonstração (PERELMAN, 2002).

Desse modo, os argumentos quase-lógicos trazem a noção de incompatibilidade, e tentam se aproximar da noção de argumentos lógicos. Além dos argumentos baseados na estrutura do real, que são basicamente analogias.

Para entender a noção de incompatibilidade, é necessário saber que demonstração é toda evidência encontrada em um sistema formal e que não depende de influência de empirismos. Daí, aponta-se o conceito de contradição, como uma falha dentro deste sistema, que é logo percebida, pois, do contrário, o sistema não é eficaz. Incompatibilidade, no entanto, não deriva de demonstração e sim de argumentação. Como a argumentação depende de causas e questões que fogem ao controle do orador, então, são de escolhas que a teoria trata. Incompatibilidades são sanadas por escolhas, quando existe um conflito aparente de definições ou teses. A incompatibilidade é detectada quando há um desacordo entre o ouvinte e o orador, diferentemente da contradição, que tem na demonstração a segurança das premissas.

Para evitar uma incompatibilidade, há a possibilidade de estudar as teses que se contrariam e encontrar a que seria mais aceitável no contexto.

Os argumentos quase-lógicos, portanto, remetem ao que compreende o estudo dos raciocínios formais, quando buscam se afastar das contradições, que, neste caso, lembram as incompatibilidades.

Perelman (2002, p. 219), no entanto, diferencia-os, sobretudo pelo fato de que “os argumentos quase lógicos sempre podem ser contestados, pois, pondo em evidência o que os distingue das demonstrações formais, demonstraremos ao mesmo tempo as objeções que lhes podem ser feitas”. Isso se deve ao caráter flexível dos argumentos, que, ao contrário dos esquemas lógico-formais, não possuem coerção necessária na passagem das premissas a sua conclusão.

Como o argumento jurídico está revestido da "borda" normativa, os limites da argumentação se tornam as leis. Perelman rompe com a tradição de aplicação dedutiva ao raciocínio jurídico e emancipa a ideia do valor de uma decisão quando submete o argumento jurídico a um exercício da razão prática que será esculpida por objetivos justos, equitativos e igualitários. Neste ponto é que as técnicas argumentativas utilizadas em auditórios jurídicos têm o objetivo de tornar as decisões mais adequadas entre orador e auditório, assim, para Perelman (2002, p. 171):

“A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a interpretar os princípios, a opor o espírito da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as consequências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto”.

Nos argumentos baseados na estrutura do real, há verdadeira analogia, pois partem da solidariedade entre juízos admitidos e os que se pretende promover, além disso são partes de um mesmo "todo". A analogia é forma de raciocínio proporcional que constrói um senso de relações entre situações anteriores e novas.

O raciocínio por analogia, em Perelman, cuida da semelhança entre situações diferentes, denominadas de “foro” e “tema”, que são termos que significam as duas realidades a serem aproximadas. O autor explica que, em relação aos termos, “há, de todo modo, entre tema e foro, uma relação assimétrica que nasce no lugar por eles ocupado no raciocínio” (PERELMAN, 2002, p. 425)

Não obstante, Chaïm Perelman alerta que o raciocínio por analogia oferece particularidades quando tratada no direito. Isso se deve ao fato de que, quando se procura similitudes entre casos diferentes e submetidos a sistemas particulares, estes mesmos sistemas, ainda assim, fazem parte de um único sistema maior que é

o direito universal, e, por isso, o autor compreende que as situações (mesmo que tratadas cronologicamente e geograficamente em realidades distintas), pertencem em uma mesma área (PERELMAN, 2002).

Os argumentos baseados na estrutura do real utilizam-se de técnicas de raciocínio indutivo quando propõem antever possibilidades. Daí, provêm os acordos sobre os possíveis eventos que ocorreram e causaram tal fenômeno.

O argumento baseado na estrutura do real procura sempre vincular realidades distintas que podem ser ligadas por um fator, como também sopesar argumentos que vinculem consequências, efeitos ou meios, relacionando-os e encontrando o mais adequado para a situação.

Perelman (2002, p. 171) aponta como os argumentos baseados na estrutura do real se definem:

“Os argumentos baseados na estrutura do real utilizam as ligações de sucessão ou as de coexistência. As ligações de sucessão concernem aos acontecimentos que se seguem no tempo, tais como a causa e o efeito. Permitem buscar a causa a partir dos efeitos, chegar à conclusão da existência da causa pela dos efeitos, ou apreciar a causa pelos efeitos (*argumento pragmático*)”.

É possível pensar, portanto, numa teoria da argumentação aplicada a dois contextos diferentes de auditório. O que identifica a maneira com que o orador utilizará as técnicas argumentativas ao seu favor será a possibilidade de caracterizar o seu auditório. Daí a retórica auxiliará, ao lado dos elementos que Perelman traz em sua obra, o processo viável para se chegar à conquista da persuasão.

Outrossim, os âmbitos da argumentação desenvolvidos por Perelman auxiliam a detectar os pontos de vista utilizados pelo orador em sua argumentação e a forma como direcionam ao auditório. Há uma série de recursos argumentativos disponíveis em um discurso, capazes de atender às expectativas daqueles que escutam e observam o orador. Neste sentido, torna-se verdadeiro erro a persistência na utilização de força e coação para atingir os objetivos daquele que argumenta, sendo possível se conter em administrar argumentos favoráveis à persuasão do público.

4. Metodologia

A pesquisa desenvolvida contou com variedades de leituras que constituíram a fundamentação teórica em três momentos: o estudo do julgamento de Siegfried Ellwanger e o processo de conhecimento dos votos que sobressaíram, com as respectivas teses ostentadas; O domínio das técnicas que compõem o Tratado da Argumentação; Leitura das principais teses do raciocínio do positivismo jurídico

(antítese da teoria da argumentação defendida pelo filósofo Chaïm Perelman). Para a elaboração destas etapas, foi preciso que se verificasse os seguintes elementos:

- i. Explanação das argumentações necessárias ao entendimento do caso Ellwanger, entre elas as imprescindíveis, as teses do então Ministro Maurício Corrêa, e Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes, de forma a demonstrar o confronto de posições.
- ii. Apresentação da Lei 7.716/89 e os crimes resultantes de raça e cor, fazendo relação com a imprescritibilidade constitucional dada ao crime de racismo, com o intuito de deixar visível a polêmica envolvida no *habeas corpus*.
- iii. Descrição do voto do Ministro Maurício Côrrea e sua argumentação, a fim de verificar os pontos de vista divergentes aos pontos apresentados pelo Ministro relator.
- iv. Estudo das técnicas e critérios de argumentação trazidas na obra em foco “Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica” e do pensamento jusfilosófico de Chaïm Perelman, em contraste com as teorias do positivismo jurídico.

5. Resultados e Discussão

5.1. Análise do juízo do voto do Ministro Maurício Corrêa a partir dos elementos do Tratado da Argumentação Jurídica:

5.1.1. Os Âmbitos da Argumentação

Pode-se afirmar, sob a leitura do voto do Ministro Maurício Corrêa, que não existe "raça" sob a perspectiva genética e nem hierárquica, somente sociológica. E, dado que judeus possuem a qualidade de raça sob a visão sociocultural, e "racismo" é tendência de sobreposição de um povo em relação a outro, a conduta de incitação à doutrina antissemita se enquadra no crime de racismo e por isso é que o Ministro entende pelo indeferimento do habeas corpus.

Há desacordo entre a questão posta pelo Ministro Relator¹⁴ e o ministro Maurício Corrêa, que é percebido no ato deste ao pedir vistas. Sendo claro, o ministro aponta a discordância. Este desacordo é sobre a decisão, uma vez que Maurício Corrêa indefere o pedido de habeas corpus, e propõe novos argumentos¹⁵.

Primeiro critério de análise é observar se existe *linguagem em comum* entre o orador e o auditório. Como se trata de um discurso jurídico, onde se discute o objeto (habeas corpus frente à corte constitucional), neste caso a linguagem jurídica é o ponto em comum entre os membros da corte, o que torna possível o *contato de espíritos*¹⁶.

Ainda em relação ao auditório, ou seja, o público ao qual o Ministro se dirige, quando o Ministro Maurício Corrêa pede vistas e propõe uma nova percepção do caso, dirige-se ao plenário do Supremo, que é de onde partirá a decisão¹⁷.

A preocupação do Ministro em submeter o caso a uma nova análise significa que busca nova conclusão, que só pode ser obtida pela sua argumentação frente aos Ministros da Corte (plenário). O plenário do Supremo recebe qualificação de auditório particular¹⁸ porque contém características que lhe são próprias: é composta por ministros que trabalham em última instância do judiciário resolvendo conflitos

¹⁴ Ver em "Relatório – Min. Moreira Alves", (STF, 2003, p.10-12)

¹⁵ "A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. [...] entendido não só a luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos", (STF, p. 3)

¹⁶ Ver tópico anterior "Dos principais pontos da obra *Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*", p. 38.

¹⁷ "Se os colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do Relator, o que poderei até fazê-lo, mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preceito [...] Considere-se ainda que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema". (STF, p. 22)

¹⁸ Ver tópico "Dos principais pontos da obra *Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*", p. 41.

constitucionais em casos que ocorrem dentro da jurisdição brasileira e, logo, são subjugados pelas leis e Constituição respectivas.

O discurso, que é jurídico e se dirige ao conjunto de Ministros que procuram a decisão com argumentos mais salutareis, contém a linguagem adaptada ao auditório específico (jurídico) e, por isso, o Ministro orador tem a preocupação de persuadir e tornar sua tese juridicamente válida.

A interferência do Ministro Celso de Mello, em seguida, é uma garantia de que exposição do voto tende a ser aceita, já que parte do auditório a correspondência entre os argumentos levantados pelo orador e os que lhe são aprazíveis. Este momento resta evidente a necessidade do Ministro de encontrar o mínimo de adesão do auditório (plenário) ao discurso que desenvolve¹⁹.

5.2. O ponto de partida da argumentação

5.2.1. Os acordos de certos auditórios particulares

Há que observar, diante da exposição do voto ao plenário, que se está diante de um acordo próprio de uma determinada argumentação, ou seja, o direito constrói um auditório especializado. Desse modo, noções corriqueiras podem se tornar noções particulares do ponto de vista linguístico. Por sua vez, o termo “racismo” designado para a conduta delitiva do paciente é objeto de discussão calorosa pelo plenário, que tenta constituir conceitos aceitáveis cientificamente e desconstituir definições ultrapassadas²⁰. Condenar o paciente ao crime de "racismo", que é uma ficção jurídica, obriga, por consequência, analisar sua conduta.

O acordo da discussão levantada pelo ministro em questão pode ser visualizado quando o Ministro Celso de Mello o interrompe para demonstrar a sua

¹⁹ “[...] Esteja certo, Senhor Ministro Maurício Corrêa, que o Supremo Tribunal Federal ouve Vossa Excelência com a máxima atenção, por considerar que o seu pronunciamento examina, com extrema propriedade, matéria impregnada de tantas e tão relevantes consequências que se projetam no plano da tutela constitucional dos direitos pertinentes aos denominados grupos vulneráveis” (STF, p. 20)

²⁰ Ver tópico anterior “*Juízo do Voto do Ministro Maurício Corrêa*”, p.21.

concordância com os fundamentos expostos até então no voto. É demonstração positiva de que o Ministro Maurício Corrêa agiu de forma coerente ao pedir vistas.²¹

Portanto, não pode ser definido como auditório universal na medida em que se estrutura por regras jurídicas brasileiras, onde incide seu próprio contexto cultural, influenciando também os costumes. E, dado que no plenário as razões defendidas são sempre compostas de hierarquizações de valores ou escolhas de teses, argumenta-se com base na estrutura do preferível.

5.2.2. As premissas da argumentação e a escolha dos dados

O Ministro prossegue o voto apontando *três valores*²² fundamentais que qualifica como “inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático”²³. Assim, é possível então identificar na argumentação estampada pelo Ministro, os valores de “cidadania” e “dignidade da pessoa humana”, que se tornam subsídios a sua decisão²⁴.

A cidadania, por sua vez, caracteriza-se como valor concreto, pois representa prática e gozo dos direitos do cidadão que tem proteção do Estado. Por ser a cidadania princípio que se vislumbra em realidade, tratando-se de conjunto de atos desenvolvidos por quem a detém, entende-se caracterizada como valor concreto. De outro modo está a dignidade da pessoa humana, que deve ser vista como valor abstrato, já que é possível pensá-la metafisicamente, podendo ser princípio protegido por atos humanitários que não privem o cidadão do direito inerente de exercê-lo. O princípio da igualdade, também mencionado pelo Ministro, compõe a classe dos valores abstratos pelas mesmas razões do princípio da dignidade humana.

²¹ "Esteja certo, Senhor Ministro Maurício Corrêa, que o Supremo Tribunal Federal ouve Vossa Excelência com a máxima atenção, por considerar que o seu pronunciamento examina, com extrema propriedade, matéria impregnada [...]", (STF, p. 20)

²² Para saber a noção de valores, ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*”, p. 39.

²³ STF, p. 28.

²⁴ “Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza “o direito de ter direitos [...] Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem.” (STF, p. 29).

Com os olhos voltados aos princípios que sustentam seu voto, o Ministro afirmou que, em sua concepção, não há inobservância do princípio que assegura a liberdade de expressão. Justifica seu posicionamento ao entender que as garantias constitucionais não se aplicam incondicionalmente, e por isso é necessário avaliar o caso *per se*.

Por outro lado, expõe valor abstrato quando argumenta a favor de princípios éticos e morais da humanidade, conquistados em favor de mudanças sociais e políticas, cite-se igualdade e tolerância, que formam base ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana²⁵.

Encontrando os valores apontados acima, passa-se ao ponto de hierarquizá-los²⁶. Neste ponto, nota-se a preferência do princípio da dignidade humana em relação ao princípio da liberdade de expressão, objeto de discussão mais adiante.

O Ministro elenca a tese de que judeus compõem uma raça em relação ao ponto de vista estritamente sociológico, e para isso procura através da seleção de *dados*²⁷ (base de dados científicos) negar raça sob o aspecto genético, o que tem o revestimento de acordo da comunidade científica. Neste contexto, Maurício Corrêa observa que há acordo entre a comunidade de cientistas sobre o termo raça na concepção da genética. Este é o ponto de partida de toda sua argumentação. Este dado se baseia em posições disponibilizadas por instituições (publicações da revista *Science* e Projeto Genoma Humano).²⁸

Além deste, o Ministro aponta outro dado: a dominação de povos que ensejou a superioridade de raças. Neste, por sua vez, há valor histórico-cultural, e, portanto, suas bases e discussões são de natureza acadêmica.²⁹

²⁵ "[...] que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem." (STF, p. 29)

²⁶ Para entender a noção de "hierarquias", ver tópico "*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*", p. 43-44.

²⁷ Para entender a noção de "dados", ver tópico "*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*", p. 44-45.

²⁸ "A genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça [...] Apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie." (STF, p. 4)

²⁹ "Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens [...] promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior. [...] Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre o outro [...]" (STF, p. 6)

Ainda em relação aos dados, o ministro aponta dispositivos constitucionais, resoluções da ONU, pactos que tratam do antissemitismo, além do direito comparado quando cita decisões do parlamento europeu sobre conteúdo de materiais racistas, xenófobos e afins.

Quanto aos lugares, o discurso do ministro apresenta uma demonstração de *lugar de qualidade*³⁰. Quando o ministro expõe a necessidade de olhar os judeus sob um aspecto histórico e cultural mais aguçado, eleva-os a uma qualidade em relação à argumentação disposta pelo relator.³¹

5.2.3. A seleção dos dados e a presença

A seleção de dados que influenciam na constatação de que a concepção de raça é puramente sociológica e tem a ver com a supremacia de grupos sobre outros possui, nas passagens organizadas pelo Ministro, *presença*.³²

O Ministro utiliza do apelo³³ à tragédia ocorrida na Segunda Guerra Mundial e suas consequências, além de citar os experimentos científicos que foram utilizados contra os judeus, demonstrando que, para os alemães nazistas, os judeus seriam considerados, portanto, uma sub-raça³⁴.

E continua o Ministro, na intenção de reforçar a presença de seus argumentos, utilizando a técnica de repetição em seus dados. Insistentemente recorre aos mesmos recursos informativos para aumentar-lhes a força argumentativa. O Ministro, após fazer o apelo ao cenário trágico que a Segunda Guerra proporcionara, ainda segue apontando novos dados que constata a

³⁰Para entender a noção de “lugares” ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*”, p. 44.

³¹ “Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis [...] Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje... [...] pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça”. (STF, p. 20)

³² Para entender a noção de “presença” ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*”, p. 46.

³³ “E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi o da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em todos outros.” (STF, p. 8-9)

³⁴(STF, p.9)

crueldade advinda do nazismo, no objetivo de deixar marcado o quão inaceitável foram os atos cometidos neste período.³⁵

A técnica da “repetição” é a forma encontrada pelo Ministro para fixar a ideia transmitida em seus argumentos no plenário. As técnicas apresentadas pelo orador e as tentativas de conquistar o ouvinte são exercícios comuns na argumentação³⁶.

Para sustentar o argumento de que na Alemanha Nazista havia prática de racismo legitimamente, e assim afirmar que aquele que a defende entende os judeus como sub-raça, o Ministro traz em seus dados informativos *indícios*³⁷ que tentam evocar a conduta racista³⁸. Indícios são meios de trazer indiretamente um fenômeno, mesmo que não seja intencionalmente.

Assim, pois, o Ministro conclui à frente que o racismo é a corrente prática de preconceito e discriminação daqueles que veem o outro grupo como uma raça. Para ele “ mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas.”³⁹ A lei da proteção ao sangue alemão e as inadmissões de relações domésticas entre os dois povos são indícios de que existe o fenômeno do racismo.

5.2.4. Sobre o uso das noções

³⁵ “Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo [...] promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior e impura e coisas do gênero [...] A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versailles” (STF, p. 9)

³⁶ “Sei que o voto está cansativo, mas reputo ser uma questão da mais alta importância, por isso estou sendo, até, repetitivo” (STF, p. 20)

³⁷ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*”, p. 34.

³⁸ “Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a “lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã” de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão”, anulando os “enlaces já contratados”. Vedava, ainda, “as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão”, impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão” (STF, p. 11).

³⁹ STF, p. 12

O Ministro utiliza de outros teóricos em suas passagens, como Norberto Bobbio, Sonia Bloomfield ou Van de Berghe⁴⁰, na intenção de reforçar a qualidade do regime do Estado alemão e até mesmo com o intuito de formular o conceito de racismo, que, neste caso, tornar-se-á *noção*⁴¹ em seu discurso.

Até então, no entendimento de Maurício Corrêa, os judeus não foram tratados devidamente. Neste caso, há certa especialidade neste povo que o condiciona a um julgamento mais humanitário. Além disso expõe a Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1998, que expõe o combate de condutas racistas, e entre elas é citado o *antisemitismo*.

Neste sentido, é possível retirar dos argumentos trazidos pelo Ministro a noção de racismo, que, ao explicar contextos históricos e socioculturais, caminha para a conclusão da definição que defende e que, principalmente, fará parte da tese que apresenta ao indeferir o pedido de habeas corpus.

O Ministro definiu o que vem a ser racismo e a importância da definição em seu voto, sustentando ainda que esta noção deverá ser utilizada pelo direito, sendo assim, o entendimento é de que o racismo persiste como fenômeno histórico e social, advindo da superioridade de povos em relação a outros.⁴² A concepção apresentada é, portanto, divergente à anterior, do Ministro Moreira Alves⁴³.

O Ministro Maurício Corrêa menciona a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada e ratificada pelo Brasil como norteadora dos princípios da Assembleia Constituinte de 1988⁴⁴, que traz duas expressões que, segundo o Ministro, são importantes para a solução do caso em comento. São elas: discriminação racial e incitação às práticas discriminatórias, que representam *noções* para o julgamento do caso, uma vez que fornecem conceituações acordadas (entre os países que ratificaram) e reconhecidas

⁴⁰ STF, p. 13.

⁴¹ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaïm Perelman*”, p. 45-46.

⁴² “Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política” (STF, p. 14)

⁴³ “Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, como consequência lógica da ausência de raças (STF, p. 14)

⁴⁴ STF, p. 21.

internacionalmente. Pelo ponto de vista jurídico, pode-se constatar também, além da figura das noções, a possibilidade de haver nestes conceitos a presença de *atos*. No entanto, fatos nesta perspectiva não representam os fatos analisados nos argumentos relativos à categoria do real, utilizados na argumentação com o auditório universal⁴⁵.

O Ministro esclarece o que expõe os artigos expressos na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial⁴⁶, esclarecendo o termo “discriminação racial” para reforçar sua base de dados e a compreensão da noção inserida no voto.

Em outras passagens, o Ministro Maurício Corrêa aponta além da Convenção, tratados, pacto e conferência com temática parecida, onde expõe a aversão às práticas de apologia ao racismo, à importância da adesão à campanha dos direitos humanos, a preocupação com o antissemitismo e a criminalização das práticas de discriminação raciais considerada pelos tratados internacionais. Estes regulamentos demonstram a particularidade do modo de se argumentar juridicamente, que dependem da amplitude e limites oferecidos pela legislação e demais elementos jurídicos⁴⁷.

Neste caso, as convenções internacionais expressam uma força atuante na legislação brasileira, que norteiam e guiam as decisões jurídicas. Por isso, quando o Ministro argumenta utilizando o que nelas expressa, demonstra que está seguindo a estrutura argumentativa jurídica que lhe permite desenvolver o conteúdo da decisão.

5.3. As Técnicas Argumentativas

5.3.1. Dos argumentos quase-lógicos

⁴⁵Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*”, p. 42-43.

⁴⁶ [...] seu artigo 1º qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4º condena também a incitação às práticas discriminatórias que “*se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais*” (STF, p. 21)

⁴⁷ Ver tópico sobre “*Acordos de certos auditórios particulares*”.

Em relação aos *argumentos quase-lógicos*⁴⁸, o Ministro Maurício Corrêa utiliza argumento de comparação quando expõe a superação em quantidade do holocausto em relação à inquisição. Neste ponto, o autor compara duas realidades através de um critério. O Ministro utiliza da estatística quando assevera que embora o episódio da inquisição tenha sido trágico, não conseguiu superar o genocídio judeu, que alcançou o número de milhões de mortos.⁴⁹

Ainda na espécie de argumentos de comparação, o Ministro faz menção ao direito comparado para buscar e analisar o que é praticado em outros países. Neste caso, utiliza-se do argumento de comparação por oposição, onde se evidencia a diferença sobre como o revisionismo é tratado no Brasil e na França, assim como na Espanha ou Portugal⁵⁰.

Há, por sua vez, o uso da argumentação pelo ridículo feita pelo Ministro referido. Esta modalidade, encontrada na categoria dos argumentos quase-lógicos, é exercida quando o orador tenta estabilizar o acordo sobre certa premissa que utiliza, objetivando afastar teses incompatíveis, através da exposição de um absurdo.

Ou seja, ao ignorar tão facilmente o racismo “como consequência lógica da ausência de raças”, elege sua premissa como a mais aceita ao caso, que é levantada a partir do apoio dos dados trazidos pelos institutos já referidos, assim como pelas justificativas e argumentos de autoridade.

O Ministro que proferiu o voto em análise entende sua premissa como válida, mostrando ser entendimento convencionado e mais aceito entre a comunidade acadêmica, na tentativa de afastar a possível adesão do auditório ao argumento do Ministro Moreira Alves, relator⁵¹.

⁴⁸ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*”, p. 47.

⁴⁹ “Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa de muitos milhares de mortos [...]” (STF, p. 10)

⁵⁰ “Na França, a lei 90615/90 dispôs que é conduta punível a “negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto [...] Em Portugal transparece relevante alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação “*de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade*””. (STF, p. 14)

⁵¹ “[...] algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça [...] Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não

O Ministro Maurício Corrêa chega à conclusão de que pelo fato de os tratados e convenções internacionais corroborarem pelo entendimento da legislação brasileira sobre racismo englobar a discriminação contra judeus, logo, o Brasil deveria se comprometer a seguir estes preceitos.

Adiante, continua o raciocínio, entendendo que a Constituição Federal e lei infraconstitucional se mantêm “fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”⁵². Desse modo, portanto, compreende que o habeas corpus em favor de Ellwanger conseqüentemente deveria ser julgado improcedente⁵³.

Ao assumir esta justificativa, utiliza a via do argumento de transitividade⁵⁴, que é da categoria dos argumentos quase-lógicos por reconhecerem-se assimilados à demonstração. A transitividade, no argumento desenvolvido pelo Ministro, está presente quando expõe que a Constituição se mantêm fiel ao que prevê os tratados internacionais e que por esta implicação, necessariamente, a tese de defesa desenvolvida em benefício de Siegfried Ellwanger se tornaria ineficiente.

5.3.2. Da Incompatibilidade

É possível, agora, equacionar os dois princípios constitucionais expostos por Maurício Corrêa (que são objeto de discussão por Gilmar Mendes também), liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Maurício Corrêa entende que o último princípio, neste caso, sobressairia em relação ao contexto e ao auditório, uma vez que, para o Ministro, o princípio da liberdade de expressão não pode servir de máscara para práticas ilícitas⁵⁵.

tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso. (STF, p. 3)

⁵² STF, p. 27.

⁵³ “Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a posituação dos direitos fundamentais.” (STF, p. 15)

⁵⁴ Para Perelman (2002, p. 257) “é uma propriedade formal de certas relações que permite passar da afirmação de que existe a mesma relação entre os termos *a* e *b* e entre os termos *b* e *c*, à conclusão de que ela existe entre os termos *a* e *c* [...]”.

⁵⁵ “O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito[...] A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, p. 29-30)

Ao analisar a explanação sobre a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no teor do voto do Ministro em sobreposição ao princípio da liberdade de expressão, é possível encontrar *incompatibilidade*⁵⁶⁵⁷.

O Ministro Maurício Corrêa, ao ressaltar a figura do princípio constitucional da liberdade de expressão no desenrolar do caso Ellwanger, garante que não há qualquer violação e que deve ser interpretado harmoniosamente com outros princípios⁵⁸.

É possível constatar que o objetivo do Ministro é demonstrar o confronto entre duas teses possíveis para justificar diferentes e plausíveis decisões que poderiam (e foram) expostas pelo plenário da Corte Constitucional. O afastamento do princípio constitucional da liberdade de expressão aproxima o princípio deveras comentado no voto: dignidade da pessoa humana. O Ministro expõe a preferência por este princípio, quando propõe que seja feita “*ponderação jurídico-constitucional*”, que significa avaliá-lo em aplicação ao caso concreto⁵⁹.

Por compreender que a conduta de Siegfried Ellwanger é caracterizada como crime de racismo, com apoio no princípio da dignidade humana, então, conclui-se que, por consequência, o crime não será prescrito. O Ministro Maurício Corrêa entende que a preferência pelo princípio da dignidade humana se dá em razão da proteção de parte da sociedade que se vê atingida pelas obras publicadas pelo paciente⁶⁰.

⁵⁶ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*”, p. 46-47.

⁵⁷ “A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.” (STF, p. 30)

⁵⁸ “Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte)”. (STF, p. 30)

⁵⁹ “E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “*concordância prática*”, a que se refere a doutrina.” (STF, p. 30)

⁶⁰ “Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco [...] [...] por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime do racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.” (STF, p. 31)

Para o Ministro, é necessário afastar o princípio da liberdade de expressão por viabilizar a prática de condutas como a de Ellwanger, por entender que o contrário facilitaria a possibilidade de haver a execução destas formas de pensar⁶¹.

5.3.3. Dos argumentos baseados na estrutura do real

Dado que o Ministro Maurício Corrêa utiliza no decorrer do voto posicionamentos de acadêmicos, cientistas e juristas, proporcionando melhor visualização do tema tratado dentro e fora do ambiente jurídico⁶², pode-se constatar o frequente uso do recurso do *argumento de autoridade*⁶³, que é a primeira observação concernente aos argumentos baseados na estrutura do real. A presença deste tipo de argumento ocorre quando o orador quer esclarecer ou fortificar pontos de vista. Neste caso, é utilizado para elucidar os conceitos de raça ou racismo, como também para reforçar a tese de que os judeus estão, no caso, sendo vítimas de injustiça.

Outro ponto relevante desta categoria de argumentos é a analogia. Para ilustrar de maneira mais eficiente o conceito de racismo, o Ministro Maurício Corrêa usou de casos análogos ao habeas corpus discutido, proporcionando a análise de como a questão do racismo é interpretada em situações semelhantes em diferentes julgamentos.

O Ministro Maurício Corrêa, então, apresenta em seu voto posições judiciais obtidas na Suprema Corte norte-americana e Câmara dos Lords na Inglaterra para casos que julga se aproximarem do caso Ellwanger⁶⁴.

⁶¹ “[...] mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.” (STF, p. 32)

⁶² “Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que o anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que a “singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio [...]” (STF, p. 12)

⁶³ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaim Perelman*”, p. 48.

⁶⁴ “A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do *Justice White*, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). [...] O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com

Com o objetivo de demonstrar que a necessidade de ponderação entre os princípios jurídicos que sobressaem ao caso, o Ministro Maurício Corrêa utiliza o artifício do exemplo, que é tipo de argumentação do particular ao particular⁶⁵. Este recurso foi utilizado para fundamentar o “caso particular” sobre a preocupação em ponderar os princípios constitucionais na solução de fatos, que é objeto de exemplificação pelo Ministro⁶⁶.

Não fere a categoria da analogia, neste caso, pois os dois casos pertencem à mesma área e representam situações particulares, subsistindo assim, neste momento, o recurso do exemplo.

Em outro ponto, o Ministro traz o poema “*No Caminho com Maiakowsky*” de Eduardo Alves Costa, com o intuito de alertar o auditório sobre o perigo de uma possível decisão permissiva da Corte em relação ao habeas corpus do paciente. A utilização do poema é *metafórica*, refletindo o instituto que obedece às ligações que fundamentam a estrutura do real. Para o Ministro, admitir que Siegfried Ellwanger não seja punido é o mesmo que se omitir diante dos fatos⁶⁷.

mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei [...]“Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso “*Mandla and another versus Doweel Lee and another*”, debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem “**sikh**” de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os “**sikhs**” constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do “*Race Relations Act*”, uma vez que os “**sikhs**” são um grupo racial em face de suas origens étnicas”. (STF, p. 25)

⁶⁵ Ver tópico “*Dos principais pontos da obra Tratado da Argumentação - A Nova Retórica de Chaiim Perelman*” p. 48.

⁶⁶ “Recentemente o Tribunal, ao apreciar a RCL 2040, Néri da Silveira, j. de 21.02.02 – caso Glória Trevi – ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.” (STF, p. 30)

⁶⁷ “Dir-se-à tratar-se de grotesca utopia, o que não é verdade, uma vez que as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram. Quando evidenciadas, já não havia mais tempo para se evitar o desastre, situação que, de forma insuperável e exemplar, conseguiu retratar o poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa em seu “NO CAMINHO COM MAIAKOWSKY”, conhecido de muitos, mas sempre oportuno:

“Tu sabes,
Conheces melhor do que eu
A velha história.
Na primeira noite eles se aproximam
E roubam uma flor
Do nosso jardim.
E não dizem nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
Pisam as flores, matam nosso cão,
E não dizemos nada.
Até que um dia,
O mais frágil deles,

6. Considerações Finais

Durante o processo de absorção das ideias produzidas pela pesquisa e, conseqüentemente, as novas percepções também apreendidas, foi possível conduzir o raciocínio aos objetivos e etapas estabelecidos no início do projeto e no limiar da pesquisa. Com o uso das leituras e as tentativas de encontrar as ligações em comum entre técnicas argumentativas e teses jurídicas, a análise esclareceu fundamentos imprescindíveis para os resultados obtidos.

Pode-se retirar dos primeiros passos a profundidade e amplitude oferecidas pelo Caso Ellwanger e os meandros que conduzem todo o desenvolvimento do notável julgado. É visível que a complexidade do *habeas corpus* conduz a discussões jurídico-filosóficas, além de que abre a problematização para o espaço social, no que diz respeito à vacuidade do termo “racismo” e as tantas significações que podem conter a palavra “raça”. Isso, por conseguinte, invade a comunidade jurídica de perguntas que não são facilmente respondidas e compreendem um vasto campo de atuação na busca pelas soluções não apresentadas nas teses dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Tendo o julgamento a notoriedade conferida, abriu-se a possibilidade de discuti-lo também sob a perspectiva da argumentação jurídica. Dado que o pedido de vistas do Ministro Maurício mudou todo o curso do *habeas corpus*, houve, portanto, esforço argumentativo do Ministro em modificar a posição primária do Ministro Moreira Alves, sendo assim, a expectativa de uma análise desta sustentação se tornou mais plausível de alcance.

Unindo os dados fornecidos pelo caso, o estudo esmiuçado do voto ora descrito e a aquisição da inteligência dos âmbitos, técnicas e pontos argumentativos oferecidos pela obra “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica” do filósofo do direito Chaïm Perelman, foi promissora a concatenação das chaves e formalização da análise e reconstrução argumentativa.

Entra sozinho em nossa casa,
Rouba-nos a luz, e,
Conhecendo nossos medos,
Arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.”⁶⁷ (STF, p. 33)

Percebeu-se que a adequação das técnicas estudadas aos argumentos do Ministro Maurício Corrêa se encontraram e a visualização pode ser percebida durante a reconstrução argumentativa. É descomplicada a visualização obtida pelos traços da correlação estabelecida entre os dois objetos (teoria da argumentação e voto) e, neste sentido, acompanha, através dos métodos de leitura e reflexão ora introduzidos, as metas direcionadas no começo das primeiras concretudes deste trabalho.

Assim, a temática de abordagem cuidada neste trabalho é de absoluta relevância em matéria de filosofia do direito e teoria da argumentação, uma vez que obtém o produto de uma concreta junção da tão apreciada e clássica obra de Chaïm Perelman ao discurso jurídico do atuante Ministro Maurício Corrêa, mostrando assim, a hipótese de visualização prática da aplicação das técnicas de persuasão. Além disso, novos rumos podem também serem vislumbrados através desta discussão aqui propiciada, como a possibilidade de esticar a análise conforme os olhos dos críticos do autor.

7. Bibliografia

Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação : UNESCO, 2005

Alexy, Robert. 2009. *Conceito e Validade do Direito.* São Paulo, SP. : WMF Martins Fontes, 2009.

Alves, Alaôr Caffé. 2003. *Lógica: Pensamento Formal e Argumentação*. São Paulo, SP. : Quartier Latin, 2003.

Atienza, Manuel. 2002. *As Razões do Direito, Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo, SP, Brasil. : Landy, 2002.

Barzotto, Luis Fernando. 2007. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007.

Bobbio, Norberto. 1995. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito* . São Paulo : Ícone , 1995.

Coelho, Fábio Ulhôa. 2012. *Para entender Kelsen*. São Paulo : Saraiva, 2012.

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

Kelsen, Hans. 1998. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, SP : Martins Fontes , 1998.

Perelman, Chaïm. 1996. *Ética e Direito*. São Paulo, SP. : Martins Fontes, 2002.

— . **2000.** *Lógica Jurídica. Lógica Jurídica* . São Paulo : Martins Fontes, 2000.

— . **2002.** *Tratado da Argumentação* . São Paulo : Martins Fontes, 2002.

Simon, Henrique Smidt. 2006. *Direito, Hermenêutica e Filosofia da Linguagem: O problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte : Argvmentvm, 2006.

Simon, Henrique Smidt. 2013. *Epistemologia e Limites da Racionalidade Jurídica: Um estudo da teoria da proporcionalidade* : Editora CRV, 2013.

Trippo, Maria Regina. 2004. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.