



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

JENNIFER EDUARDA ALVES DE ARAGÃO SANTOS

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

Uma análise à luz dos direitos fundamentais atribuídos de Alexy no contexto jurídico
brasileiro

Brasília
2023

JENNIFER EDUARDA ALVES DE ARAGÃO SANTOS

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

Uma análise à luz dos direitos fundamentais atribuídos de Alexy no contexto jurídico
brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pelo Programa de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto.

**Brasília
2023**

JENNIFER EDUARDA ALVES DE ARAGÃO SANTOS

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

Uma análise à luz dos direitos fundamentais atribuídos de Alexy no contexto jurídico
brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –
UnB.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Costa-Neto

Orientador

Profa. Dra. Fernanda de Carvalho Lage

Examinadora

Prof. Me. Henrique Porto de Castro

Examinador

FICHA CATALOGRÁFICA

d278 1 de Aragão, Jennifer Eduarda Alves
Os limites da liberdade de expressão: uma análise à luz dos direitos fundamentais atribuídos de Alexy no contexto jurídico brasileiro / Jennifer Eduarda Alves de Aragão; orientador João Costa-Neto. -- Brasília, 2023.
53 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Direito Constitucional . 2. Liberdade de Expressão.
3. Robert Alexy . 4. Direitos Fundamentais . I.
Costa-Neto, João, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta monografia representa um marco significativo em minha jornada acadêmica, e gostaria de aproveitar este momento para expressar minha sincera gratidão a todos que me apoiaram ao longo deste percurso.

Meu primeiro agradecimento não poderia ser para outra pessoa senão a minha mãe, *VERÔNICA*, cujo amor incondicional, apoio emocional e incentivo foram fundamentais para minha conquista acadêmica. Sua dedicação e confiança em mim me motivaram a superar os desafios e perseverar. Seu amor e encorajamento foram a força que impulsionou minha determinação. Com ela, aprendi o genuíno sentido de renúncia, perseverança e, sobretudo, amor. Nunca se passou um único dia dos meus vinte e dois anos sem que ela me dissesse "Eu te amo", e essa é uma das infinitas coisas que me fazem ser tão grata por tê-la como mãe. Eu a amo mais do que palavras podem dizer.

Quero também estender meu sincero agradecimento à minha querida avó. Sua presença constante em minha vida, seus sábios conselhos e seu amor incondicional têm sido uma fonte inestimável de apoio ao longo de toda a minha jornada de vida. Sua sabedoria e carinho sempre iluminaram o caminho, e sei que sem seu incentivo e crença em mim eu não estaria aqui. Obrigada, *Valzinha*, por ser uma inspiração e uma fonte de força em minha vida.

Em seguida, não posso deixar de agradecer aos meus três irmãos. *Yuri Vinícius*, *Sthéfany Victória* e *Kaylanne Aisha*, vocês foram companheiros incansáveis (até mesmo de nomes compostos), desde que eu me lembro. Seu apoio constante e vínculo fraternal desempenharam um papel fundamental em minha trajetória. Compartilhamos risos, desafios e conquistas, e sei que sem a presença e o apoio de vocês esta jornada teria sido muito mais árdua. Agradeço do fundo do meu coração por estarem sempre ao meu lado, impulsionando-me a alcançar meus objetivos.

Gostaria de expressar minha gratidão aos meus dois tios, *Valuce* e *Wilker*. Seu apoio, orientação e carinho ao longo da minha jornada acadêmica foram inestimáveis. Suas palavras de sabedoria e incentivo constante foram uma fonte de motivação. Agradeço por estarem sempre presentes.

A minha amiga acadêmica e de vida, *Milena*, agradeço infinitamente pelo apoio incansável e incentivo. Sua crença constante em mim, não apenas como estudante, mas como ser humano, é inestimável. Sua presença incessante nesses árduos anos da graduação tornou tudo muito mais fácil e divertido, e ela é uma fonte de inspiração. Espero poder contar com a

sua amizade para o resto da minha vida. A faculdade não seria a mesma coisa sem você e seu famigerado “para-raios de *****” (ela vai entender). *Grazie, mia cara amica.*

Também sou imensamente grata ao meu orientador, *João Costa-Neto*, pela orientação sábia, solicitude e conhecimento compartilhado ao longo deste projeto. Sua orientação crítica, revisão cuidadosa e valiosas sugestões ajudaram a moldar esta monografia. Sua dedicação e disposição em auxiliar foram fundamentais para o sucesso deste projeto.

Além disso, quero agradecer a todos os professores, amigos e familiares que contribuíram de diversas maneiras para o meu sucesso acadêmico. Seus insights, conversas e apoio moral desempenharam um papel importante na minha jornada.

Finalmente, agradeço a todas as fontes de inspiração que encontrei ao longo desta pesquisa. Este trabalho é dedicado a todos aqueles que acreditaram em mim e que me ajudaram a alcançar esta etapa significativa em minha vida acadêmica.

Obrigada a todos!

“Todos têm direito de se enganar nas suas opiniões.
Mas ninguém tem o direito de se enganar nos fatos.”

– Bernard Baruch

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da liberdade de expressão no contexto do sistema jurídico brasileiro, sob a perspectiva dos direitos fundamentais atribuídos, formulados por Robert Alexy. O cerne da pesquisa gira em torno da efetividade da aplicação da teoria de Alexy no âmbito das normas constitucionais brasileiras, com um foco específico na liberdade de expressão. Inicialmente, exploram-se os direitos fundamentais atribuídos e suas implicações no direito brasileiro. Na segunda parte da monografia, a atenção é direcionada para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que abordam questões relacionadas à liberdade de expressão. Ao analisar as decisões sob a lente da teoria de Alexy, é possível identificar prováveis inconsistências e divergências na aplicação da teoria no cenário brasileiro. Por fim, na terceira seção, é apresentada a ponderação como um mecanismo potencial de solução para conflitos entre normas constitucionais, especialmente no que concerne à liberdade de expressão. A ponderação, delineada por Alexy, pode ser utilizada pelos tribunais brasileiros para equilibrar os direitos fundamentais em conflito, respeitando a hierarquia das normas constitucionais e promovendo uma interpretação mais justa e coerente da liberdade de expressão no âmbito jurídico do Brasil. Este estudo busca contribuir para uma compreensão mais profunda do papel da teoria de Robert Alexy na jurisprudência brasileira, especialmente no que tange à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Alexy; direitos fundamentais; liberdade de expressão; direitos fundamentais atribuídos; ponderação; proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of freedom of expression in the context of the Brazilian legal system from the perspective of fundamental rights, as formulated by Robert Alexy. The core of this study revolves around the effectiveness of the application of Alexy's theory in the context of Brazilian constitutional norms, with a specific focus on freedom of expression. Initially, we explore fundamental rights and their implications in Brazilian law. In the second part of the study, attention is directed to the decisions handed down by the Federal Supreme Court that address issues related to freedom of expression. By analyzing the decisions through the lens of Alexy's theory, it is possible to identify probable inconsistencies and disparities in the application of the theory in the Brazilian scenario. Finally, the third section presents weighing as a potential mechanism for resolving conflicts between constitutional norms, especially regarding freedom of expression. Weighing, as outlined by Alexy, can be used by Brazilian courts to balance fundamental rights in conflict, respecting the hierarchy of constitutional norms and promoting a fairer and more coherent interpretation of freedom of expression in Brazil's legal sphere. This study seeks to contribute to an understanding of the role of Robert Alexy's theory in Brazilian jurisprudence, especially regarding freedom of expression.

Keywords: Alexy, fundamental rights, freedom of expression, fundamental rights, weighing, proportionality.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CF	Constituição Federal
DFA	Direito Fundamental Atribuído
RCL	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	12
1.1 Conceito de Normas de Direitos Fundamentais	13
1.2 Direito Fundamental Atribuído (<i>Zugeordnete Norm</i>)	16
1.3 Liberdade de Expressão	20
1.4 Liberdade de expressão à luz dos direitos fundamentais atribuídos	22
2 PROPORCIONALIDADE	27
2.1 Críticas à teoria de Alexy	33
2.2 Caso da marcha da maconha (ADI 4274/DF)	34
2.2.1 <i>Resumo do caso</i>	35
2.2.2 <i>Considerações sobre os casos descritos</i>	36
2.3 Caso Ellwanger (HC nº 82.424-2/RS)	39
2.3.1 <i>Resumo do caso</i>	40
2.3.2 <i>Considerações sobre o caso descrito</i>	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

A atuação no Direito, especialmente a jurisprudência de vários tribunais responsáveis pela proteção e unidade da Constituição, além de reconhecer a inevitabilidade de conflitos e a necessidade de aplicar a ponderação de princípios, tem se referido explicitamente à teoria de Robert Alexy na interpretação de determinações de direitos fundamentais.

No entanto, poucas decisões realmente contemplam a estruturação adequada do argumento jurídico que culmina com a regra de decisão do caso obtida por meio da ponderação dos princípios em conflito. Isso é particularmente importante devido ao fato de que os resultados sucessivos do julgamento de casos de direito fundamental podem ser organizados em redes de jurisprudência e tendem a consolidar entendimentos doutrinários que orientarão futuras decisões¹.

A jurisprudência recente do STF, a instituição brasileira responsável pela proteção da constituição, tem gerado controvérsia sobre os limites de sua atuação e a maneira como suas decisões são construídas, como nos notórios casos da "marcha da maconha" e do caso "Ellwanger"².

Uma análise rápida dessas decisões mostra que se trata de resoluções de casos que envolvem direitos fundamentais, imersos em conflitos de interesses de diversas naturezas. Em poucos casos, e apenas até certo ponto no desenvolvimento do raciocínio judicial, a justificação dedutiva do modelo lógico-substantivo de aplicação das normas jurídicas consegue explicar a racionalidade das decisões judiciais³. Por isso, é importante entender a relevância estratégica e o potencial explicativo do conceito de norma de direito fundamental atribuída de Robert Alexy, também referida neste trabalho, por elipse, simplesmente como "direito atribuído" ou abreviada para DFA⁴.

Nesse cenário, uma questão central é como as normas de direitos fundamentais são aplicadas, especialmente quando o aplicador do Direito se depara com um caso de colisão de normas de direitos fundamentais. Portanto, trabalhamos com a hipótese de que a norma de direito fundamental atribuída (DFA), identificada essencialmente como a regra de solução de um caso que resulta da ponderação de princípios em conflito, seja um ponto crucial da teoria

¹ LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 184, 2017. E-book.

² *Ibid.*, p. 18.

³ *Ibid.*, p. 18.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 62, 2008. E-book.

dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy, conectando a teoria da norma com a dos princípios e, por meio desta, com uma teoria que realiza avaliações de forma racional, sem cair em pressuposições insustentáveis⁵.

Assim sendo, inicialmente serão abordadas as noções gerais dos direitos fundamentais, perpassando pelo conceito de normas de direitos fundamentais, e a definição dos direitos fundamentais atribuídos. Seguidamente, será desenvolvida a liberdade de expressão à luz dos direitos fundamentais atribuídos.

Ademais, será apresentada a proporcionalidade, críticas à teoria de Alexy e dois julgados do Supremo Tribunal Federal que permeiam os limites da liberdade de expressão e o uso da proporcionalidade como meio de resolução de casos em hipótese de colisão de direitos fundamentais, cuja relevância merece apreciação.

Explicita-se, pois, que a capacidade de estruturar a ponderação de maneira mais transparente e racional contribuiu, apesar das críticas recebidas, para uma aceitação, mesmo que parcial, da racionalidade da ponderação e da teoria dos princípios⁶.

⁵ LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 19, 2017. E-book.

⁶ *Ibid.*, p. 185.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Os *direitos fundamentais*, essenciais em uma nação democrática, protegem e promovem valores humanos e sociais. Eles são entendidos como prerrogativas jurídicas concedidas a todos os indivíduos em virtude de sua simples condição de seres humanos, independentemente de qualquer atributo, como nacionalidade, raça, religião ou orientação política. No entanto, a compreensão e o desenvolvimento desses direitos têm evoluído ao longo do tempo, refletindo as transformações sociais, políticas e culturais⁷.

Esses direitos têm uma forte base na história das sociedades democráticas e surgiram a partir da necessidade de proteger os indivíduos contra o arbítrio do poder estatal e de garantir um espaço onde a dignidade humana seja respeitada. Eles refletem a ideia de que certas liberdades e garantias são inerentes à natureza humana e, portanto, devem ser protegidas e preservadas⁸. Na maioria das constituições democráticas, os direitos fundamentais são enunciados em documentos específicos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e a Constituição de um país. Logo, os direitos fundamentais, “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”⁹.

Entretanto, é relevante considerar a presença de valores significativos que ainda não tenham sido formalmente reconhecidos na legislação, mas que guardam estreita relação com a preservação da dignidade humana e a ideia de conter o exercício arbitrário do poder¹⁰. Destaca-se que os direitos fundamentais são interdependentes, ou seja, se complementam e não podem ser compreendidos de forma isolada. Por exemplo, a liberdade de expressão está intimamente ligada à liberdade de reunião e à liberdade de imprensa. Quando um desses direitos é violado, os outros também estão em risco. Além disso, esses direitos muitas vezes

⁷ SILVA, Pericles Batista. A democracia e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, n. 3394, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22817>. Acesso em: 12 nov. 2023.

⁸ CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. *Revista De Informação Legislativa*, v. 48, n. 191, p. 167-189, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.35, 2009.

¹⁰ PEREIRA, Renato José Dias; OTAVIANO, Luiz Renato Telles. Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy em análise com fulcro na Constituição Federal de 1988. *Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, v. 1, n. 1, p. 1047, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1240>. Acesso em: 16 set. 2023.

entram em conflito, exigindo um equilíbrio cuidadoso para garantir a proteção da sociedade como um todo¹¹.

A evolução dos direitos fundamentais também está relacionada ao desenvolvimento da jurisprudência e à interpretação das leis. Tribunais e instituições de direitos humanos desempenham um papel crucial na definição e expansão desses direitos. Suas decisões moldam o entendimento e a aplicação dos direitos fundamentais em casos concretos, estabelecendo precedentes que podem impactar gerações futuras¹².

No entanto, é importante reconhecer que tais direitos não são absolutos. Eles podem ser limitados em situações excepcionais, desde que essas limitações sejam proporcionais e necessárias para atender a um interesse público legítimo, como a segurança nacional ou a proteção da ordem pública. O desafio reside em equilibrar a preservação desses direitos com a necessidade de manter a estabilidade e o bem-estar da sociedade¹³.

1.1 Conceito de Normas de Direitos Fundamentais

Segundo Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”¹⁴, publicada em 1985, as normas de direito fundamental e os direitos fundamentais estão inerentemente conectados. A existência de um direito fundamental implica necessariamente a existência de uma norma de direito fundamental que o reconheça e proteja. No entanto, observa-se que o oposto nem sempre é verdadeiro, pois pode haver normas de direito fundamental que não conferem direitos fundamentais a indivíduos ou grupos específicos¹⁵.

Notadamente, os direitos fundamentais não se limitam à concessão de direitos subjetivos judicializáveis. Eles exercem influência em diversas esferas do ordenamento jurídico e da sociedade em geral. Os efeitos dos direitos fundamentais transcendem a mera garantia de proteção de interesses individuais, estendendo-se a questões como a configuração das políticas públicas, a interpretação das normas jurídicas e o equilíbrio de poderes entre os órgãos estatais¹⁶.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 229, 2023.

¹² *Ibid.*, p. 229.

¹³ *Ibid.*, p. 230.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 51, 2015.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 229, 2023.

¹⁶ *Ibid.*, p. 230.

No âmbito da CF, é essencial discernir entre enunciados normativos (*Normsatz*) e as normas propriamente ditas (*Norm*)¹⁷. Nem todos os enunciados presentes na Constituição devem ser considerados como direitos fundamentais. Para essa distinção, recorre-se à teoria da linguagem, que diferencia enunciados descritivos de enunciados performativos. Os últimos são atos linguísticos com o propósito de transformar a realidade, enquanto os primeiros não têm essa finalidade¹⁸.

Afinal, o Direito é, essencialmente, uma forma de linguagem performativa, ou seja, o direito é vocacionado para determinar as condutas das pessoas. Ele possui o poder de regular e influenciar as condutas das pessoas através de seus enunciados jurídicos¹⁹. Portanto, é imprescindível que todos os enunciados jurídicos sejam compreendidos como enunciados normativos, pois deles decorrem os funtores deônticos: proibido (vedado), permitido (autorizado) e obrigado (dever). Eles expressam o caráter performativo da linguagem, é nisso que consiste a diferença entre enunciado normativo e norma²⁰.

Distinguindo claramente entre proposições normativas e as normas propriamente ditas, é possível conceber o enunciado como o texto linguístico em si e a norma como o resultado da interpretação semântica desse enunciado. A norma expressa os sentidos performativos da linguagem jurídica, como os funtores deônticos, que determinam a conduta permitida, proibida ou obrigatória, consolidando, assim, a distinção crucial entre enunciado normativo e norma²¹.

Essa abordagem conceitual e teórica destaca a importância da linguagem e da interpretação na compreensão dos direitos fundamentais e das normas de direito fundamental. Além disso, ressalta a amplitude dos efeitos dos direitos fundamentais na sociedade e no sistema jurídico como um todo, proporcionando uma base sólida para a análise e o estudo aprofundado dessas questões no campo do Direito Constitucional²².

Uma das premissas extremamente relevantes apresentadas por Alexy é a ideia de que não há uma correspondência biunívoca entre o texto e a norma jurídica²³. Isso significa que a

¹⁷ *Ibid.*, p. 43. Conforme tal conceito, “(...) uma norma é o significado de uma proposição normativa (...)”. No original: *Eine Norm ist damit die Bedeutung eines Normsatzes*.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 51, 2015.

¹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, p. 72, 2016.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 52, 2015.

²¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, p. 72, 2016.

²² *Ibid.*, p. 76.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 23, 2004.

relação entre o que está escrito na lei e a norma efetivamente aplicada é complexa e multifacetada. Alexy ilustra essa complexidade com diversos exemplos, destacando que um único enunciado normativo pode dar origem a várias normas distintas, cada uma com sua própria interpretação e consequências jurídicas²⁴.

É necessário também reconhecer que nem sempre as normas estão explicitamente contidas em um texto. Normas implícitas podem surgir da interpretação de diferentes disposições legais e do contexto normativo como um todo. Além disso, uma única norma pode ser derivada de múltiplos textos legais, demonstrando que a relação entre o texto da lei e a norma jurídica efetiva é intrincada e multifatorial²⁵.

No que se refere à identificação de enunciados de direito fundamental, Alexy estabelece critérios específicos. Ele considera como enunciados de direito fundamental aqueles que fazem parte do catálogo de direitos fundamentais da Constituição Alemã, compreendendo os artigos de 1 a 19 da Lei Fundamental Alemã. Esses direitos fundamentais “do catálogo” ele chama de direitos fundamentais estabelecidos. Além disso, por uma peculiaridade da Lei Fundamental de Bonn, Alexy inclui como enunciados de direito fundamental alguns que estão “fora do catálogo”, mas que podem ser objeto de reclamação constitucional de acordo com o artigo 93, § 1º, 4ª, da Constituição alemã. Nesses enunciados estaria incluída uma série daquilo que, no Brasil, são as intituladas garantias fundamentais, como o direito de ser ouvido perante os tribunais ou a vedação de tribunal de exceção. Esses direitos de “fora do catálogo” Alexy chama de *direitos fundamentais atribuídos*²⁶.

Destaca-se que, com a implementação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, os artigos 12, 153 e 942, bem como os parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 489, e o parágrafo 1º, do artigo 927, estipulam a obrigação dos magistrados de fundamentar suas decisões com argumentos sólidos. Nessa perspectiva, a abordagem contemporânea da interpretação constitucional se apoia em princípios essenciais que são aplicados por meio da técnica da ponderação. Nesse processo, incumbe ao intérprete estabelecer uma conexão entre os fatos e as normas, tomando decisões fundamentadas com o propósito de atingir uma solução justa para o caso sob análise²⁷.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 52, 2015.

²⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁶ *Ibid.*, p. 53.

²⁷ PEREIRA, Renato José Dias; OTAVIANO, Luiz Renato Telles. Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy em análise com fulcro na Constituição Federal de 1988. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, v. 1, n. 1, p. 1053, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1240>. Acesso em: 16 set. 2023.

Portanto, é plausível concluir que as disposições relacionadas aos direitos fundamentais não se limitam às presentes no capítulo específico intitulado “Dos Direitos Fundamentais”, mas também abrangem aquelas inseridas em outros segmentos da CF de 1988 que garantem direitos individuais. Adicionalmente, considera-se como normas de direitos fundamentais aquelas estabelecidas por meio de decisões judiciais anteriores, fundamentadas em princípios abertos de direitos fundamentais²⁸.

Assim, tanto no Brasil como na Alemanha, as normas que regem os direitos fundamentais não se restringem apenas àquelas que são explicitamente definidas como tal nas constituições. Elas também são influenciadas pela interpretação desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais constitucionais²⁹.

Vale evidenciar que a aplicação do conceito de direitos fundamentais de Alexy ao direito brasileiro requer uma análise cuidadosa, levando em consideração as especificidades do sistema jurídico brasileiro e realizando as adaptações necessárias. O contexto legal e constitucional do Brasil apresenta particularidades que demandam uma abordagem adaptada à realidade nacional. Logo, ao utilizar a teoria de Alexy no âmbito do direito brasileiro, é crucial considerar essas peculiaridades e realizar as devidas adaptações para uma aplicação adequada e precisa³⁰.

*1.2 Direito Fundamental Atribuído (Zugeordnete Norm)*³¹

O conceito de Direito Fundamental Atribuído (DFA) é uma concepção desenvolvida pelo filósofo do direito alemão Robert Alexy. Esse conceito é utilizado para se referir a normas que não estão diretamente estabelecidas no texto constitucional, mas que têm a natureza de normas de direito fundamental. Essas normas mantêm uma relação específica com as normas de direito fundamental que estão estabelecidas na constituição. Tal norma não está

²⁸ *Ibid.*, p. 1053.

²⁹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n. 1, p. 137-172, 2022.

³⁰ *Ibid.*, p. 137-172.

³¹ Dicionário alemão-português. Editora Rideel, 2021, p. 273. A palavra "Zuordnung" é de origem alemã e pode ser traduzida para o português como "atribuição" ou "associação". Ela se refere ao ato de atribuir algo a alguém ou associar algo a algo mais, dependendo do contexto em que é utilizada. "Zuordnung" deriva do verbo "zuordnen", que possui os sentidos principais de "agregar", "juntar" e "coordenar". Portanto, a "Zuordnung" nesse contexto envolve a atribuição ou associação das normas derivadas às normas de direito fundamental já estabelecidas, permitindo que elas sejam tratadas como normas de direito fundamental.

explicitamente na constituição, mas pode ser derivada de determinações de direito fundamental presentes no texto constitucional.³²

Com essa caracterização preliminar, a norma associada, que tem recebido outras denominações, como norma de direito fundamental adscrita, atribuída ou derivativa, vai inserida na definição unitária de norma de direito fundamental, a saber, que são normas de direito fundamental todas as normas para as quais é possível uma fundamentação jurídico-fundamental correta.³³

Alexy identificou a presença de DFA em decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde a interpretação e argumentação conduziram à extração de proposições deonticas (normas de dever) que não se confundiam com as determinações originais de direito fundamental, mas tinham uma relação peculiar com elas. A ideia central é que os direitos fundamentais atribuídos podem ser ancorados a determinações de direito fundamental por meio de atribuição³⁴. Seguidamente, ao analisar as normas de direitos fundamentais, Alexy destaca uma questão de grande relevância, elas possuem uma dupla abertura:

1. **Abertura Semântica:** Ao examinar as normas de direitos fundamentais, é evidente que elas possuem uma abertura semântica, ou seja, não definem de forma precisa o âmbito exato de suas obrigações ou o significado dos termos utilizados. Por exemplo, quando uma norma estabelece que “o Estado é obrigado a cuidar da saúde”, não fica claro o que esse dever envolve, nem como definir o conceito de saúde. O mesmo ocorre quando se depara com a norma que permite a “manifestação do pensamento” – o que exatamente constitui essa manifestação?³⁵ Portanto, “a indeterminação semântica resulta da ambiguidade, vagueza e abertura valorativa das expressões ou termos da disposição de direito fundamental”³⁶.
2. **Abertura Estrutural (Complexidade Estrutural):** A abertura estrutural refere-se à variedade de maneiras pelas quais um mesmo direito fundamental pode se manifestar em termos de posições jurídicas. Por exemplo, o direito à saúde pode ser interpretado

³² LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 184, 2017. E-book.

³³ *Ibid.*, p. 184. Neste trabalho, optei por empregar o termo “direitos fundamentais atribuídos”, inobstante outras traduções.

³⁴ *Ibid.*, p. 184.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 52, 2015.

³⁶ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27, 2011.

de várias formas, incluindo obrigações estatais de fornecer medicamentos, construir hospitais, contratar médicos, autorizar pesquisas médicas e até garantir acesso à água potável. Essas diferentes manifestações podem envolver naturezas prestacionais e defensivas distintas³⁷.

A partir desse ponto, Alexy cunhou o termo “Direitos Fundamentais Atribuídos” para se referir aos direitos que surgem a partir da abertura estrutural e semântica das normas de direitos fundamentais “o faz para referir a categoria que reúne aquelas normas não estatuídas imediatamente no texto constitucional e que, no entanto, têm natureza de normas de direito fundamental”³⁸.

Ao considerar um enunciado de direito à saúde, desdobra-se dele o direito fundamental de que o Estado tem a obrigação de cuidar da saúde. A partir desse direito fundamental, derivam-se os “Direitos Fundamentais Atribuídos”, como a obrigação de construir hospitais, fornecer medicamentos, entre outros. É importante destacar que, a partir de um único direito fundamental, constrói-se uma miríade de DFAs. No entanto, esse processo de atribuição requer uma atenção especial e um controle adequado, conforme salientado por Alexy em seu trabalho³⁹.

Por conseguinte, Alexy enfatiza a importância de estabelecer uma **relação de refinamento**. Essa relação de refinamento representa um mecanismo de controle em relação à fundamentação desse processo de atribuição, “quando as preposições constitucionais mostram-se semântica e/ou estruturalmente abertas, a tradicional dedução não seria suficiente para encontrar o sentido normativo”⁴⁰. Não é suficiente simplesmente fazer referência a um direito fundamental para que o DFA seja considerado válido. Em suma, é necessário apresentar uma carga argumentativa coerente e sólida, que permita avaliar e corrigir adequadamente o processo de atribuição⁴¹.

Aqui assoma o papel central do conceito de DFA como ponto de conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a da argumentação, uma vez que, por meio

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 51, 2015.

³⁸ LUDWIG, José Roberto. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral e Razão em Robert Alexy**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 15, 2013.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 51, 2015.

⁴⁰ MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, n. 35, p. 150, 2012.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008. E-book.

daquela, o postulado da proporcionalidade, que decorre da natureza argumentativa do Direito e representa elemento comum às teorias referidas, encontra uma forma especial de manifestação, na medida em que a DFA se oferece como trajeto a seguir no percurso do arcabouço normativo fundamental em direção à solução de casos de direito fundamental sempre que a atribuição entre as proposições concretas que os resolvem e as determinações fundamentais previstas envolver a ponderação de princípios colidentes⁴².

A noção de intervalo nebuloso, mencionada por Alexy no primeiro capítulo de sua obra, refere-se a essa área crítica e complexa de atribuição de direitos fundamentais. É nesse espaço que a cautela e a controlabilidade se tornam essenciais. Portanto, a definição de uma relação de refinamento não apenas permite a identificação precisa dos DFAs, mas também garante que esse processo seja fundamentado de maneira sólida e coerente, assegurando a validade e a integridade dos direitos fundamentais no sistema jurídico⁴³.

As normas diretamente expressas fundamentam as normas atribuídas. Grande parte da discussão sobre os direitos fundamentais gira em torno da determinação de quais normas podem ser vinculadas às normas diretamente expressas. Uma norma é considerada um direito fundamental atribuído se sua ligação a um direito fundamental diretamente expresso for sustentada por uma argumentação racional e uma fundamentação correta⁴⁴.

Essa teoria desafia a concepção tradicional de direitos fundamentais como meros direitos subjetivos conferidos aos indivíduos e expande seu escopo, incorporando uma dimensão objetiva. Essa dimensão objetiva sugere que os direitos fundamentais também impõem obrigações ao legislador e ao intérprete constitucional, estabelecendo padrões e princípios a serem seguidos na formulação e aplicação da legislação, logo, a tradicional dedução não seria suficiente para encontrar o sentido normativo⁴⁵.

Anota-se, nesse sentido, que a essência das DFAs é que eles não vêm com um conteúdo determinado e estático, como muitos direitos subjetivos, mas são dotados de um núcleo mínimo de proteção, dentro do qual o legislador e o intérprete constitucional têm certa margem de manobra para definir seu conteúdo específico. Isso significa que esses direitos são abertos à interpretação e, portanto, estão sujeitos a uma série de considerações e princípios que guiam seu desenvolvimento⁴⁶. Assim como Alexy, Ingo W. Sarlet também compartilha a

⁴² LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 187, 2017. E-book.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 74, 2015.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 62, 2008. E-book.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 74, 2015.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 75.

visão de que existem direitos fundamentais para além do catálogo constitucional. No entanto, ele destaca que:

Direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que – constem, ou não, do texto constitucional – por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais⁴⁷.

Em suma, os direitos fundamentais atribuídos fazem parte, *prima facie*, do escopo normativo das disposições de direitos fundamentais, estando intrinsecamente relacionadas a esse conjunto conceitual. Elas possuem uma validade *prima facie*, que decorre da validade das próprias disposições de direitos fundamentais. Contudo, sua validade definitiva só é efetivamente estabelecida no momento da concretização ou aplicação prática dessas normas. Trata-se não da criação de uma nova norma, mas, sim, de uma afirmação a respeito da interpretação de uma norma, indicando que deve ser conferida validade definitiva a um DFA ao âmbito normativo de uma disposição de direito fundamental.⁴⁸

1.3 Liberdade de Expressão

Diferentemente de outras constituições, a Constituição Federal de 1988 não utilizou a expressão “liberdade de expressão” como uma categoria geral que engloba várias formas específicas de expressão. Estas incluem a livre manifestação de pensamentos, a liberdade de consciência e crença, a liberdade de comunicação (que inclui a liberdade de imprensa) e a livre expressão artística, intelectual e científica. No entanto, pode-se argumentar que a livre manifestação de pensamento assume essa função, já que pode ocorrer no âmbito da comunicação social, no exercício de atividades intelectuais ou artísticas, ou até mesmo em relação à livre manifestação de opções religiosas⁴⁹.

Logo, a liberdade de expressão, no contexto jurídico brasileiro, é um direito que permite a qualquer indivíduo manifestar suas opiniões, pensamentos e ideias de forma oral, escrita, visual ou por meio de qualquer outro meio de comunicação. Esse direito é alicerce da

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 92, 2009.

⁴⁸ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 28, 2011.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 228, 2023.

democracia, pois possibilita a livre circulação de informações e a formação da opinião pública. A CF, em seu artigo 5º, inciso IV, estabelece que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Isso significa que os cidadãos têm o direito de expressar suas ideias, desde que o façam de forma identificada, assumindo a responsabilidade por suas palavras e ações⁵⁰.

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior⁵¹.

Ademais, o inciso XIV, ao garantir o acesso à informação e resguardar o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, reconhece a importância da proteção das fontes jornalísticas para a manutenção da liberdade de imprensa. O artigo 220 da Constituição Federal amplia ainda mais essa proteção à liberdade de expressão. Ele estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, desde que observadas as disposições da própria Constituição. Isso significa que a liberdade de expressão não pode ser cerceada por regulamentações arbitrárias, mas está sujeita a limites estabelecidos pela própria Constituição Federal de 1988⁵².

No artigo 220, § 1º e 2º, reforça-se a proteção à liberdade de expressão no contexto da informação jornalística e da comunicação social. O § 1º estabelece que nenhuma lei pode conter dispositivo que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Essa disposição visa garantir a independência da imprensa e o direito do público à informação verídica e diversificada. O § 2º, por sua vez, proíbe qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística⁵³. Isso significa que o Estado não pode interferir na expressão de ideias ou na produção artística com base em critérios políticos ou ideológicos. Essa proibição visa evitar abusos por parte das autoridades e preservar a diversidade de opiniões e a criatividade artística.

Certamente, esse direito é essencial para o funcionamento da democracia, pois permite que os cidadãos participem ativamente na formação de políticas e tomadas de decisão.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 234, 2017.

⁵¹ *Ibid.*, p. 234.

⁵² Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁵³ *Ibid.*, p. 9.

Quando as pessoas têm o direito de expressar suas opiniões, o governo e outras instituições são responsabilizados por suas ações, promovendo a transparência e a prestação de contas. Isso, por sua vez, contribui para a manutenção do equilíbrio de poder e a salvaguarda dos direitos individuais⁵⁴.

No entanto, a liberdade de expressão não é um conceito absoluto e, em muitos casos, é necessário considerar seus limites. A incitação à violência, o discurso de ódio e a disseminação de informações falsas são exemplos de expressões que podem prejudicar a sociedade e, portanto, são passíveis de restrições legais. O desafio está em encontrar o equilíbrio entre a proteção da liberdade de expressão e a prevenção do dano que certos tipos de discurso podem causar⁵⁵.

1.4 Liberdade de expressão à luz dos direitos fundamentais atribuídos

Considerando sua importância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão, segundo uma doutrina significativa, ocupa uma posição preferencial (*preferred position*) quando se trata de resolver conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais⁵⁶. Isso tem sido, em geral, confirmado pelo STF, especialmente após o julgamento da ADPF 130, que declarou que a Lei de Imprensa, promulgada durante a ditadura militar, não foi recepcionada pela CF. Isso não significa que se deve considerar a liberdade de expressão (em qualquer uma de suas formas específicas) como um direito totalmente imune a qualquer tipo de limitação ou restrição, nem se deve estabelecer uma espécie de hierarquia pré-determinada entre as normas constitucionais⁵⁷.

Assim, quando se fala de uma posição preferencial – pelo menos no sentido em que aqui se admite tal condição –, tem-se a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera – da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos –

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 235 2017.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 235.

⁵⁶ Cf., por todos, na doutrina brasileira, BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: FARIA, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil constitucional em concreto*. Salvador: JusPODIVM, p. 105-106, 2007.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 232, 2023.

não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações⁵⁸.

A Constituição de 1988, marco histórico na redemocratização do país, consagrou uma série de direitos fundamentais, entre os quais se destaca o direito à liberdade de expressão, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso IV. No entanto, a compreensão e aplicação dessas normas não se limitam à leitura literal de seu texto, pois o universo dos direitos fundamentais é complexo e envolve uma série de aspectos interpretativos e interconexões normativas⁵⁹.

O mencionado artigo 5º, inciso IV, da Constituição Brasileira de 1988, afirma que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”⁶⁰. A partir dessa disposição, pode-se afirmar que o direito à liberdade de expressão é um pilar da democracia, garantindo que os cidadãos tenham o direito de expressar suas opiniões, ideias e pensamentos sem censura ou coação. Esse é um dos direitos fundamentais atribuídos que se relaciona diretamente com a norma estabelecida pelo texto constitucional. Por meio da abertura semântica e estrutural, é possível extrair diversos funtores deônticos e, portanto, direitos fundamentais atribuídos⁶¹. Logo, como argumentado por Pulido⁶², a análise das normas de direitos fundamentais vai muito além do texto literal.

Em conformidade com Pulido, mesmo as disposições de direitos fundamentais que possam parecer altamente específicas não permitem, por si só, antecipar a totalidade das normas de direitos fundamentais estabelecidas, seja de forma direta ou indireta⁶³. Em face do exposto, a notável falta de determinação normativa na maioria das disposições de direitos fundamentais permite a extração não apenas da norma diretamente estabelecida por uma dada disposição de direito fundamental, mas também de diversas outras normas que podem ser a ela relacionadas.⁶⁴

A necessidade dos Direitos Fundamentais Atribuídos está associada à especificação do texto constitucional em relação aos seus possíveis conteúdos de dever-ser, conforme explicado por Alexy:

⁵⁸ *Ibid.*, p. 232.

⁵⁹ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27, 2011.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 74, 2015.

⁶² PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 113-114, 2014.

⁶³ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁴ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27, 2011.

Elas são necessárias quando devem ser aplicadas aos casos as normas expressas pelo texto da constituição. Se normas dessa espécie não fossem admitidas, não seria claro o que, com base no texto constitucional (ou da norma expressa por ele imediatamente), é ordenado, proibido ou permitido. Essa espécie de relação da norma aludida para com o texto constitucional deve ser designada relação de precisção⁶⁵.

Portanto, o direito à livre manifestação do pensamento, por sua natureza aberta e expansiva, permite a extração de uma variedade de DFAs e implicações que moldam seu alcance e significado. Essas implicações podem ser divididas em diversas categorias, destacando-se as aberturas semânticas e estruturais⁶⁶.

Em relação às aberturas semânticas, a liberdade de expressão abrange uma ampla gama de formas de manifestação do pensamento, como a liberdade de imprensa, a liberdade artística e cultural, a liberdade acadêmica e a liberdade religiosa. Cada uma dessas formas de expressão possui suas próprias características e nuances, que precisam ser consideradas ao aplicar e interpretar o direito fundamental à liberdade de expressão⁶⁷.

Além disso, a estrutura normativa da liberdade de expressão também é fundamental. Isso envolve a relação entre a liberdade de expressão e outros direitos e interesses constitucionais, como a proteção da honra, da privacidade e da segurança nacional. O exercício da liberdade de expressão não deve ser absoluto e incondicional; em certos casos, pode haver conflitos de direitos que exigem uma ponderação cuidadosa⁶⁸.

Os aspectos deônticos da liberdade de expressão referem-se às normas que estabelecem obrigações e restrições relacionadas a esse direito fundamental. Por exemplo, a vedação ao anonimato, conforme estabelecida no texto constitucional, impõe uma restrição à liberdade de expressão, com o propósito de responsabilizar os autores de declarações e manifestações. No entanto, mesmo dentro das restrições, é importante garantir um equilíbrio para não sufocar o exercício da liberdade de expressão⁶⁹.

Além disso, a jurisprudência e a doutrina têm desempenhado um papel crucial na interpretação e no desenvolvimento da liberdade de expressão como um direito fundamental.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 62, 2008. E-book.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 75, 2015.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 77.

Casos emblemáticos envolvendo a liberdade de imprensa, por exemplo, têm contribuído para estabelecer parâmetros e princípios que orientam sua aplicação⁷⁰.

A liberdade de expressão não se limita ao âmbito do direito constitucional, mas se estende a áreas como o direito penal, o direito civil e o direito administrativo. É importante destacar que, mesmo quando a Constituição proíbe a censura prévia, certas formas de manifestação podem ser punidas, como a difamação, a incitação à violência ou a disseminação de discurso de ódio. Novamente, a ponderação de direitos se faz necessária para garantir um equilíbrio adequado⁷¹.

Além dos aspectos deônticos e semânticos, a liberdade de expressão também está intrinsecamente ligada ao contexto político e social de uma nação. Em uma sociedade democrática, o debate público é um elemento vital, e a liberdade de expressão desempenha um papel fundamental na promoção do pluralismo, da diversidade de opiniões e do controle do poder estatal. A liberdade de expressão não apenas protege a expressão de ideias populares, mas também a de ideias impopulares e críticas ao *status quo*⁷².

A jurisprudência do STF no Brasil tem desempenhado um papel significativo na definição e na interpretação da liberdade de expressão no país. Decisões importantes, como a que considerou a Lei de Imprensa incompatível com a Constituição, têm reforçado a importância da liberdade de expressão como um direito fundamental. A corte também tem atuado na proteção de jornalistas e veículos de comunicação contra a censura e a perseguição⁷³.

No entanto, é crucial que a liberdade de expressão seja exercida de maneira responsável e ética. Isso envolve o respeito às leis, a não incitação à violência, a não disseminação de informações falsas e a não violação dos direitos de terceiros. O abuso da liberdade de expressão pode ter consequências negativas para a sociedade, minando a confiança nas instituições democráticas e prejudicando a coesão social.

O advento da era digital trouxe novos desafios e questões relacionadas à liberdade de expressão. As redes sociais e a internet em geral têm ampliado a capacidade das pessoas de se

⁷⁰ Cf. o julgamento da AC 2.695, rel. Min. Celso Mello (DJe 30.11.2010), decisão monocrática na qual foi reconhecida, com fundamento na aplicabilidade imediata da norma constitucional, a possibilidade do exercício do direito de resposta mesmo após o reconhecimento da não recepção da Lei de Imprensa.

⁷¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: teorias, fundamentos e análises de casos. **Direito e Práxis**, v. 8, n. 1, p. 113-137, 2020.

⁷² *Ibid.*, p. 113-137.

⁷³ Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). **ADPF nº 130/DF**. Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. Relatoria: Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 11 nov. 2023.

expressarem, mas também têm gerado preocupações quanto à disseminação de desinformação, discurso de ódio e assédio on-line. O debate sobre como equilibrar a liberdade de expressão com a regulação da internet é um tema relevante e complexo⁷⁴.

Nesse contexto, a proteção da privacidade e dos dados pessoais também desempenha um papel importante, uma vez que a coleta e o uso indevido de informações pessoais podem afetar a liberdade de expressão, limitando a capacidade das pessoas de se expressarem sem medo de represálias⁷⁵.

O direito à liberdade de expressão é, portanto, um dos pilares da democracia brasileira e de qualquer democracia moderna. Sua amplitude, complexidade e importância exigem uma abordagem cuidadosa e equilibrada na interpretação e na aplicação das normas relacionadas. É fundamental que o poder judiciário, a sociedade civil e os meios de comunicação desempenhem um papel ativo na defesa e na promoção desse direito fundamental, garantindo que ele continue a desempenhar um papel vital na vida democrática do país⁷⁶.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 113-137.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 113-137.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 113-137.

2 PROPORCIONALIDADE

A Teoria dos Direitos Fundamentais sustenta que a teoria dos princípios⁷⁷ e a máxima da proporcionalidade estão intrinsecamente ligadas, sendo impossível ter uma sem a outra. O sucesso e as limitações de ambas podem ser avaliados em conjunto⁷⁸. Robert Alexy argumenta que a aplicação desse conceito é essencial para determinar o conteúdo específico dos direitos fundamentais em situações de conflito. A proporcionalidade é uma abordagem metodológica que visa equilibrar os interesses em jogo, garantindo que a restrição de um direito fundamental seja justificada e não excessiva⁷⁹. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume relevância a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares⁸⁰.

A máxima da proporcionalidade é composta por três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estas derivam da natureza dos princípios como comandos de otimização, que buscam a maior realização possível de seu objeto, como a liberdade de opinião, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As submáximas da adequação e da necessidade expressam o comando de otimização em relação às possibilidades fáticas⁸¹.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 610-611, 2003.

Para Robert Alexy, existem dois tipos de normas: regras e princípios. Ambos são considerados normas porque dizem o que deve ser. As regras são vistas como imperativos definitivos, normas cogentes e determinantes da conduta. Elas podem ser cumpridas ou não. Contêm determinações no contexto fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis ou não. Os princípios, por outro lado, são conceituados como "mandados de otimização". Eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios, como as regras, são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas. Quando ocorre uma colisão de direitos fundamentais, deve-se considerar como uma colisão de princípios. O processo para a solução de ambas as colisões é a ponderação. Quem empreende a ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz ponderação sejam dotadas de estrutura de princípios.

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 313, 2019. E-book.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, p. 74, 2015.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 178, 2023.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 313, 2019. E-book.

O primeiro elemento, adequação, exige que a medida restritiva seja apropriada para alcançar o objetivo legítimo perseguido pelo Estado. Isso significa que a medida deve ser eficaz para atingir o objetivo pretendido, garantindo que não haja alternativas mais suaves e igualmente eficazes disponíveis⁸². Se um meio M, escolhido para impulsionar o princípio P1, não é eficaz para esse propósito e ainda impede a execução de P2, então a omissão de M não trará custos para P1 ou P2. No entanto, a adoção de M resultará em custos para P2. Portanto, se M for descartado, P1 e P2, em conjunto, podem ser alcançados em um nível superior ao que é factualmente possível. Assim, quando P1 e P2 são considerados em conjunto, o uso de M é proibido. Isso indica que o princípio da adequação é simplesmente uma manifestação do conceito de eficiência de Pareto: uma situação pode ser aprimorada sem prejudicar a outra⁸³.

O segundo elemento, necessidade, impõe que a medida restritiva seja a menos intrusiva possível nos direitos fundamentais. Isso significa que, se houver alternativas menos restritivas que possam alcançar o mesmo objetivo, essas alternativas devem ser preferidas. Este princípio estipula que, entre dois métodos para promover P1, que são amplamente adequados, deve-se optar pelo que menos interfere em P2. Se existe um método que interfere menos e é igualmente adequado, a situação de alguém pode ser melhorada sem custo para os outros. No entanto, a aplicação do princípio da necessidade pressupõe que não existe um terceiro princípio ou objetivo, P3, que seja prejudicado pela adoção do método que interfere menos intensamente em P2. Se essa circunstância ocorrer, o caso não pode ser resolvido apenas com base no optimal de Pareto. Quando os custos são inevitáveis, é necessário um equilíbrio⁸⁴. A ideia subjacente é evitar restrições desnecessárias aos direitos individuais, promovendo assim a proteção desses direitos, “as máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas”⁸⁵.

A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, isto é, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Esta máxima ilustra o que a otimização representa em termos de possibilidades jurídicas. Logo, envolve o equilíbrio entre os benefícios alcançados pela medida restritiva e os prejuízos causados aos direitos fundamentais. Deve haver uma relação justa e ponderada entre os benefícios esperados da

⁸² ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES Mônica Sette (orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 4, 2018. E-book.

⁸³ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 136, 2003.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

⁸⁵ ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES Mônica Sette (orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 4, 2018. E-book.

medida e os impactos sobre os direitos individuais. Essa máxima parcial visa garantir que a restrição imposta seja proporcionada ao objetivo perseguido, evitando medidas excessivamente gravosas⁸⁶.

A ponderação é representada com precisão pela teoria dos princípios através de duas leis: a lei da colisão e a lei da ponderação. A lei da ponderação, originalmente formulada na Teoria dos Direitos Fundamentais, afirma: “quanto maior o grau de não cumprimento ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁸⁷. Esta lei foi posteriormente desenvolvida na fórmula do peso, que tenta representar matematicamente a estrutura da ponderação. “Sua peculiaridade, enquanto regra de solução de caso, justamente reside na intrínseca ligação com a interpretação jurídica, através da qual une a ponderação com a formulação de uma regra”⁸⁸.

A fórmula do peso identifica três fatores em ambos os lados da ponderação entre dois princípios P1 e P2: a intensidade da interferência, o peso abstrato dos princípios e a certeza das suposições empíricas que sustentam a argumentação. A intensidade da interferência é escalonada usando escalas discretas, como a escala leve-média-grave. O importante nas escalas discretas é que não há outros pontos entre seus pontos, ao contrário das escalas contínuas, em que sempre há outros pontos entre quaisquer dois pontos⁸⁹.

Quanto à lei de colisão, é estabelecido que, com base no peso específico do princípio P_i , determinado pela fórmula de peso ($W_{i,j}$), deve-se determinar uma ordem de precedência específica, levando em consideração as circunstâncias do caso. A Fórmula de Radbruch se baseia na diferenciação entre duas condições de precedência. A primeira, C1, é a injustiça que não atinge o patamar de extrema injustiça. A segunda, C2, é a extrema injustiça. Sob a primeira condição, C1, o princípio formal da segurança jurídica prevalece sobre o princípio material da justiça. Sob a segunda condição, C2, o princípio material da justiça tem precedência sobre o princípio formal da segurança jurídica. Segundo a lei do conflito, a consequência da precedência do princípio da justiça sobre o princípio da segurança jurídica em casos de extrema injustiça é que, sob essa condição, deve-se aplicar a consequência exigida pelo princípio da justiça, que é o princípio predominante⁹⁰.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁸ LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 187, 2017. E-book.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 314, 2019. E-book.

⁹⁰ ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES Mônica Sette (orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 9, 2018. E-book.

Dentro do contexto dessas normas, a proporcionalidade desempenha um papel crucial na determinação de como esses direitos serão aplicados em casos concretos. Isso ocorre porque, ao deixar o conteúdo desses direitos em aberto, a teoria de Alexy coloca a responsabilidade sobre o legislador e o intérprete constitucional de ponderar os valores constitucionais relevantes e encontrar soluções proporcionais para os conflitos que surgem⁹¹.

A relação entre as DFAs e o princípio da proporcionalidade é evidente na medida em que a atribuição de conteúdo específico a esses direitos exige uma aplicação cuidadosa dos componentes desse princípio em situações de conflito. Quando o legislador ou o intérprete constitucional estão encarregados de definir o conteúdo de um direito fundamental atribuído em um caso específico, eles devem considerar se a medida proposta é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito⁹².

Um exemplo ilustrativo dessa relação pode ser encontrado nas discussões sobre liberdade de expressão. Embora a Constituição brasileira estabeleça o direito à liberdade de expressão, sua atribuição de conteúdo específico pode variar dependendo do contexto e dos interesses em jogo. Quando confrontado com um caso envolvendo a restrição à liberdade de expressão, o STF, como guardião da Constituição, deve aplicar o princípio da proporcionalidade para determinar se a restrição é justificada à luz dos valores constitucionais em jogo⁹³.

Nesse sentido, é essencial analisar criticamente como o STF tem lidado com a ponderação de valores constitucionais em suas decisões envolvendo DFAs e como essas decisões têm impactado a sociedade brasileira. As implicações práticas desses conceitos no contexto jurídico brasileiro têm sido objeto de debate e análise, e esta pesquisa buscará lançar luz sobre essas questões ao longo de seus capítulos subsequentes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel central na interpretação e aplicação da teoria de Alexy no contexto do direito brasileiro. Ao longo das décadas, o STF tem sido chamado a resolver uma série de casos que envolvem questões fundamentais relacionadas à proteção de direitos individuais e coletivos. São nessas decisões que é possível observar como tal conceito e o princípio da proporcionalidade se tornaram elementos cruciais do discurso jurídico brasileiro.

Um dos aspectos mais notáveis da jurisprudência do STF relacionada a esses direitos é a abordagem flexível adotada pelos ministros. O tribunal reconheceu a importância de adaptar

⁹¹ *Ibid.*, p. 314.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 91, 2008. E-book.

⁹³ *Ibid.*, p. 91.

os direitos fundamentais à realidade em constante evolução da sociedade brasileira. Isso é particularmente relevante quando se considera que os DFAs não vêm com um conteúdo predefinido, mas requerem uma análise contextual e a aplicação do princípio da proporcionalidade em cada caso específico.

Um exemplo emblemático da sua aplicação no Brasil pode ser encontrado na jurisprudência relacionada à liberdade de expressão. Este direito fundamental é frequentemente invocado em casos envolvendo a censura de obras de arte, filmes, peças teatrais ou discussões públicas. O STF, ao enfrentar essas situações, deve equilibrar o direito à liberdade de expressão com outros valores constitucionais, como a dignidade humana e o respeito às minorias.

Em uma decisão marcante, o STF considerou constitucional a exibição de uma peça teatral que retratava Jesus Cristo de forma controversa⁹⁴. Ao fazê-lo, o tribunal reconheceu que a liberdade de expressão desempenha um papel fundamental em uma sociedade democrática, mas também observou a necessidade de ponderar esse direito com outros valores, como a liberdade religiosa. Essa decisão reflete a aplicação dos DFAs uma vez que o tribunal estava encarregado de definir o conteúdo específico do direito à liberdade de expressão em um contexto particular⁹⁵.

Outro campo em que a jurisprudência do STF tem se destacado é o direito à privacidade em um mundo cada vez mais digital. Com a expansão da tecnologia da informação, questões relacionadas à proteção de dados pessoais e à vigilância estatal tornaram-se mais prementes. O STF, ao lidar com casos que envolvem a interceptação de comunicações e a coleta de informações pessoais, tem invocado as DFAs e o princípio da proporcionalidade para estabelecer limites claros à atuação do Estado⁹⁶.

Uma decisão notável foi a que considerou inconstitucional a utilização indiscriminada de informações bancárias dos cidadãos sem autorização judicial. O tribunal reconheceu que, embora o combate à lavagem de dinheiro e outras atividades criminosas seja legítimo, a inviolabilidade da privacidade é um direito fundamental que deve ser protegido⁹⁷. Novamente,

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **RCL n° 38782/RJ**. Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. Relatoria: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 96, 2008. E-book.

⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 423, 2014.

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal (plenário). **ADI n° 2859/DF**. Julgamento conjunto das ADI n° 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto n° 4.545/2002.

a aplicação dos DFAs desempenhou um papel crucial, uma vez que o tribunal teve que determinar o equilíbrio adequado entre a proteção da privacidade e as necessidades legítimas da investigação.

No entanto, a jurisprudência do STF não está isenta de críticas. Algumas vozes argumentam que a flexibilidade na aplicação deste conceito pode levar a decisões inconsistentes e imprevisíveis. Além disso, a ponderação de valores constitucionais em cada caso específico pode gerar controvérsias quanto aos critérios usados pelo tribunal⁹⁸.

Por exemplo, em casos de restrição à liberdade de expressão, críticos argumentam que o tribunal muitas vezes não fornece diretrizes claras sobre como os valores devem ser ponderados, levando a decisões que podem ser interpretadas como arbitrárias. Além disso, a falta de transparência na metodologia de ponderação utilizada pelo STF tem sido alvo de debate acadêmico⁹⁹.

Em resumo, a jurisprudência do STF relacionada aos DFAs e ao princípio da proporcionalidade desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação desses conceitos no contexto brasileiro. As decisões do tribunal têm impacto direto na proteção dos direitos individuais e coletivos, mas também geram debates e críticas sobre a consistência e eficiência do sistema judicial. A análise crítica dessas decisões é essencial para entender o funcionamento prático do conceito e do princípio da proporcionalidade no Brasil¹⁰⁰.

2.1 Críticas à teoria de Alexy

Jürgen Habermas, renomado filósofo e sociólogo, criticou fortemente o modelo de ponderação de Alexy, argumentando que a falta de racionalidade na ponderação decorre de uma construção problemática que busca entrelaçar princípios e valores. Habermas sugere que

Exaurimento da eficácia. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, p. 28, 2016.

⁹⁹ SANTOS, João Vitor Antunes dos. O esvaziamento do princípio da proporcionalidade no STF. **Consultor Jurídico**, p. 3, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-esvaziamento-principio-proporcionalidade-stf/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, p. 96, 2008. E-book.

essa abordagem pode levar a uma inconsistência lógica e prejudicar a coerência do sistema jurídico¹⁰¹.

Alexy propõe a "fórmula da ponderação" como um meio de detalhar a racionalidade por trás do processo de ponderação. No entanto, críticos apontam que o uso de uma fórmula matemática para resolver questões jurídicas complexas é inadequado. A aplicação de um dispositivo matemático pode ser simplista demais para lidar com a complexidade e a subjetividade inerentes a muitas situações jurídicas¹⁰².

A comunidade jurídica, em geral, é reticente em relação à matematização excessiva na teoria do direito. Muitos juristas argumentam que o uso de fórmulas matemáticas pode reduzir a riqueza e a diversidade de argumentos jurídicos, além de ignorar aspectos éticos e morais que não podem ser quantificados¹⁰³.

Luis Fernando Schuartz critica a fundamentação econômica da teoria de Alexy, argumentando que ela foi superada pelas concepções neoclássicas. Schuartz afirma que os agentes econômicos no capitalismo não são capazes de maximizar suas decisões, o que coloca em dúvida a aplicabilidade da teoria de Alexy no contexto econômico.

Schuartz também questiona a viabilidade da maximização de princípios proposta por Alexy. Ele argumenta que essa abordagem pode ser idealista demais, uma vez que na prática, alcançar a maximização de princípios pode ser impraticável, especialmente em sistemas jurídicos complexos e multifacetados. Outros críticos destacam que a teoria de Alexy não oferece uma abordagem satisfatória para lidar com conflitos irreconciliáveis entre princípios. Situações em que dois princípios fundamentais entram em conflito e não podem ser ponderados de maneira objetiva podem desafiar a aplicabilidade da teoria de Alexy¹⁰⁴.

Friedrich Müller também considera a proporcionalidade uma atividade irracional e que conduz ao subjetivismo. Ele afirma que ela não satisfaz as exigências do Estado Democrático de Direito e a considera como uma atividade de valorização vaga e que conduz a "insinuações ideológicas"¹⁰⁵.

Alexy admite que a ponderação incorpora elementos de subjetividade, não assegurando um controle absoluto sobre as decisões judiciais, uma vez que os princípios e valores estão sujeitos à interpretação do intérprete em certa medida. Contudo, algum grau de

¹⁰¹ LIMA, André Canuto de. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, n. 4077, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁰² *Ibid.*, p. 2.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

subjetividade é inerente a toda prática hermenêutica e mesmo na aplicação de regras, pois o juiz sempre precisa avaliar as situações fáticas e jurídicas do caso concreto com base em seus pressupostos. O princípio da proporcionalidade não compromete a segurança jurídica das decisões; pelo contrário, contribui para maximizá-la, pois busca introduzir maior racionalidade a um processo que inerentemente envolve aspectos subjetivos, ou seja, a decisão judicial¹⁰⁶.

Embora as críticas pareçam pertinentes, elas não invalidam a teoria de Alexy. Indubitavelmente, a ponderação descrita por ele representa uma conquista que busca a maximização da realização de princípios sem a necessidade de invalidar qualquer um deles.

2.2 Caso da marcha da maconha (ADI 4274/DF)

No cenário jurídico brasileiro, o tema da liberdade de expressão ganha contornos específicos quando confrontado com casos emblemáticos, como a chamada “Marcha da Maconha”. Este subcapítulo visa explorar as nuances desse caso que, por sua natureza controversa, provocou intensos debates e reflexões sobre os limites da liberdade de expressão no contexto das políticas públicas e do direito constitucional.

A Marcha da Maconha, como expressão de um movimento social, tornou-se um catalisador de questionamentos legais relacionados à liberdade de expressão e às políticas de drogas no Brasil. O STF foi chamado a se posicionar sobre questões fundamentais, como a ponderação entre a proteção da liberdade de expressão e os interesses relacionados à ordem pública e à segurança.

Ao analisar este caso específico, é possível desvelar os desafios enfrentados pelo STF ao aplicar princípios constitucionais em um contexto social complexo e dinâmico. A ADI 4274, portanto, servirá como um estudo de caso elucidativo, permitindo a compreensão das nuances da interpretação judicial diante de questões sensíveis e multifacetadas, em que a liberdade de expressão colide com outros valores jurídicos e sociais.

2.2.1 Resumo do caso

¹⁰⁶ DIAS, Juliana Bolzan Sebe. Análise crítica da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy e da sua eficácia para harmonização de decisões judiciais. *Atuação* v. 14. n. 31, p. 52-75, 2019. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/89/43>. Acesso em: 11 nov. 2023.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), foi um marco importante na discussão sobre a liberdade de expressão e reunião no Brasil. O STF reforçou a legalidade dos eventos conhecidos como “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga¹⁰⁷.

O julgamento, que ocorreu em 23 de novembro de 2011, decidiu por unanimidade que esse tipo de manifestação não pode ser considerado crime previsto no artigo 33, § 2º, da Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006). Isso porque tal interpretação configuraria uma afronta aos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento, previstos na CF.

O Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4274, determinou que o dispositivo da Lei de Tóxicos, que classifica como crime o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga, seja interpretado em conformidade com a CF. Dessa forma, exclui-se da interpretação da norma qualquer significado que enseje a proibição de manifestação e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização de drogas ou de qualquer substância que leve ao entorpecimento episódico ou viciado das faculdades psicofísicas¹⁰⁸.

Segundo o Ministro Ayres Britto, o direito de reunião, assim como os direitos à informação e à liberdade de expressão, faz parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional, tidos como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Ele salientou que vivemos hoje em uma sociedade de informação e de comunicação, em que o ser humano primeiro se informa para melhor se comunicar com seus semelhantes, e o direito de reunião pode ser visto como especial veículo dessa busca de informação para uma consciente tomada de posição comunicacional¹⁰⁹.

De acordo com o relator, existe na Constituição Federal apenas uma única vedação ao direito de reunião, referente àquelas cuja inspiração ou o propósito da convocação ensejem a prática violência física armada ou beligerante. Ele concluiu que qualquer pessoa pode se reunir para o que quiser, no plano dos direitos fundamentais, desde que o faça de forma pacífica. Acrescentou que não se pode confundir a criminalização da conduta (o uso de drogas) com o debate sobre a referida criminalização, que é o propósito da “marcha da maconha”¹¹⁰.

¹⁰⁷ Supremo Tribunal Federal (plenário). **ADI nº 4274/DF**. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. Relatoria: Min. Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

Com a decisão, o STF reforçou o posicionamento firmado em junho do mesmo ano, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Na ocasião, a Suprema Corte liberou a realização da “marcha da maconha”, por entender que o artigo 287, do Código Penal, deve ser interpretado conforme a Constituição, de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas¹¹¹.

Essa decisão foi um marco importante na defesa dos direitos de reunião e liberdade de expressão no Brasil, reforçando a legalidade de manifestações públicas em defesa da descriminalização de drogas. Ela ressalta a importância do debate público e da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, e estabelece um precedente importante para futuras discussões sobre a liberdade de expressão e o direito de reunião no país¹¹².

2.2.2 Considerações sobre os casos descritos

Este foi um caso que o próprio STF classificou como complexo e que pode ser analisado sob a perspectiva da ponderação de direitos fundamentais com caráter principiológico é o objeto da ADI 4274¹¹³, que se repete na ADPF 187¹¹⁴. Em ambos os casos, o tribunal examinou o pedido de interpretação conforme a legislação criminal referente a drogas em relação aos direitos fundamentais de liberdade de reunião e de expressão. A diferença entre as ações constitucionais estava na legislação discutida, sendo, no primeiro caso, o § 2º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, 1544, e no segundo, o art. 287, do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (CP)¹¹⁵.

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). **ADPF nº 187/DF**. Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial. Relatoria: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Supremo Tribunal Federal (plenário). **ADI nº 4274/DF**. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. Relatoria: Min. Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹¹⁴ Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). **ADPF nº 187/DF**. Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial. Relatoria: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹¹⁵ LUDWIG, José Roberto. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral e Razão em Robert Alexy**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 513, 2013.

No meio da imprensa, o tema foi apelidado de “marcha da maconha”. Claramente, isso é uma simplificação de um debate profundo sobre direitos fundamentais e, teoricamente, serve para a análise de acordo com a DFA. Em ambos os casos, o tribunal decidiu pela procedência¹¹⁶.

Na ADPF, a redação essencial do dispositivo é a seguinte:

(...) o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (...)¹¹⁷.

A ADI, por seu turno, tem a seguinte redação:

Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas¹¹⁸.

Quanto aos fundamentos, pode-se perceber, inicialmente, que todos os votos fizeram alguma análise sobre os limites e a possibilidade de restrição de direitos fundamentais de caráter principiológico, descartando, portanto, sua caracterização como regras e a atribuição de absolutidade. A construção dos fundamentos e da forma da restrição, no entanto, não foi uniforme. Houve várias manifestações de que a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais mencionados deveria passar por limites materiais ou substanciais da própria constituição. Na fundamentação dos votos, a maioria se concentrou no desenvolvimento do princípio da liberdade de reunião, mas as construções foram diferentes¹¹⁹.

O Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4274, abordou o direito de reunião como uma projeção da dignidade na cidadania. O Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 187,

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 513.

¹¹⁷ Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). **ADPF nº 187/DF**. Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial. Relatoria: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹¹⁸ Supremo Tribunal Federal (plenário). **ADI nº 4274/DF**. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. Relatoria: Min. Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹¹⁹ LUDWIG, José Roberto. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral e Razão** em Robert Alexy. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 513, 2013.

destacou a relação interna entre o princípio da liberdade de reunião com o princípio democrático e a liberdade de manifestação do pensamento. Nesse ponto, foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, que caracterizou o direito fundamental de liberdade de reunião como individual e, ao mesmo tempo, institucional, não podendo ser dissociado, na interpretação, da liberdade de expressão¹²⁰.

O que parece ter faltado foi uma visão estrutural da ponderação que, implicitamente, o tribunal realizou. A esse respeito, a estruturação da fundamentação da decisão final com base no princípio da proporcionalidade não foi levada a cabo, embora pudesse ter sido feita sem maiores dificuldades. Sobre a proporcionalidade, aliás, houve apenas menções ocasionais. O Ministro Gilmar Mendes apenas mencionou brevemente o juízo de proporcionalidade a ser feito, ainda, quanto à criminalização da maconha e se posicionou, quanto aos limites dessa discussão e da criminalização de outras condutas em geral, a favor do entendimento de que a Constituição Federal de 1988 conteria certos “mandatos de criminalização”¹²¹, o que limitaria o campo do debate e a liberdade de atuação do tribunal¹²².

O Ministro Luiz Fux mencionou que, em casos semelhantes, a intenção de se reunir e realizar marchas para discussão aberta de temas altamente controversos, como a pedofilia, não passaria no teste dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, ele não submeteu expressamente o pedido feito nas duas ações ao mesmo exame. Também não houve clareza nem uniformidade sobre quais princípios opostos seriam considerados no juízo de proporcionalidade da restrição daqueles direitos fundamentais. Alguns bens coletivos foram mencionados de forma isolada, como a “paz social” (Ministro Lewandowski) e a segurança pública, esta pela menção à exigência da pacificidade da reunião e também pelas referências aos fins da persecução penal de condutas¹²³.

Vários temas poderiam ter sido considerados, como os princípios formais. Nesse sentido, a decisão apresenta uma maneira interessante de usar o princípio democrático na fundamentação. Ele não foi concebido como princípio formal, mas como materialmente incorporado na liberdade de reunião e de expressão do pensamento, sugerindo que o tribunal, quanto a esse aspecto, utilizou uma teoria interna do tipo. A conclusão do tribunal foi que as

¹²⁰ *Ibid.*, p. 513.

¹²¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 5, p. 57, 2014.

Mandados de criminalização, de forma resumida, representam a obrigação conferida pela Constituição ao legislador de tornar certas ações ilegais devido à sua importância. Ou seja, devido à sua relevância, o constituinte originário determinou que certos bens jurídicos devem ser salvaguardados pelo direito penal.

¹²² LUDWIG, José Roberto. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral e Razão em Robert Alexy*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 513, 2013.

¹²³ *Ibid.*, p. 514.

razões de limitação opostas – embora não expostas claramente quanto à identidade e peso – não superavam o peso dos princípios de liberdade de reunião e de expressão do pensamento. Por isso, eliminou o fundamento constitucional da criminalização da conduta de quem, pacificamente, reúne-se em praça pública ou faz marcha pública, para discutir ou simplesmente para protestar contra a política criminal referente às drogas ou outros temas¹²⁴.

Em resumo, a decisão parece correta, embora pudesse ter maior transparência e justificabilidade se tivesse sido construída como DFA, ou seja, se tivesse sido estruturada adequadamente quanto à ponderação e se tivessem sido listados os pesos dos princípios incidentes¹²⁵.

2.3 Caso *Ellwanger* (HC n° 82.424-2/RS¹²⁶)

No panorama jurídico brasileiro, o Caso *Ellwanger* emerge como um marco de significativa importância, lançando luz sobre a tensa interseção entre a liberdade de expressão e a proibição da disseminação de ideias que promovam a discriminação e o preconceito. Este subcapítulo se dedica à análise desse caso paradigmático que confrontou o STF com a delicada tarefa de equilibrar a salvaguarda dos direitos fundamentais com a preservação de uma sociedade plural e inclusiva.

O caso envolveu Jonas Ellwanger, autor de obras que propagavam ideias antissemitas, configurando um desafio para o STF ao lidar com a liberdade de expressão em um contexto de conteúdo potencialmente ofensivo e prejudicial à coletividade. A decisão proferida pelo tribunal não apenas repercutiu sobre o caso específico, mas também estabeleceu importantes precedentes sobre a interpretação e aplicação dos limites da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao explorar o Caso *Ellwanger*, este subcapítulo busca compreender as considerações jurídicas, éticas e sociais envolvidas na ponderação de valores constitucionais, evidenciando o papel do STF na delimitação de fronteiras que equacionem a proteção da expressão individual com a preservação da dignidade humana e a promoção de uma sociedade justa e solidária.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 514.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 515.

¹²⁶ Supremo Tribunal Federal. **HC n° 82.424/RS**. Relatoria: Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052&pgI=221&pgF=225>. Acesso em: 11 nov. 2023.

2.3.1 Resumo do caso

O caso Ellwanger, que envolveu o editor gaúcho Siegfried Ellwanger, condenado por racismo em 2003, representa um ponto significativo na jurisprudência dos direitos humanos no Brasil¹²⁷.

Ellwanger era um revisionista histórico que negava o Holocausto judeu durante a Segunda Guerra Mundial. Ele publicava obras como “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, “Minha Luta”, de Hitler, e outros de Sérgio de Oliveira e Gustavo Barroso. Além disso, divulgava livros de sua autoria, como “Nos Bastidores da Mentira do Século”, “S.O.S para Alemanha” e “Acabou o Gás!... O Fim de um Mito”, sob o pseudônimo S.E. Castan¹²⁸.

Em 1992, Ellwanger fundou o Centro Nacional de Pesquisas Históricas (CNPB) para dar respaldo acadêmico ao seu material. Em sua obra “Holocausto Judeu ou Alemão – Nos Bastidores da Mentira do Século” (1987), ele argumentou que não houve câmaras de gás nos campos de concentração, que estes não eram campos de extermínio, mas centros de trabalho forçado. Alegava que o Holocausto judeu era uma mentira fabricada¹²⁹.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou Ellwanger por racismo em 1990. A denúncia foi reiterada em 1995, resultando em busca e apreensão de livros no ano seguinte. Em primeira instância, Ellwanger foi absolvido do crime de racismo, mas a 3ª Câmara do TJ-RS proibiu a distribuição de seus livros. A denúncia foi movida pelo Mopar – Movimento Popular Anti-Racista, um coletivo que incluía representantes do Movimento Judeu, Movimento Negro e Movimento de Justiça e Direitos Humanos¹³⁰.

Em 1996, dois dias após sua condenação, Ellwanger estava vendendo seus livros na Feira do Livro em Porto Alegre. O Mopar apresentou uma nova denúncia, resultando em uma condenação a quase dois anos de reclusão por indução e incitação ao preconceito e discriminação, com base no artigo 20, da Lei nº 7.716/1989. A pena foi comutada em serviços comunitários. Apesar de não ser encarcerado, o caso chegou ao STF por meio do pedido de

¹²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal: um novo começo. **Direito e Práxis**, v. 13, n. 3, p. 1530-1584, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8mNZggkY6vgDHQb8DSyVK5p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 nov. 2023.

¹²⁸ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 53-89, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 5 nov. 2023.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 53-89.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 53-89.

Habeas Corpus nº 82.424, em favor de Siegfried Ellwanger. O argumento da defesa era que seus livros não configuravam racismo, pois os judeus não constituem raça, mas um povo¹³¹.

O STF negou o habeas corpus em 2003, por unanimidade. O relator do caso, Ministro Moreira Alves, entendeu que o crime de racismo é definido pela CF como a “prática de atos resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Nesse sentido, o fato de os judeus serem considerados um povo não os exime da proteção constitucional contra o racismo¹³².

2.3.2 Considerações sobre o caso descrito

Inicialmente, o Habeas Corpus nº 82.424 do Rio Grande do Sul tinha como foco a definição de racismo, explorando se esse conceito abrangia ou não a discriminação contra os judeus. No decorrer do julgamento, contudo, surgiu uma questão crucial: se a discriminação retratada em um livro está dentro da esfera da liberdade de expressão intelectual do autor e do direito de publicar obras ideologicamente engajadas, mesmo que equivocadas. Outra consideração em pauta foi se a incitação ao ódio racial não deveria ser protegida pela constituição e, em vez disso, caracterizaria uma prática criminosa¹³³.

A análise dos votos individuais dos magistrados do STF é uma maneira de revelar os fatores que influenciaram a decisão de negar o pedido de Habeas Corpus ao réu, ilustrando assim como a decisão foi tomada¹³⁴.

Os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence votaram pela manutenção da condenação de Ellwanger¹³⁵. Eles concordaram que as práticas de Ellwanger configuravam racismo social,

¹³¹ MARCONDES, Leonardo Alves. Resumo: o caso Ellwanger. **Ensaio e Notas**, 2018. Disponível em: <https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>.. Acesso em: 5 nov. 2023.

¹³² *Ibid.*, p. 2.

¹³³ REALE JÚNIOR, Miguel. Vista dos limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, v. 11, n. 2, p. 376, 2010.

¹³⁴ BORGES, Gleyciara de Moura; MARTINS, Maria Luiza Pereira. Caso Ellwanger: Uma análise do Habeas Corpus nº 82.424-2 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da técnica de Robert Alexy associada ao giro decolonial latino-americano. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, v. 1, n. 1, p. 214-216, 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Caso-Ellwanger-Uma-ana%CC%81lise-do-Habeas-Corpus-n.-82.424-2-do-Supremo-Tribunal-Federal-sob-a-perspectiva-da-te%CC%81cnica-de-Robert-Alexy-as-sociada-ao-giro-decolonial-latino-americano.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹³⁵ MORI, Letícia. Como o julgamento de neonazista gaúcho em 2003 determinou como Brasil vê a liberdade de expressão. **BBC News Brasil**, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60353371>. Acesso em: 6 nov. 2023.

consagrado pelo Supremo no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82424 – Caso Ellwanger – considerando que essas condutas são atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo judeu¹³⁶. Por outro lado, os ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Marco Aurélio votaram a favor da concessão.

Os ministros basearam suas decisões em várias teorias. Moreira Alves aceitou o argumento da defesa de que os judeus não podem ser considerados uma raça, pois a única raça existente é a humana, o *Homo sapiens*. Ayres Britto justificou seu voto a favor da concessão do Habeas Corpus com base no fato de que a lei que tipifica o crime de racismo foi promulgada após Ellwanger ter cometido o delito. Marco Aurélio votou a favor da concessão do Habeas Corpus a Siegfried Ellwanger, argumentando que ele não incitou violência contra os judeus, apenas exerceu seu direito de liberdade de expressão¹³⁷.

Os votos contrários à concessão do Habeas Corpus foram fundamentados em diversos conceitos. Carlos Velloso rejeitou o Habeas Corpus, pois, ao analisar as obras, concluiu que estas possuíam teor racista. Maurício Corrêa declarou que, embora a genética tenha eliminado o conceito de raça, essa expressão ainda é utilizada como resultado de questões político-sociais para descrever um processo de intolerância entre os seres humanos. Nelson Jobim votou contra o Habeas Corpus, argumentando que os livros editados por Ellwanger tinham a intenção de promover práticas racistas. Celso de Mello negou o Habeas Corpus, alegando que “só há uma raça: a espécie humana” e que qualquer argumento racista atenta contra a dignidade humana. Ellen Gracie fundamentou seu voto com base no texto da Enciclopédia Judaica, especialmente no que diz respeito à definição de raça¹³⁸. Cezar Peluso sustentou sua argumentação com o seguinte testemunho: “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”. Sepúlveda Pertence expôs que o livro pode ser meio para a prática de racismo¹³⁹.

O Ministro Gilmar Mendes apresentou um voto de 35 páginas, no qual analisou a abrangência do termo “racismo” conforme utilizado pelo constituinte no artigo 5º, inciso XLII, da CF. Para que a conduta antissemita atribuída ao paciente fosse considerada

¹³⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹³⁷ BORGES, Gleyciara de Moura; MARTINS, Maria Luiza Pereira. Caso Ellwanger: Uma análise do Habeas Corpus nº 82.424-2 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da técnica de Robert Alexy associada ao giro decolonial latino-americano. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, v. 1, n. 1, p. 215-216, 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Caso-Ellwanger-Uma-ana%CC%81lise-do-Habeas-Corpus-n.-82.424-2-do-Supremo-Tribunal-Federal-sob-a-perspectiva-da-te%CC%81cnica-de-Robert-Alexy-as-sociada-ao-giro-decolonial-latino-americano.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 215-216.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 214-216.

imprescritível, era crucial que o racismo fosse interpretado como um conceito amplo, incorporando o antissemitismo. Mendes concluiu que, do ponto de vista histórico, sociológico e cultural, o racismo é um fenômeno multifacetado, abrangendo formas diversas, inclusive a discriminação contra judeus. Além disso, o ministro abordou a importância de verificar se a decisão condenatória, ao classificar a conduta do paciente como racismo, respeitava o princípio da proporcionalidade¹⁴⁰.

A proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, requer que os meios utilizados para alcançar um objetivo sejam adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito. Mendes concluiu que a decisão condenatória atendeu os critérios da proporcionalidade, sendo adequada para proteger os judeus contra a discriminação, necessária por não haver outro meio menos intrusivo para alcançar tal objetivo, e proporcional em sentido estrito, considerando que os benefícios de proteger os judeus superavam os custos de condenar o paciente. Portanto, o voto do Ministro Gilmar Mendes favoreceu a manutenção da decisão condenatória, uma vez que ele entendeu que ela estava em conformidade com os requisitos constitucionais¹⁴¹.

Portanto, fica evidente a necessidade de ponderação em caso de conflito entre princípios, que possuem peso variável de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso¹⁴². Isso ocorre porque, como Humberto Ávila explica, a aplicação de um princípio depende dos princípios que se opõem a ele, e o conteúdo de um princípio só pode ser determinado diante dos fatos. Percebe-se que é necessário um equilíbrio de bens, que é realizado pela atribuição de pesos a elementos interligados. Para o intérprete, existe um dever de proporcionalidade na aplicação dos princípios, um equilíbrio de bens¹⁴³.

Este exame do postulado da proporcionalidade, na expressão de Humberto Ávila, deve ser realizado para verificar se: é um meio minimamente adequado ao fim a que se destina; é necessário porque não existem outros meios de igual eficácia; a importância do fim justifica a intensidade do direito restringido¹⁴⁴.

José Joaquim Gomes Canotilho entende que pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, examina-se “[...] se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, portanto, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim”¹⁴⁵.

¹⁴⁰ NOGUEIRA, Laudivon de Oliveira. **Direitos fundamentais, colisões, intervenções estatais e métodos de solução**: análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 149-155.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, p. 30, 1989.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 2, n. 215, p. 88, 1999.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 120.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 382, 1996.

A ponderação, como forma de resolver conflitos por meio da máxima ou do postulado da proporcionalidade, só pode partir do caso concreto em suas circunstâncias específicas, pois em abstrato, diz Luis Prieto Sanchis, é impossível decidir por uma preferência, que prevalecerá em um caso e não em outro, no qual terá primazia o seu contrário. Por isso, ele fala em hierarquia móvel, como formulação de uma declaração referida ao caso concreto, sem estabelecer uma hierarquia de direitos *a priori*, mas de uma preferência relativa ao caso concreto, que não exclui uma solução diferente em outro caso¹⁴⁶.

A ponderação se apresenta, portanto, como uma ferramenta adequada para resolver um jogo entre princípios que em abstrato podem conviver, mas que são potencialmente contraditórios, como é o exemplo da liberdade de expressão e a proteção à honra, que devem ser devidamente ponderados em cada caso¹⁴⁷.

Assim, conclui-se que “[...] a ponderação leva a uma exigência de ponderação que implica em estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto”¹⁴⁸, sem admitir a aplicação de uma ordem rigidamente hierarquizada, mas reconhecendo que a solução dada pode se repetir e consistir em um modelo de ponderação, criado a partir de casos concretos com vocação para a permanência. Nessa tarefa do intérprete, especialmente do juiz, é feita uma negociação entre valores sem que, como já mencionado, possa se garantir a fuga de um subjetivismo, muitas vezes, a partir de pressupostos ideológicos. O recurso à ponderação, na hipótese de se reconhecer a ocorrência de um conflito de valores constitucionais, apresenta-se como a única alternativa possível¹⁴⁹, apesar de não ser “[...] o manto da ponderação uma terapia segura que evite aberrações morais ou tontices ou um decisionismo vazio de toda a ponderação”¹⁵⁰.

Esse subjetivismo é verificado de forma clara na análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, ambos baseados na análise do caso concreto, a partir da máxima da proporcionalidade em suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, embora o princípio da proporcionalidade não seja uma ferramenta totalmente eficaz para eliminar a discricionariedade dos profissionais do Direito, o uso

¹⁴⁶ SANCHIS, Luís Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPOR-TA, Francisco (Coord.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 232, 2003.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 232.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 232.

¹⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Vista dos limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, v. 11, n. 2, p. 364-401, 2010.

¹⁵⁰ SANCHIS, Luís Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPOR-TA, Francisco (Coord.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 245, 2003.

rigoroso de seus três exames deve ser capaz de limitar significativamente o arbítrio, fornecendo critérios para uma fundamentação razoável¹⁵¹. O jurista suíço Max Huber já alertava que o grande risco da proporcionalidade é que, quando usada de maneira imprudente e sem o verdadeiro critério de seu entendimento e alcance, sua essência acaba sendo diminuída¹⁵².

Em resumo, a jurisprudência do STF relacionada aos DFAs e ao princípio da proporcionalidade desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação desses conceitos no contexto brasileiro. As decisões do tribunal têm impacto direto na proteção dos direitos individuais e coletivos, mas também geram debates e críticas sobre a consistência e eficiência do sistema judicial. A análise crítica dessas decisões é essencial para entender o funcionamento prático do conceito e do princípio da proporcionalidade no Brasil¹⁵³.

¹⁵¹ SANTOS, João Vitor Antunes dos. O esvaziamento do princípio da proporcionalidade no STF. **Consultor Jurídico**, p. 3, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniaao-esvaziamento-principio-proporcionalidade-stf/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Forense, p. 20, 1980.

¹⁵³ LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 188, 2017. E-book.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a análise abrangente dos limites da liberdade de expressão no contexto jurídico brasileiro, à luz dos direitos fundamentais de Alexy, proporcionou uma compreensão profunda e crítica das dinâmicas envolvidas nas decisões do STF. Embora o princípio da proporcionalidade tenha emergido como uma ferramenta crucial, sua aplicação nem sempre reflete a criteriosa consideração das sub máximas defendidas pela doutrina predominante.

Ao percorrer a construção histórica-conceitual dos direitos fundamentais e da liberdade de expressão como um direito fundamental atribuído, e ao explorar casos paradigmáticos do STF, evidenciou-se a necessidade de uma análise mais apurada no que diz respeito à coerência e consistência nas decisões judiciais. A teoria de Alexy, notadamente o conceito de DFA, revelou-se efetiva na interpretação das normas constitucionais brasileiras, especialmente no contexto da liberdade de expressão, superando as controvérsias iniciais.

A operacionalidade, utilidade e eficiência da teoria de Alexy foram confirmadas, proporcionando uma estrutura mais transparente e racional para a ponderação de princípios em conflito. Apesar das críticas, a aceitação parcial da racionalidade da ponderação e da teoria dos princípios contribuiu para uma abordagem mais fundamentada nas decisões judiciais.

Ademais, a aplicação da teoria de Alexy gerou ganhos significativos, incluindo a possibilidade de normas de direito fundamental não expressas no texto constitucional, a caracterização dessas normas como regras sujeitas à subsunção, a criação de posições jurídicas subjetivas definitivas e a formação de precedentes úteis para o desenvolvimento dogmático e jurisprudencial. Portanto, a utilização da teoria de Alexy revelou-se não apenas favorável, mas também essencial para uma compreensão mais aprofundada e consistente dos direitos fundamentais no contexto jurídico brasileiro.

Em suma, o DFA não apresenta mais problemas (nem problemas mais graves) do que aqueles que se propõe a resolver; e, em resumo, há ganhos importantes e mais específicos a serem destacados: (1) agora pode-se afirmar com alguma base que são possíveis normas de direito fundamental não estabelecidas diretamente no texto constitucional; (2) que tais normas, resultantes da ponderação de princípios em conflito, têm caráter de regras e são passíveis de subsunção de casos concretos; (3) que podem gerar posições jurídicas subjetivas definitivas; (4) que podem configurar precedente para casos similares e, enquanto expressão

de relações de precedência, podem formar redes úteis para fins dogmáticos e jurisprudenciais. Portanto, tudo indica que sua utilização é favorável¹⁵⁴.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 189.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008. E-book.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES Mônica Sette (orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal: um novo começo. **Direito e Práxis**, v. 13, n. 3, p. 1530-1584, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8mNZgkY6vgDHQb8DSyVK5p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 nov. 2023.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 2, n. 215, p. 151-179, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: FARIA, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil constitucional em concreto**. Salvador: **JusPODIVM**, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Forense, 1980.

BORGES, Gleyciara de Moura; MARTINS, Maria Luiza Pereira. Caso Ellwanger: Uma análise do Habeas Corpus nº 82.424-2 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da técnica de Robert Alexy associada ao giro decolonial latino-americano. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, v. 1, n. 1, p. 208-229, 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Caso-Ellwanger-Uma-ana%CC%81lise-do-Habeas-Corpus-n.-82.424-2-do-Supremo-Tribunal-Federal-sob-a-perspectiva-da-t%CC%81cnica-de-Robert-Alexy-associada-ao-giro-decolonial-latino-americano.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n. 1, p. 137-172, 2022.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista De Informação Legislativa**, v. 48, n. 191, p. 167-189, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

DIAS, Juliana Bolzan Sebe. Análise crítica da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy e da sua eficácia para harmonização de decisões judiciais. **Atuação** v. 14, n. 31, p. 52-75, 2019. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/89/43>. Acesso em: 11 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 53-89, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 5 nov. 2023.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: teorias, fundamentos e análises de casos. **Direito e Práxis**, v. 8, n. 1, p. 113-137, 2020.

LIMA, André Canuto de. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, n. 4077, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 11 nov. 2023.

LUDWIG, José Roberto. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral e Razão em Robert Alexy**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

LUDWIG, José Roberto. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

MARCONDES, Leonardo Alves. Resumo: o caso Ellwanger. **Ensaio e Notas**, 2018. Disponível em: <https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 5, p. 43-68, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, n. 35, p. 147-166, 2012.

MORI, Letícia. Como o julgamento de neonazista gaúcho em 2003 determinou como Brasil vê a liberdade de expressão. **BBC News Brasil**, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60353371>. Acesso em: 6 nov. 2023.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NOGUEIRA, Laudivon de Oliveira. **Direitos fundamentais, colisões, intervenções estatais e métodos de solução**: análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 2016.

PEREIRA, Renato José Dias; OTAVIANO, Luiz Renato Telles. Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy em análise com fulcro na Constituição Federal de 1988. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1240>. Acesso em: 16 set. 2023.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. Vista dos limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, v. 11, n. 2, p. 364-401, 2010.

SANCHIS, Luís Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPOR-TA, Francisco (Coord.). **Constitución**: problemas filosóficos. Madri: Centro de estudos políticos y constitucionales, 2003.

SANTOS, João Vitor Antunes dos. O esvaziamento do princípio da proporcionalidade no STF. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-esvaziamento-principio-proporcionalidade-stf/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SILVA, Pericles Batista. A democracia e os direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, n. 3394, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22817>. Acesso em: 12 nov. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.