

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE REUNIÃO E A POSIÇÃO DE PRECEDÊNCIA

## FREEDOM OF EXPRESSION AND REUNION AND THE PRECEDENCE POSITION

*Janete Ricken Lopes de Barros<sup>i</sup>*

*Olavo Irineu de Araújo Neto<sup>ii</sup>*

**RESUMO:** O trabalho analisa o julgamento do STF no qual se debateu o direito fundamental de liberdade de expressão e de reunião, a fim de estabelecer se há ocupação de posição de precedência desses direitos na ordem constitucional. Busca-se estabelecer se há essa posição pelas funções exercidas pelos direitos fundamentais diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se que o sopesamento entre direitos fundamentais é realizado no caso concreto por meio do juízo de ponderação. Ao final, afirma-se que é possível no exercício das liberdades verificar um maior peso em abstrato de alguns direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão e de reunião, como alicerces da ordem constitucional e da democracia.

**PALAVRAS-CHAVES:** direitos fundamentais, funções, liberdade de expressão, liberdade de reunião, interpretação conforme, posição de precedência e juízo de ponderação.

**ABSTRACT:** This article analyzes the judgment of the Brazilian Supreme Court whereupon discusses the fundamental right of freedom of expression and reunion, with the purpose to establish whether there is occupying a precedence position in those constitutional rights. The aim is establish whether this position for their duties fundamental rights directly linked to the principle of human dignity. It appears that the fundamental between balances is performed in this case by means of trial weighting. In the end, it is stated that it is possible to check the exercise of freedoms greater weight in the abstract of certain fundamental rights, such as freedom of expression and reunion, as foundations of the constitutional order and democracy.

**KEYWORDS:** fundamental rights, functions, freedom of expression, freedom of reunion, according interpretation, precedence position and weighing judgment.

### Introdução

A liberdade de reunião tem assento constitucional no artigo 5<sup>a</sup>, XVI, que estabelece que todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

A exigência de prévio aviso à autoridade não se trata de restrição, mas sim de ordem para que os organismos policiais adotem medidas de proteção aos participantes da reunião, para que outras pessoas que se oponham às ideias que naquela ocasião serão debatidas não venham a inviabilizar a reunião.

A liberdade de expressão ocupa espaço tanto na dimensão negativa quanto na dimensão positiva dos direitos fundamentais. Na dimensão negativa encontra amparo na necessidade de salvaguarda da autonomia individual livre de interferência estatal, enquanto na positiva se apresenta como elemento de manutenção do regime democrático. Dessa forma, a liberdade de expressão é aclamada como um dos direitos mais relevantes da modernidade<sup>iii</sup>.

Virgílio Afonso da Silva trata das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais para abordar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

A definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode ser abordada, inicialmente, a partir de dois enfoques: o objetivo e o subjetivo. No primeiro caso trata-se de uma análise acerca do direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo; no segundo o que o importa é investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.<sup>iv</sup>

Para tratar dos direitos de expressão e de reunião será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187<sup>v</sup> ajuizada pela Procuradora-Geral da República, em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, na qual se requer seja dado ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, a fim de “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” (ADPF 187/DF, p. 14).

O problema a ser enfrentado é saber se há direitos fundamentais que recebem uma proteção *prima facie* frente a outros direitos, diante do reconhecimento de um peso em

abstrato alto, que impõe um dever positivo do Estado, a partir da premissa que todos os direitos são restringíveis e em situação de conflito serão submetidos ao juízo de ponderação.

Para Alexy, existem diversas categorias teóricas quanto aos direitos fundamentais: os direitos fundamentais garantidos sem reserva, os direitos fundamentais com reserva simples e os direitos fundamentais com reserva qualificada. Mas “quando surgem dúvidas, um sopesamento é inafastável”<sup>vi</sup>, isso quer dizer que mesmo sendo alguns direitos fundamentais a primeira vista superiores a outros sempre deve imperar a regra do sopesamento de princípios no caso concreto, nisso percebe-se a questão pragmática dos direitos fundamentais na teoria Alexyana, atrelada à questão do debate entre o peso em abstrato e o peso em concreto dos direitos fundamentais. Esse peso teria um caráter axiológico, a exemplo da dignidade da pessoa humana que na análise do caso concreto pode ter um peso menor em face do bem da coletividade ou do interesse público. Com relação à precedência, Alexy<sup>vii</sup> assevera:

Mas, por razões óbvias, essa discussão sobre validade é menos frequente que a discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios. As discussões sobre os acerca da máxima in *dubio pro libertate*, por exemplo, dizem respeito a pesos abstratos, já que a máxima expressa à precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual. Já o debate sobre a solução correta para casos individuais de direitos fundamentais diz respeito sobretudo a sopesamentos ou precedências concretas.

E é no exercício desses direitos que a jurisdição constitucional é provocada para resolver os casos difíceis, consistente em colisão entre direitos fundamentais e dando o valor adequado a cada um dos direitos, razão pela qual se analisará a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF que trata dos direitos de expressão e de reunião.

As principais categorias teóricas que serão tratadas neste artigo são extraídas do pedido posto na ADPF 187/DF que são a adequação da ação designada por arguição de descumprimento de preceito fundamental e seu alcance, o direito fundamental de reunião e de liberdade de expressão, a interpretação conforme a Constituição, a posição preferencial de determinados direitos fundamentais e o juízo de ponderação.

## **2 A ADPF 187 DF**

Colacionam-se inicialmente algumas características da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim entender a adequação da medida adotada pela Procuradora-Geral da República, a saber:

Como típico instrumento do modelo concentrado de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto da lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levam à impugnação de lei ou ato normativo.<sup>viii</sup>

Essas funções são extraídas da própria lei que regulamentou o instituto da ADPF, nos termos do art. 1º:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.  
Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:  
I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Assim, foi ajuizada a ADPF 187/DF, diante da clara relevância em ter do órgão que dá a última palavra em interpretação constitucional o entendimento acerca da legitimidade de manifestações públicas, quando se tem uma política adotada pelo legislador que envolve a proibição e a criminalização das drogas.

A demanda foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal para processamento, ainda, diante da presença do requisito da subsidiariedade, quer seja, não há outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.

Não é tarefa fácil indicar quais os preceitos fundamentais da Constituição que autorizem a utilização da ADPF. Entretanto, não há dúvidas que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional<sup>ix</sup>. É o caso das liberdades de expressão e de reunião previstas no rol dos direitos e garantias individuais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

...

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Nos argumentos destacados pela Procuradora-Geral da República na exordial da ação em questão ficou atestado de que não está em discussão a política nacional de combate às drogas implantada pelo legislador brasileiro, mas sim o afastamento de interpretação do art. 287 do Código Penal, que venha a gerar restrições indevidas aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

Percebe-se da petição inicial como origem da preocupação as diversas decisões que têm sido tomadas invocando o preceito do art. 287 do Código Penal que prevê:

**Apologia de crime ou criminoso**

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

A Procuradoria entende que as decisões que vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas empregam argumento equivocado de que a defesa desta ideia constituiria apologia de crime, e por essa razão evidencia-se a necessidade da interpretação conforme requerida na ADPF 187/DF.

Presentes, portanto, os requisitos processuais, o tema discutido pelo STF é tão-somente a constitucionalidade da realização de manifestações ou eventos públicos em que se faça a defesa explícita da descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, como é o caso da assim denominada “Marcha da Maconha”<sup>x</sup>.

Importante ressaltar que a decisão proferida em ação de descumprimento de preceito fundamental deve ter por parâmetros as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade concentrado e terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99.

O Ministro Celso de Mello assume no início do voto que o caso em debate na ADPF<sup>xi</sup> é um tema de magnitude inquestionável, porque concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião. Passa-se, assim, a verificar a posição desses direitos na categoria direitos fundamentais<sup>xii</sup>.

### 3 Liberdade de reunião e de livre expressão do pensamento

Os direitos fundamentais são decorrentes de um princípio mais abrangente - o princípio da dignidade da pessoa humana - e integram o desenvolvimento da pessoa<sup>xiii</sup>, conforme afirma Antonio Francisco de Souza<sup>xiv</sup>,

No Estado de Direito, a participação do cidadão no processo de formação da vontade política apresenta-se como um aspecto fundamental da realização da dignidade humana. A liberdade de reunião e de manifestação também visa combater o isolamento do particular e garantir o desenvolvimento em grupo da sua personalidade (o homem como ser eminentemente social). A integração social e a atividade conjunta com outros seres humanos constituem uma necessidade fundamental da pessoa humana, reconhecida expressamente na Constituição portuguesa.

Diante da complexidade do sistema de direitos fundamentais, Gilmar Mendes afirma que são necessários esforços para precisar os elementos essenciais dessa categoria e esclarece que:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático<sup>xv</sup>.

Decorre desses ensinamentos a dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. Com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o conteúdo essencial desses direitos deve ser definido observado o significado do direito para a vida social como um todo, por isso o direito de reunião tem uma carga objetiva marcante.<sup>xvi</sup>

Entretanto, a proteção dos direitos fundamentais no enfoque objetivo, segundo Virgílio Afonso da Silva, não oferece praticamente proteção alguma além daquelas que já decorrem automaticamente da ideia de cláusulas pétreas:

Para casos individuais ou mesmo para casos gerais em que a restrição não põe em risco o direito fundamental em seu sentido “para o todo social”, mas pode implicar total eliminação em situações concretas, o enfoque objetivo

não oferece proteção alguma. Por isso, deve ser complementado por um enfoque subjetivo.

É importante identificar, portanto, a necessidade de proteger o direito de expressão também a partir de uma perspectiva subjetiva e individual, conforme afirma Virgílio Afonso da Silva:

Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.<sup>xvii</sup>

O direito a ações negativas do Estado, também chamado de direito de defesa, consiste em que o Estado não impeça ou dificulte as ações do titular do direito, não afete determinadas características ou situações do titular e, ainda, que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas desse titular.

Acerca das funções exercidas, Ingo Sarlet<sup>xviii</sup> também afirma que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público. Os direitos fundamentais passaram a se apresentar como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas de interesses individuais.

Na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy<sup>xix</sup> identifica-se esse avanço da concepção liberal clássica do direito centrado apenas na defesa e apresenta os direitos fundamentais como direitos subjetivos, correspondendo a posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado, não podendo esse eliminar tais posições do titular do direito, para tanto estabelece uma tríplice divisão das posições: direito a algo, a liberdades e a competências<sup>xx</sup>.

O direito de reunião está ligado intimamente à liberdade de expressão e ao sistema democrático, conforme ensina Paulo Gonet:

A livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia de liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na

vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma vontade de ação estatal<sup>xxi</sup>.

Verifica-se, portanto, que além do caráter subjetivo, o direito de reunião exerce função positiva, uma vez que é instrumento capaz de formação de ação estatal, e essa dupla função pode se apresentar como precedência concreta na discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios.

O direito de expressão se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente e para José Afonso da Silva<sup>xxii</sup> “essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presente ou ausentes.” Inclusive a pessoa tem o direito de não manifestar o pensamento, o direito de ficar calado, e “o direito de ficar calado passou a ser um direito individual inscrito na Constituição; quando, no art. 5º, LXIII declara que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”.

Tem-se no art. 5º, IV, da Constituição Federal que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Nessa seara, o artigo 200 estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

Tratando do conteúdo da liberdade de expressão, Paulo Gonet buscando os ensinamentos de Ulrich Karpen, informa que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista<sup>xxiii</sup>.

Observa-se o cuidado em apontar que todo princípio é passível de restrições quando em colisão com outros princípios. O que se coloca neste estudo é se temos na ordem constitucional alguns direitos que apresentam condições concretas de precedência, que independentemente do sopesamento no caso concreto já recebem proteção *prima facie*?

Nos debates da ADPF 187/DF, infere-se voto do Ministro Marco Aurélio a importância dada ao direito fundamental da liberdade de expressão, nos termos do trecho que se transcreve:

No sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se “existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas” – este trecho foi formalizado no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*. O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o direito à liberdade de expressão. Isso porque, acrescento, tal direito é alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático – genuíno pilar do Estado Democrático de Direito.

(...) Concluo que a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão<sup>xxiv</sup>.

Aqui o direito de expressão é tratado como o alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático, e como pilar do Estado Democrático de Direito, apontando a posição preferencial dada a esse direito na ADPF 187. Imaginando-se a figura de uma pirâmide, só não estaria no topo pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda repercutindo o direito fundamental à liberdade de expressão, assim assevera o Ministro Luiz Fux em seu voto:

O que não se pode admitir é a repressão estatal ao livre exercício da manifestação do pensamento, máxime em questões tão candentes como a que ora se examina. Restringir manifestações públicas relacionadas com a reformulação da legislação penal significa subtrair da sociedade civil a possibilidade de, espontaneamente, eleger os temas que devem ser democraticamente submetidos à discussão, conferindo-se ao Estado o despótico papel de organizar a agenda social, definindo o momento e as condições em que as ideias serão levadas ao debate<sup>xxv</sup>.

Verifica-se a preocupação latente nos votos dos ministros da não imposição de qualquer restrição nas manifestações públicas, não importando se o conteúdo a ser discutido nessas ocasiões traga desconforto ou repulsa a maioria. Portanto, não é da essência da discussão se a droga discutida é a maconha ou qualquer outra substância entorpecente, mas sim a possibilidade irrestrita de ventilação das ideias, podendo ou não a vir ser modificada a legislação em vigor.

#### **4 A Interpretação conforme e as limitações ao direito de reunião**

O objeto da ADPF 187/DF foi a interpretação conforme à Constituição da regra infraconstitucional contida no art. 287 do Código Penal. Importante, assim, verificar quais os significados dessa expressão e como o Supremo Tribunal Federal se utiliza no exercício da jurisdição constitucional da interpretação conforme para criar limites à liberdade de reunião, que inicialmente só estaria limitada pelas previsões constitucionais de fins lícitos e sem uso de armas.

O princípio da interpretação conforme informa que as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais, o que traz a característica dos efeitos de irradiação dos direitos fundamentais na ótica da dimensão objetiva.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento assevera que a eficácia irradiante tem na interpretação conforme a Constituição um dos seus mais férteis instrumentos e que essa forma de interpretação desempenha dois papéis. Um papel de princípio hermenêutico e outro de mecanismo de controle de constitucionalidade:

Como princípio hermenêutico, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambiguidade de determinada posição legal, opte pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a resultante da exegese mais óbvia do preceito. Com isso ela permite que, por um lado, se mantenha a norma jurídica no ordenamento, em reverência à presunção de constitucionalidade das leis haurida da legitimidade democrática do legislador, mas que por outro, se elimine a sua potencial desarmonia com o texto magno<sup>xxvi</sup>.

E, como mecanismo de controle de constitucionalidade,

a interpretação conforme à Constituição – hoje expressamente prevista em lei (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99) – possibilita que o Supremo Tribunal Federal, na fiscalização abstrata dos atos normativos, elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades exegéticas de determinada norma, sem redução de texto.

Logo no início do voto o Relator, Ministro Celso de Mello, delimitou o tema em debate da ADPF 187/DF como sendo a proteção de duas liberdades individuais: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, e qualquer limite a ser aceito a esses direitos estabelecidos é o que já está expresso no texto constitucional,

Antes de analisar o mérito, desejo enfatizar que este processo não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas, ou supostas virtudes medicinais, ou, ainda, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, ao contrário, busca-se, nesta causa, proteção a duas liberdades individuais de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento.

(...)

Bastante clara, portanto, a posição do Tribunal no sentido de que se está garantindo a incolumidade, a integridade do exercício desses direitos, observados, evidentemente, os limites que a própria Constituição estabelece<sup>xxvii</sup>.

O ministro Ayres Britto ressaltou as limitações encontradas no texto constitucional para o direito de reunião debatidas na ADPF 187/DF:

O Ministro Celso de Mello - lembrando a fala de um dos advogados que fizeram uso da tribuna - lembrou que só há duas exceções: Estado de Defesa e Estado de Sítio. A Constituição realmente impõe restrições à liberdade de reunião, mas nessas duas situações excepcionais reveladoras de um estado institucional crítico, de crise, de anormalidade institucional.

Para José Afonso da Silva existe “apenas uma limitação: que a reunião seja sem armas; e uma exigência: que se dê prévio aviso à autoridade”. Ainda assim esse aviso tem o intuito que a autoridade garanta a realização da reunião:

Aliás, a liberdade de reunião é daquelas que podemos denominar de liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação do pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política, e de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar)<sup>xxviii</sup>.

Extraí-se, ainda, da interpretação conforme o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, o que vem a reforçar a eficácia dos direitos fundamentais e a ideia de posição preferencial de alguns direitos, a exemplo dos direitos de expressão e de reunião.

No direito americano, pode-se verificar nos julgamentos de casos que tratam da liberdade de expressão a posição de preferência desse direito dada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, não aceitando restrições, conforme observa Sergio Fernando Moro:

Merecem destaque, em particular, suas teorias acerca da liberdade de expressão. Segundo HOLMES, a liberdade de expressão não pode ser restringida nem mesmo quando envolve incitação ou apologia a ações ilegais. Há a necessidade ainda de que discurso da espécie possa efetivamente resultar na ação ilegal. Trata-se do teste denominado *clear and present danger* formulado inicialmente em *Schenk v. United States*, de 1919.  
<sup>xxix</sup>

Sergio Fernando Moro comenta a posição de Holmes e ressalta que os direitos fundamentais não podem ser de todo funcionalizados, ou seja, postos em relação a determinados fins:

Não é difícil defender o exercício de direitos fundamentais que contam com amplo apoio popular. Os casos difíceis surgem quando os direitos fundamentais entram em colisão com legítimos interesses comunitários. Nesses casos é que as Cortes podem mostrar seu valor, optando fundamentalmente por um e outro. Se é certo que os direitos fundamentais não são absolutos, também é correto que não podem ser sacrificados sempre que colidirem com interesses comunitários, com o que restaria descaracterizada a idéia central do Estado de Direito, de que o indivíduo é um fim em si mesmo, o que gera a obrigação de que seus direitos sejam levados a sério<sup>xxx</sup>.

Na conclusão do voto do relator, o Ministro Celso de Mello<sup>xxxi</sup> julgou procedente a ADPF 187/DF “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”, nos termos do pedido, utilizando a interpretação conforme como mecanismo de controle de constitucionalidade.

Fundamenta suas conclusões essencialmente na imposição de “construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento não seja reprimido”.<sup>xxxii</sup>

## **5 Posição de precedência e juízo de ponderação**

A liberdade de expressão desempenha um papel essencial para o Estado Constitucional Democrático de Direito, na medida em que impulsiona a realização dos demais direitos fundamentais, notadamente por meio do direito de reunião, oportunidade em que os integrantes da sociedade manifestam suas opiniões.

Importante revisitar que, em sua origem, os movimentos pela liberdade de expressão buscavam a separação entre a Igreja e o Estado, para que fosse possível divergir dos dogmas religiosos impostos, dos quais a sociedade não participou da formação. Assim, Simone Schreiber, visualiza duas vertentes para a justificativa teórica da liberdade de expressão:

No estudo da justificativa teórica da liberdade de expressão, é profícuo agregar as diversas teorias em dois grandes grupos: os que defendem que a liberdade de expressão deve ser protegida por ser um instrumento importante para a coletividade ou para a democracia; e os que ressaltam tratar-se de um

direito individual, imprescindível à auto-realização pessoal, que deve ser protegido independentemente de considerações sobre a realização dos interesses da coletividade.<sup>xxxiii</sup>

Constatando as diferentes premissas que podem levar à proteção do direito de expressão, verifica-se que a proteção *prima facie* dada a esse direito vai depender fundamentalmente do peso em abstrato e da confiabilidade e reconhecimento desse direito no caso concreto quando em colisão com outros valores constitucionais. “Nesse sentido, cláusulas que independem de sopesamento podem, em alguma medida, servir como regra geral, mas sua correção dependente dos sopesamentos que a elas subjazem”<sup>xxxiv</sup>.

A doutrina de posição preferencial dos direitos fundamentais na jurisprudência norte-americana foi estudada por Letícia de Campos Martel à luz do devido processo legal substantivo<sup>xxxv</sup>, tratada também como hierarquização dos direitos fundamentais, colocando alguns em posição privilegiada com relação a outros, nos seguintes termos:

Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per si. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade.<sup>xxxvi</sup>

No caso da ADPF 187/DF, a liberdade de expressão esteve em posição preferencial por se tratar de instrumento importante para a manutenção da democracia e estar em conflito com uma norma infraconstitucional, no qual foi possível estabelecer a melhor interpretação daquela norma.

Nessa mesma esfera de proteção, pode-se citar o julgamento do Recurso Extraordinário 511.961/SP<sup>xxxvii</sup> no qual foi debatida a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalismo e decidido que o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação no estado democrático, conquanto a exigência de diploma viola o direito de liberdade de expressão, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já no âmbito de proteção como direito individual, pode-se citar o caso Ellwanger debatido no Habeas Corpus 82.424-2/RS<sup>xxxviii</sup>, no qual o STF indeferiu o pedido, com o fundamento de que a edição de livro disseminando as ideias antisemitas configura-se ilicitude penal tipificada em escrever, editar publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes invocou o princípio da proporcionalidade para afirmar que a liberdade de expressão não é absoluta e assim se manifestou:

Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana (...). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Portanto, afirma-se que há direitos fundamentais que recebem uma proteção *prima facie* frente a outros direitos, diante do reconhecimento de um peso em abstrato alto, que impõe um dever positivo do Estado. Entretanto, uma vez tomado no caso concreto, remete-se ao juízo de ponderação para verificar os demais valores em jogo, podendo sofrer restrições.

Isso porque há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade e segundo Alexy:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandado de meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza<sup>xxxix</sup>.

Nesse viés, o procedimento de tomada de decisões pelo juiz no exercício da jurisdição constitucional resultará em juízo de ponderação, tratado na teoria de Alexy, conforme afirma Paulo Gonet, “ao conferir preferência a um valor sobre outro, o juiz, na realidade, realiza uma ponderação, mesmo que não o explicita nem cumpra os requisitos formais que o procedimento exige”<sup>xl</sup>.

Para Alexy, no espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa, é o mundo do dever-ser ideal, entretanto:

Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferências<sup>xli</sup>.

É, pois, no juízo de ponderação no caso concreto que se atribuiu um valor maior ao direito de reunião no caso da ADPF 187/DF, o que não autoriza concluir que essa situação sempre se repetirá nos casos que o tema for levado ao Supremo Tribunal Federal.

E mais, não temos como únicos limites ao direito de reunião a não utilização de armas e fins pacíficos. É possível imaginar outros limites, como o do caso *Ellwanger*, no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista.

## **Conclusão**

Primeiramente, ressalta-se a importância do legislador de colocar à disposição da sociedade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento de acesso à justiça quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade a direitos fundamentais, em face de legislação anterior ao texto constitucional de 1988, o que viabilizou a interpretação conforme para o artigo 287 do Código Penal.

Conclui-se que o princípio da liberdade de expressão não possui caráter absoluto. Seus limites são encontrados no caso concreto em colisão com outros princípios, necessitando de uma atitude de ponderação do juiz constitucional, decidindo-se no caso qual o direito tem maior peso e, conseqüentemente, deverá ter primazia.

A posição de precedência de determinadas liberdades como o direito de expressão e de reunião é identificável considerando a defesa da democracia e a dignidade da pessoa humana, em outras palavras, uma proteção *prima facie*. Entretanto, é no caso concreto que por meio da ponderação haverá a fixação de relações de preferências, nos termos da teoria de Alexy.

Na ADPF 187, o Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Ministro Celso de Mello, cumpriu seu papel de guardião da Constituição Federal, protegendo os direitos de reunião e de manifestação do pensamento,

Isso resulta muito claro de todos os votos. O Supremo Tribunal Federal está assegurando, e reafirmando, neste julgamento, o exercício, pelas pessoas, de duas liberdades fundamentais: o direito de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento. Vale dizer, o Supremo não está autorizando o uso de drogas no curso da denominada “Marcha da Maconha”!<sup>xlii</sup>

Ressalta-se que a liberdade de reunião é fundamental para proteger as manifestações que possam incomodar os agentes públicos e privados e gerar reflexões que levem a mudança de opiniões e quebra de paradigmas, o que fortalece a democracia.

Pode-se afirmar, ainda, que os limites para o direito de reunião no texto constitucional, que são fins pacíficos e não utilização de armas, se impõem na análise do exercício desse direito, uma vez que remetido ao caso concreto, é possível no juízo de ponderação, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça outros limites.

Conclui-se que há precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual e que dentre os direitos fundamentais os de expressão e de reunião têm relevo especial para o Estado constitucional democrático, observadas as limitações que são estabelecidas no caso concreto.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília. (acórdão não publicado até a divulgação do presente artigo).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424-2/RS**. Relator Ministro Maurício Correa. Julgado em 17/09/2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana.** Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional,** 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUSA, António Francisco. Reuniões e Manifestações no Estado de Direito. 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2011 (Série IDP),

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

---

<sup>i</sup>Analista Judiciário e Diretora de Secretaria do TJDF. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Processo Civil.

<sup>ii</sup> Servidor Público Federal. Estudante de Direito do Uniceub. Integrante dos grupos de pesquisa DDFC e JCDF do Instituto Brasiliense de Direito Público.

<sup>iii</sup> SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

<sup>iv</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

<sup>v</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF.** Relator Min. Celso de Mello. Brasília. O acórdão não foi publicado até a divulgação do presente artigo.

<sup>vi</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, p.128.

---

<sup>vii</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, p.136.

<sup>viii</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1147.

<sup>ix</sup> MENDES, G; et al. *op. cit.*, p. 1165.

<sup>x</sup> A “marcha da maconha” é um movimento social e sua carta de princípios pode ser consultada em <http://blog.marchadamaconha.org/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil>.

Nos itens 9 e 10 do relatório da ADPF 187/DF está registrada a preocupação com as decisões judiciais proibindo as manifestações do movimento da “Marcha da Maconha”: 9. De acordo com a anexa Representação, a chamada ‘Marcha da Maconha’, em que manifestantes defenderiam a legalização da referida substância entorpecente, foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB). 10. As decisões, em geral, têm se assentado na equivocada premissa de que, como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu consumo. (...).

<sup>xi</sup> *in ADPF 187/DF*, Voto Ministro Celso de Mello, p. 2.

<sup>xii</sup> Importante esclarecer que não é o pano de fundo do presente trabalho o conceito de normas e a diferenciação entre regras e princípios, trata-se do termo direitos fundamentais na ótica semântica como gênero. Nesse viés, na ótica semântica, Ingo Sarlet, esclarece que o termo direitos fundamentais é o gênero, o qual engloba as demais variações utilizadas em todo o texto constitucional brasileiro, a saber: direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, direitos humanos fundamentais, dentre tantos outros, a saber: “há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28).

<sup>xiii</sup> Uma abordagem interdisciplinar para a preferência no ordenamento jurídico da liberdade de expressão, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se pautar na sociologia no estudo dos conceitos de pessoa e indivíduo, a saber o que está a se proteger. As noções de indivíduo e pessoa são fundamentais na análise sociológica para o sociólogo Roberto Damatta, no seguinte sentido: “parece frutífero estabelecer a distinção entre pessoa e indivíduo, que parece básica na interpretação sociológica, sobretudo em se tratando de uma sociedade como a brasileira, em que a distinção existe no nível concreto, sendo inclusive ideologicamente apropriada”. (DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 220.).

Roberto Damatta, também relata sobre o surgimento do conceito de pessoa, que vem de um indivíduo que de forma progressiva se individualiza até se tornar uma pessoa: “A noção de pessoa surgiu claramente com Marcel Mauss, num artigo clássico em que acompanha a trajetória da noção que recobria a ideia em um personagem (nas sociedades tribais), sendo progressivamente individualizada até chegar à ideia da pessoa como “ser psicológico” e altamente individualizado”. De forma objetiva para Roberto Damatta, o indivíduo é aquele que se aplicam os rigores da lei, é o ser do povo, “Pois somente os indivíduos frequentam as delegacias de polícia, os tribunais, as filas, a medicina e a educação pública”. (ibidem). De outro lado existe a pessoa, aquele que tem amigos, pessoas conhecidas, que provem de famílias importantes. Então a pessoa no Brasil é um ser tão diferente dos indivíduos que consegue personalizar a aplicação da lei para ela: “No sistema social brasileiro, então, a lei universalizante e igualitária é utilizada frequentemente para servir como elemento fundamental de sujeição e diferenciação política e social. Em outras palavras as leis só se aplicam aos indivíduos e nunca às pessoas; ou, melhor ainda, receber a letra fria e dura da lei é tornar-se imediatamente um indivíduo. Poder personalizar a lei é sinal de que se é uma pessoa. Desse modo, o sistema legal que define o chamado “Estado liberal moderno” serve em grande parte das sociedades semitradicionais – como o Brasil – como um instrumento de exploração social, tendo um sentido muito diverso para os diferentes segmentos da sociedade e para quem está situado em diferentes posições dentro do sistema social. Já o conjunto de relações pessoais é sempre um operador que ajuda a subir na vida, amaciando e compensando a outra vertente do sistema.” (Ibidem, p. 220).

- 
- <sup>xiv</sup> SOUSA, António Francisco. **Reuniões e Manifestações no Estado de Direito**. 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2011 (Série IDP), p.26
- <sup>xv</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p.2.
- <sup>xvi</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p.185.
- <sup>xvii</sup> *Ibidem*, p.186.
- <sup>xviii</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.
- <sup>xix</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>xx</sup> As dimensões dos direitos fundamentais recebem outras qualificações na doutrina, além da tridimensionalidade da teoria de Alexy. A exemplo de Paulo Bonavides que trata esses direitos em quatro gerações. A primeira geração é aquela em que aparecem as liberdades públicas, as quais correspondem a direitos e garantias dos indivíduos a uma omissão do Estado em intervir no núcleo essencial dos direitos. A segunda geração está relacionada aos direitos sociais a prestação pelo Estado para alcançar as necessidades coletivas. Na terceira geração os sujeitos de direitos não são nem o indivíduo nem a coletividade, mas a integralidade do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento. Por fim, os direitos de quarta geração advindos da institucionalização do Estado Social, a teor do direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed., p. 524 e ss.).
- <sup>xxi</sup> MENDES, G; et al. *op. cit.*, p. 393.
- <sup>xxii</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 244.
- <sup>xxiii</sup> MENDES, G; et al. *op. cit.*, p. 360-361.
- <sup>xxiv</sup> *in* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 163.
- <sup>xxv</sup> *in* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Luiz Fux.
- <sup>xxvi</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.124.
- <sup>xxvii</sup> *in* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Celso de Mello.
- <sup>xxviii</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005,p. 265.
- <sup>xxix</sup> MORO, Sérgio Fernando. **A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 345.
- <sup>xxx</sup> *Ibidem*, p. 346.
- <sup>xxxi</sup> *in* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Celso de Mello, p. 63.
- <sup>xxxii</sup> *in* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Celso de Melo, p 63.
- <sup>xxxiii</sup> SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 219.
- <sup>xxxiv</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 128.
- <sup>xxxv</sup> Letícia de Campos Velho Martel examinou a questão da hierarquização dos direitos fundamentais à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, utilizando-se como premissas o devido processo legal substantivo e o princípio da razoabilidade por entender que “por intermédio do estudo dos casos que envolvem o devido processo substantivo, é possível identificar três etapas da doutrina da posição preferencial. A primeira, na qual ela não era propriamente uma doutrina, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à *Era Lochner*, à época do *economic substantive due process of law* (1898-1937). A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da doutrina, mas a Corte estava aderindo a outras doutrinas – teste do perigo claro e iminente e incorporação seletiva – que, quando aplicadas, recaíam na hierarquização de Direitos Fundamentais, iniciou-se ainda na *Era Lochner*, nos idos de 1920. A terceira, na qual, além da aplicação, houve a formulação teórica explícita da doutrina, com a adoção da terminologia *preferred position*, ou *preferred freedoms*, ou, em menor escala, *preferred place*, iniciou-se nos casos *Carolene Products* e *Jones v. Opelika* (1038 – dias atuais) e está ligada ao *personal substantive due process of law*.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004, p. 100.)
- <sup>xxxvi</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004, p. 100.

---

<sup>xxxvii</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/06/2009.

<sup>xxxviii</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424-2/RS**. Relator Ministro Maurício Correa. Julgado em 17/09/2003. O caso Ellwanger foi julgado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, onde a Corte, manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger por racismo contra judeus. Em primeira instância o acusado foi absolvido, pois a juíza substituta que julgou o processo, entendeu que o acusado estava apenas exercendo o seu direito constitucional de liberdade de expressão, e esse apenas havia reportado sua opinião sobre fatos históricos, sob um ângulo totalmente diferente da visão que a maioria tem sobre o fato. Já em segunda instância, Ellwanger teve condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). No Superior Tribunal de Justiça houve a confirmação da condenação do acusado. O caso por fim chegou ao STF através do HC 82424. Em suma, Ellwanger foi acusado por praticar racismo em face da edição e venda de livros com ideias discriminatórias, negando o holocausto. Os advogados sustentaram que os judeus não poderiam ser caracterizados como raça e por isso o delito estaria prescrito, fatos da causa de pedir do HC 82424 no STF. Depois de 9 meses de pedidos de vista e discussões, o julgamento teve fim. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o pedido. Foram vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito. Ayres Britto concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

<sup>xxxix</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 116-117.

<sup>xl</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP), p. 9-10.

<sup>xli</sup> ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>xlii</sup> *In* **ADPF 187/DF**, Voto Ministro Celso de Mello.