

Análise crítica da liberdade de expressão no Direito Comparado (Brasil, EUA e Alemanha): os 20 anos do Caso Ellwanger (HC nº 82.424)

Resumo: a atuação da Corte Constitucional representa não somente o adequado condicionamento das condutas internas, mas, sobretudo, significa o ponto de contato entre o direito nacional e o direito estrangeiro. Se, por um lado, referida atuação da Corte pode ser esclarecedora, por outro lado, respirar o Direito estrangeiro para tão somente replicá-lo internamente pode significar também instrumento de acomodação, de invasão cultural, de metafísica vazia de conteúdo. A partir desta percepção, analisaremos o julgamento do caso Ellwanger, em perspectiva de Direito Comparado entre Brasil, Estados Unidos e Alemanha.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Princípio da proporcionalidade. Direito alemão. Direito norte-americano. Caso Ellwanger.

Sumário: I Introdução – II Liberdade de expressão, mercado de ideias. Proporcionalidade na jurisprudência comparada e no Brasil – III A análise da aplicação do princípio da proporcionalidade em relação à liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.424 – O *Caso Ellwanger* – IV Conclusão – Referências

1. INTRODUÇÃO

Estudar os sistemas de jurisdição constitucional comparados hoje, não é somente uma disciplina jurídica ou um estilo de argumentação, de erudição do discurso acadêmico; é, acima de tudo, uma necessidade. Dificilmente se conhece um sistema de Direito sem um conhecimento prévio da tradição jurídica em que esteja inserido. Nesse contexto, o estudo metodológico do direito comparado é poderosa ferramenta de autocompreensão e autoanálise crítico-científica do Direito interno.

Os fatores determinantes dessa situação não são jurídicos, mas nascem de contextos sociais, políticos, econômicos, históricos e culturais que redefinem o “objeto” de exame do Direito. O desaparecimento das fronteiras no mundo virtual, o fenômeno da globalização e a necessidade de aprimoramento das formas de acesso aos poderes estatais, especialmente em um mundo pandêmico pós-COVID-19, aproximou as distâncias pelos avanços tecnológicos e contribuíram sobremaneira para um processo imperceptível de unificação de valores e de conceitos que ocasionaram uma suposta “absolutização” de certos traços de culturas nacionais¹.

Após a 2ª Grande Guerra, associaram-se os estudos metodológicos do Direito Comparado à busca de um “*direito comum da humanidade civilizada*”, a um “*direito comum legislativo*” ou a um “*Direito mundial do século XX*”. A tese oficial subjacente ao estudo do direito comparado é a unificação dos direitos e a busca por um direito mundial comum. O mencionado

¹ Nesse sentido, ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado – Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980, p.:96 e ss; DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado – Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo**. Traducción Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, p.:137; SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Translated by Tony Weir. New York: Clarendon Press – Oxford, 1992, p.:23.

fenômeno destaca o estudo em torno do direito comparado como substancial ferramenta de análise de problemas jurídicos “difíceis” e, diante do prestígio da tendência do “comparatismo”, resultou na elevação desse tipo de estudo à quase fonte do direito, de hierarquia superior ao da doutrina ou dos costumes. A bem da verdade, o momento atual representa uma rediscussão das teses da Escola Histórica de Savigny (primeira metade do século XIX) que afastava o Direito comparado como fonte e somente se pautava nas circunstâncias socioculturais de um povo ou no seu espírito (*Volkgeist*)².

O impacto do Direito comparado sempre foi sentido de uma forma especial pelo Direito Privado, notadamente, dentre países de mesma raiz histórico-jurfilosófica. Os países de formação jurídica romanista não só cultivaram o apego por um Código Civil, como também estimularam a ampla e irrestrita comparação entre instituições de Direito Civil de diferentes nações³. Obviamente que, nesse contexto, fala-se de uma influência do direito estrangeiro na própria semente legislativa do Direito interno. Entretanto, não é difícil perceber que se ressalta tal influência sob um aspecto formal, muito mais jurídico-dogmático do que cultural (muito embora não seja possível o desprendimento radical dos dois níveis de influxos).

No Direito Constitucional, todavia, o condicionamento do direito interno à influência estrangeira se dá em um nível muito mais profundo e decisivo. A proximidade desta seara do Direito com outras áreas do conhecimento humanístico (como história, ciência política, relações internacionais, antropologia, sociologia, economia) faz com que essa influência se produza a partir de uma gama muito rica de contatos que extrapolam a simples comparação jurídica. Além disso, estudar constitucional significa enveredar por um campo muito fluido, dependente da dinâmica social, que por isso mesmo se arma de cláusulas gerais e de princípios abertos para se manter constantemente atualizado. Elementos sociais e culturais necessariamente auxiliam na tarefa de interpretação e de concretização dessa normatividade⁴. Em outras palavras, o sentido histórico e dinâmico dos

² CONSTANTINESCO, Leotin. **Tratado de direito comparado–Introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 96.

³ No Brasil, o fenômeno da recepção de modelos estrangeiros surgiu com os clássicos e célebres “comparatistas” quando da elaboração e interpretação do Código Civil Brasileiro de 1916. Cumpre lembrar o nome dos ilustres membros da “Escola do Recife” como TEIXEIRA DE FREITAS e CLÓVIS BEVILÁQUA. O mesmo fenômeno ocorreu em outros países latino-americanos, como no Chile com ANDRÉS BELLO e na Argentina com DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD.

⁴ Ver as posições histórico-valorativas do sentido da constituição, como a de SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998; HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Camazano. Madrid: Dykinson, 2003 e ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001. Essas posições tiveram grande influência na percepção da interpretação constitucional no Brasil após 1988 (ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª. São Paulo: Malheiros, 2019; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998).

dispositivos constitucionais são muito mais metajurídicos do que jurídicos⁵. Esse fato peculiar traz consequências diferentes na forma como encarar o direito comparado e, inevitavelmente, aumenta a responsabilidade do “comparatista” ou do crítico do direito comparado. A Constituição é norma de natureza político-jurídica que norteia e legitima todo o ordenamento jurídico. O sentido e conteúdo extraídos de suas normas têm um inegável efeito irradiador⁶ e são decisivos para a compreensão semântica de todas as leis e decisões judiciais emanadas do Poder Público. Os países em desenvolvimento e com sistema político em processo de amadurecimento são sufocados nesse ambiente universalista, praticamente obrigados a adotar uma grande escola jurídica⁷. Aliado a isso, a globalização econômica e política não deixa espaço nem tempo para que essa formação político-jurídica ocorra dentro de realidades internas peculiares. O resultado natural para esses países periféricos é a adoção – em uma relação que lembra o binômio colônia-metrópole – de institutos e do pensamento do direito estrangeiro⁸.

II – LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MERCADO DE IDEIAS. PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA COMPARADA E NO BRASIL.

Não existe espaço, em uma sociedade democrática, para impor censura de ideias. Pelo contrário, deve-se reconhecer que a livre circulação de pensamentos permite o debate sobre os mais diversos temas. Trata-se do “mercado livre de ideias”, que promove a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de divagações como o único modo idôneo de se buscar a verdade. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta. Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Stuart Mill⁹ enfatizava que nada seria mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Nesse sentido, a censura de conteúdos somente pode ser

⁵ Nesse sentido, a Constituição é muito mais cultura do que direito. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 68 e ss; VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1998, p.59.

⁶ O efeito irradiador da Constituição gerou o debate da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais (Constituição) nas relações entre particulares (direito privado), de certa forma, resumia o problema por trás do “efeito irradiador” e teve início no julgamento célebre da Corte Constitucional Alemã em 1958 do caso Lüth. Ver em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 110; HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 139.

⁷ Fenômeno parecido ocorreu na época da formação dos sistemas jurídicos na América Latina, quando as culturas locais foram abafadas pela importação das regras de direito ibérico. O fenômeno foi renovado quando da independência desses países. CONSTANTINESCO. Op. cit, p. 193.

⁸ Em matéria de direito constitucional brasileiro, é fácil perceber a influência do discurso dogmático alemão na teoria dos direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade. Incorporam-se, sem críticas, as posições de autores como ALEXY, HÄBERLE e HESSE na interpretação da Constituição de 1988.

⁹ OSÓRIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2017, p. 55.

imposta em situações completamente excepcionais, que ameacem de maneira tão iminente direitos fundamentais a ponto de autorizar interferência imediata e urgente.

Na Alemanha, no entanto, existem princípios norteadores dos limites que são impostos à liberdade de expressão, quais sejam: deve-se proteger e respeitar a dignidade humana, a vida e a liberdade; respeitar a diversidade de crenças e de opiniões; respeitar as diversas convicções morais e religiosas; promover a solidariedade e trabalhar por uma sociedade sem discriminações. Há proibição da abordagem de determinados temas e conteúdos, como a utilização de insígnias de organizações proibidas pela Constituição; a discriminação por nacionalidade, raça, religião e etnia; a negação ou a diminuição dos atos cometidos pelo Nacional Socialismo; glorificação da guerra, pornografia e atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Não se pode ignorar, todavia, a necessidade de ter cautela diante do termo “interesse público” como limitador da liberdade de expressão, pois é possível valer-se de sua inexatidão para impor limites não legítimos a direitos fundamentais. No que diz respeito especificamente à liberdade de expressão, é preciso estar alerta para eventuais tentativas de impor limites usando como subterfúgio a ideia de estar protegendo o interesse comum de todos, quando na verdade, o que se está pretendendo é o silenciamento do debate de ideias ou determinando artificialmente e previamente o seu resultado. Jason Stanley, professor de Filosofia da Yale University, expõe em seu livro *Como funciona o fascismo* a fraqueza do argumento mais comum sobre liberdade de expressão. Segundo ele, que remete a pensadores liberais como John Stuart Mill, a liberdade de expressão nos conduz a um “mercado de ideias” no qual a verdade prevalece, enquanto mentiras são amplamente rejeitadas¹⁰. Entretanto, Stanley afirma que a proliferação recente de teorias da conspiração refuta a premissa de que “a razão sempre vence no campo da democracia liberal”. As críticas de Stanley decorrem de um erro frequentemente cometido por defensores da liberdade de expressão: eles tendem a acreditar que sempre quando acontece a liberdade de expressão, estar-se-á diante de diálogos produtivos, o que de fato nem sempre ocorre¹¹.

Existem diversos exemplos de casos que foram julgados nas Suprema Corte norte-americana e na alemã envolvendo o princípio da proporcionalidade e a liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, a aplicação do princípio da razoabilidade surgiu com o conservador e liberal **Período Lochner** (Caso *Lochner vs. New York* – quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que limitava a carga horária dos padeiros – violação ao princípio do contrato e ofensa à

¹⁰ ALI, MOHAMED. O equívoco de defensores e críticos do “mercado de ideias”. Disponível em: <https://objetivismo.com.br/artigo/o-equivoco-de-defensores-e-criticos-do-mercado-de-ideias?fbclid=IwAR2wzGDdfBYwQSSPBNYfEncBM9sSfC24GWDBTbqzzSYewdoBtHIPotCispk>. Acesso em: 24 JUL 2022.

¹¹ Idem. Ibidem.

razoabilidade de o Estado interferir na economia). A consolidação do princípio da razoabilidade decorreu do julgamento pela Suprema Corte norte-americana de uma série de casos, envolvendo também a liberdade de expressão, a saber:

- **Caso TERMINIELLO v. CHICAGO** (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949): Um padre foi preso pela Polícia de Chicago por proferir discurso agressivo à causa negra e à judaica, sob justificativa de que seus sermões de índole antissemita e fascista causavam desordem. O Tribunal sustentou que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa, com base na razoabilidade, e que este objetivo poderia ser mais bem alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam pessoas à raiva. Na essência, segundo a Suprema Corte, todos os discursos são frequentemente provocativos e desafiadores, e podem se valer de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, a Corte reviu a condenação imposta ao Padre em Primeira Instância e deu ênfase à liberdade de expressão;

- **Caso R.A.V. v. CITY OF St. PAUL** - Suprema Corte Norte-americana, 505 U.S. 377 (1992): determinados adolescentes queimaram cruzes - símbolo característico da KU KLUX KLAN no jardim da residência de uma família negra. O Tribunal entendeu ser inconstitucional, com base na razoabilidade, a lei da cidade de Saint Paul por meio da qual se tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos, objetos, grafites, incluindo cruzes em chamas ou da suástica nazista que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero. A decisão baseou-se no fato de que a referida lei poderia ocasionar restrição demasiada à liberdade de manifestação de pensamento,

- **Caso TEXAS v. JOHNSON** (Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (1989): Durante a Convenção Nacional Republicana ocorrida em Dallas, Texas, em 1984, determinado cidadão protestava contra a política da administração de Ronald Reagan. Depois de marchar pelas ruas da cidade, colocou fogo na bandeira americana sob a cantoria da multidão. Johnson foi condenado por profanação de símbolo nacional com base nas leis do Estado do Texas. A questão foi levada à Suprema Corte. O indivíduo foi absolvido. A Corte fixou o entendimento, com base na razoabilidade, de que atear fogo na bandeira norte-americana se configurava espécie de manifestação de pensamento protegida pela Primeira Emenda à Constituição.

- **Caso BOY SCOUTS OF AMÉRICA V. DALE (2000)**: James Dale entrou para o grupo de escoteiros em 1978, com a idade de oito anos. Primeiramente como *lobinho*, tornou-se escoteiro em 1981, permanecendo no grupo até os 18 anos. Dale era escoteiro exemplar. Em 1988, Dale fez jus à honraria tornando-se *Eagle Scout*, título distintivo. Em 1989, requereu sua permanência no grupo, como escoteiro adulto. Foi aprovado e tornou-se assistente de líder na Tropa 73. Nesse mesmo ano, Dale começou a frequentar a faculdade. Em seguida tornou-se copresidente da aliança de *gays* e lésbicas, da faculdade na qual estudava. Em 1990, Dale participou de um seminário, no qual palestrou sobre necessidades psicológicas e físicas de adolescentes homossexuais. Dale também deu longa entrevista para jornal que cobria o seminário. Advogou que adolescentes *gays* e lésbicas precisavam de modelos homossexuais. A foto de Dale foi publicada junto com a entrevista. No fim daquele mês, ele recebeu uma carta do grupo de escoteiros dando notícia de que sua participação no grupo estava encerrada e que sua inscrição fora cancelada. Dale escreveu para o líder do grupo

pedindo explicações para o desligamento. O chefe respondeu dizendo que o regulamento dos escoteiros especificamente proibia a participação de homossexuais. Dale imediatamente ajuizou ação, alegando que o grupo de escoteiros violava a lei relativa ao uso de instalações públicas do estado de Nova Jersey, bem como teria desrespeitado os princípios do *common law*. O caso foi paradigma de tema referente ao controle de constitucionalidade de políticas de organizações privadas, além de preconceito e de liberdade de orientação sexual. Dale invocou como defesa a lei de Nova Jersey pois esta proibia qualquer forma de discriminação em ambientes de uso público, como nos locais nos quais os escoteiros se reuniam. O *common law* também vedava qualquer modalidade de discriminação. A questão colocada em juízo consistia em indagar se *um determinado grupo pode excluir pessoa não desejada*. A questão chegou à Suprema Corte, que decidiu que, com base na razoabilidade, o grupo teria o direito constitucional de excluir pessoa indesejada se a presença dessa pessoa ameaçasse a liberdade do grupo na expressão de ideias públicas e privadas.

A prática na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense demonstra que não há utilização de regras pré-definidas para aplicação da razoabilidade. Os critérios norteadores da razoabilidade seriam aquilo que é conforme a razão, o equilíbrio, o bom senso, a moderação e a harmonia dos juízes. A utilização do princípio da razoabilidade demonstra a cultura de um povo, que pode ter viés mais conservador ou progressista, em termos de reconhecimento das limitações impostas aos direitos fundamentais. Em um modelo de Estado Liberal, como nos EUA, mais decisões são proferidas em favor da liberdade de expressão, que possui o *status* de super princípio no direito estadunidense.

Na escola alemã, o princípio da proporcionalidade foi utilizado como forma de resolução de inúmeros precedentes, porém de maneira diferente dos EUA. Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade é aplicado a partir de subprincípios que o densificam: ***adequação*** – as medidas propostas na lei são aptas a atingir os objetivos pretendidos? ***Necessidade ou exigibilidade*** – há algum meio menos gravoso para atingir os fins visados (proibição de excesso)? e a ***proporcionalidade em sentido estrito*** - ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido – compatibilidade entre a medida e os valores do sistema constitucional. Vamos à análise de casos nos quais se aplicou a proporcionalidade envolvendo a liberdade de expressão pela Corte Constitucional Alemã:

- **Caso LÜTH** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 7, 198. Julgado em 15 de janeiro de 1958): Lüth, diretor do clube de imprensa de Hamburgo resolveu liderar uma campanha, na abertura da Semana Alemã de Cinema, que visava a boicotar o filme do diretor Harlan, por acreditar que este havia sido cúmplice de nazistas. Sustentava que, caso o filme entrasse em cartaz, seria dever de todos os “alemães decentes” não o assistir. O Tribunal de Primeira Instância condenou Lüth a parar imediatamente com o movimento, decisão revista pela Corte Constitucional, por entender que a manifestação de pensamento não necessariamente implicaria a apologia da conduta adequada e apropriada (*boni mores*). A proibição de parar o boicote ao filme não era proporcional, por ser excessiva. E assim proclamou a Corte:

Ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o ressurgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão. O direito fundamental de liberdade de expressão é o aspecto imediato da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais preciosos do homem (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Art. 11). É absolutamente essencial a um Estado democrático e livre que se permita esta constante interação espiritual, este conflito de opiniões, que é um elemento vital (BverfGE 5, 85 (205)). Num certo sentido, é a base da própria liberdade, ‘a matriz, a condição indispensável de qualquer forma mais próxima da liberdade’.

- **Caso Lebach** - (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 35, 202. Julgado em 5 de junho de 1973): Um canal de televisão da Alemanha resolveu exibir um documentário sobre o “assassinato de soldados de Lebach”, quando estava bem próxima a data em que um dos envolvidos, que cumpria pena pelo crime, seria solto. O envolvido, então, formulou pedido liminar para que o documentário não fosse exibido, alegando que dificultaria a sua ressocialização. O caso foi levado ao Tribunal Constitucional que concluiu pela proibição do documentário:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informações da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o *princípio da proporcionalidade*. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação. A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo o caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social”.

- **Caso da Corte Constitucional Alemã - BverfGE 90,1-22. Julgado em 11 de janeiro de 1994. Problema:** Determinado autor resolveu publicar um livro no qual propagava controvertido ponto de vista de história política, atribuindo aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial. Como ficaria o dever de proteção à juventude diante da liberdade acadêmica? O Tribunal fixou a inconstitucionalidade da proibição de divulgação de livro no qual atribuída aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, por estar a obra protegida pela liberdade de opinião, ainda que se considerasse o interesse da proteção à juventude em ter acesso à crítica. O autor estaria agindo academicamente, porquanto buscava propagar certo ponto de vista de história política, com base na proporcionalidade. A Corte ressaltou que a liberdade acadêmica resguardaria também as opiniões minoritárias, bem como os resultados incorretos ou incompletos. Teve presente a Corte a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade de opinião e a proteção à juventude e que deveria prevalecer a liberdade de manifestação de pensamento, porque os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes das escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

- Caso da Corte Constitucional Alemã - BverfGE 93, 266-312. Julgado em 10 de outubro de 1995. **Problema:** Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos em potencial”. O caso chegou ao Tribunal Constitucional, que reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações terem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das ideias. O Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem “pessoalmente” a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não havia acontecido no caso concreto.
- . Caso da Corte Constitucional Alemã - BverfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990. **Problema:** Determinada autora resolveu publicar um livro pornográfico: “Josefine Mutzenbacher – A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela mesma”. Ajuizaram uma reclamação constitucional visando a incluir tal obra na lista de livros proibidos para menores. O caso chegou ao Tribunal Constitucional que, com base na proporcionalidade, decidiu que a divulgação de romance pornográfico estaria protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expusesse a perigo menores e crianças. A Corte alemã reconheceu que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade e da construção criativa, nas quais as impressões, experiências e fantasias da autora são expressas na forma literária de um romance.

Com o breve relato desses casos, observa-se larga experiência do Tribunal Maior tedesco em aplicar o princípio da proporcionalidade, a partir de seus subprincípios, para analisar a predominância da liberdade de expressão a partir de um viés social, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que passam a expressar os valores que devem ser observados por todos da comunidade, segundo a Lei Fundamental de Bonn.

III – A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424 – ELLWANGER

O caso dos judeus, do racismo, ou simplesmente caso Ellwanger, talvez tenha sido o palco da melhor aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua vertente alemã, especialmente a partir da leitura dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. O embate foi exemplar na Corte brasileira, porém a conclusão foi decepcionante, pois o STF, de maneira simbólica, atuou para a comunidade internacional, ignorando a formação cultural brasileira plural, mista, miscigenada,

sempre aberta a receber os mais diferentes povos e etnias e acolhedora em relação ao povo judeu. Nesse sentido, o STF promoveu “jurisprudência simbólica” porque estava mais preocupado em passar uma imagem de Tribunal alinhado em proibir manifestações antissemitas, importando um modelo de “verdade” que faz todo o sentido, por exemplo, na Alemanha, mas que é totalmente dissociado da realidade e da expressão cultural brasileira.

O caso foi o seguinte: o paciente possuía uma editora, de nome Revisão, por meio da qual editava e distribuía obras de autores brasileiros e estrangeiros com mensagens antissemitas. Em primeira instância, garantiu-se a liberdade de expressão. O TJRS, no entanto, condenou o paciente à pena de reclusão de dois anos e **a destruição do material apreendido**. No STJ, a impetração do *habeas* não frutificou. O caso, então, foi ao Supremo. A discussão inicial do *habeas* era sobre a possibilidade de o judeu ser ou não enquadrado no conceito de “raça” e, por conseguinte, se Ellwanger poderia ou não ser preso pela prática do crime de “racismo”.

Iniciado o julgamento, o relator, ministro Moreira Alves, em sua última participação em Plenário, haja vista ter se aposentado durante o julgamento, votou no sentido da procedência dos argumentos trazidos pelo impetrante, assentando não formarem os judeus uma raça. No voto, não houve a discussão sobre a aplicação ou não do princípio da proporcionalidade para verificar a prevalência da dignidade da pessoa humana ou da liberdade de expressão pois referido debate não estava posto na inicial. Essa discussão só surgiu depois, a partir do voto-vista do ministro Maurício Correa, que era muito ligado à comunidade judaica, que providenciou a entrega de memoriais enormes nos gabinetes, com textos de ilustres pareceristas, como Miguel Reale e Celso Lafer, no que o Ministro Moreira Alves resolveu consignar como memoriais de *inimicus curiae*.

Entendeu o relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria acontecido. Deferiu a ordem, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Maurício Correa e Celso de Mello votaram no sentido de indeferir a ordem. Importante destacar o voto dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio uma vez que ambos se utilizaram do mesmo artifício retórico para análise do caso, chegando, no entanto, a conclusões completamente diferentes. Gilmar Mendes afirmou que 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. Aduziu:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade. ***É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista***, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao

terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII). (...). ***Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz.*** Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso". ***A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito.*** Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Houve antecipação de votos dos ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, que denegaram a ordem. O julgamento foi interrompido pelo pedido de vistas do ministro Carlos Britto, que, ao retomar o julgamento, fez ver que a obra não possuía discurso de ódio, nem muito menos objetivava o extermínio do povo judeu. Do contrário, procurava apontar fatos que destoaram da historiografia oficial, com base em fontes:

94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das ideias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias). (...) 98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

Então, veio a deferir a ordem, manifestando-se a favor da liberdade de expressão. Em passo seguinte, veio o voto do ministro Marco Aurélio, no qual expôs:

Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto - como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afrodescendentes - e evitar

possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho. (...) O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado – apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil –, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido – a ignorância.

E assim, concluiu o nobre ministro:

“2. A colisão entre os direitos fundamentais – o princípio da proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade¹². São eles a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – pronunciamento condenatório -, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *Internet*”.

IV – CONCLUSÃO

Perceber a importância da dimensão irradiadora do Direito Constitucional vai além da simples vontade de atuar de acordo com a correta interpretação e aplicação do direito no caso concreto. Está-se diante de um confronto intenso, nunca antes visto, na medida em que a atuação da Corte Constitucional brasileira hoje representa não somente o adequado condicionamento das

12 CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pág. 262; Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 36ª ed, pág. 360; Raquel Denize Stumm, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: pág. 79.

condutas internas e da forma como os operadores do Direito deverão se portar perante os inúmeros conflitos de possibilidades jurídicas válidas, mas sobretudo, hodiernamente, o agir constitucional significa para além o ponto de contato entre o direito nacional e o direito estrangeiro. Se por um lado referida atuação da Corte máxima pode ser esclarecedora, emancipatória, crítica e auxiliar na autocompreensão das normas e dos procedimentos a serem seguidos, por outro lado, respirar o Direito estrangeiro para tão-somente replicá-lo internamente pode significar também instrumento de acomodação, de invasão cultural, de desvinculação teórica da prática e de deslumbramento cego, de metafísica vazia de conteúdo. De outra maneira, também ganhou força e dimensão de transcendentalidade o uso da prática constitucional estrangeira como *topoi* decisivo de orientação interpretativa do trabalho da jurisdição constitucional no Brasil. Basta um breve olhar panorâmico nas mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal nos últimos 10 anos para se notar o impacto inegável da citação de um ou dois autores estrangeiros, bem como o poder persuasivo do relato de um ou dois casos colhidos da prática de julgamento de algum Tribunal Constitucional ou Suprema Corte no mundo.

Nessa linha, não há dúvida de que nossa doutrina constitucional e nossa prática jurisprudencial se desenvolvem com o objetivo de encontrar, por meio de importações de modelos, especialmente norte-americanos e alemães, padrões novos de “verdade”, de “justiça”, de “correção”, de “constitucionalidade”. Esses padrões já seriam conhecidos de outras práticas jurídicas, cabendo à nossa academia compreender e identificar melhor as premissas desses modelos e aplicá-las aos nossos casos. O estudo adequado e contextualizado das decisões proferidas pelas principais cortes constitucionais das democracias ocidentais e do STF torna-se imperioso para que a academia e os operadores do direito consigam efetivamente entender dentro de quais pressupostos tais compreensões foram fundamentadas e, desta forma, conseguirem fazer as adaptações e ponderações necessárias quanto à utilização de forma crítica e efetiva para a construção do nosso modelo de jurisdição constitucional e de implementação de direitos fundamentais.

A utilização do direito comparado legitima, nesse ambiente, um descrédito das contingências locais culturais, o que pode gerar deformações na aplicação do instituto estrangeiro. Uma das principais formas de utilização de modelos universais nos direitos fundamentais, importando respostas que foram pensadas para problemas de outros países aparece a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Evidencia-se que há diferentes respostas para a prevalência da liberdade de expressão diante de outros princípios constitucionais de semelhante envergadura, a depender do modelo de Estado ao qual a Suprema Corte estiver vinculada. A liberdade de expressão costuma ser primazia nos Estados Unidos, onde exerce função de super princípio, ainda que se

verifique a incidência de *hate speech*, sendo afastada em poucas situações. De maneira diversa, na Alemanha, a despeito de haver uma série de temas em relação aos quais existe censura prévia, pode-se afirmar que há certo equilíbrio no julgamento de casos entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, adotam-se modelos pensados alhures para solucionar os dilemas nacionais. Com isso, muitas vezes a resposta proferida pela Corte Suprema não é a mais adequada aos nossos anseios. Prova disso foi o julgamento do caso Ellwanger, quando o Supremo condenou o réu pela prática do crime de racismo quando, na verdade, as suas obras não tinham conteúdo odioso ou violento. A obra publicada pelo autor objetivava ser revisionista e ninguém pode ser condenado por ter determinada ideologia. Nesse sentido, aponta-se para sabedoria de Voltaire: posso discordar de tudo o que você fala, mas defenderei até a morte o seu direito de dizer. A proposição deste artigo é perceber que nem sempre a importação de modelos fabricados para resolver problemas de outras realidades devem ser considerados aptos e relevantes para as questões nacionais. Devemos, então, analisar nossos próprios paradigmas, em se tratando de direitos fundamentais.

V- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/set. 1999, p. 78.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALI, MOHAMED. O equívoco de defensores e críticos do “mercado de ideias”. Disponível em: <https://objetivismo.com.br/artigo/o-equivoco-de-defensores-e-criticos-do-mercado-de-ideias?fbclid=IwAR2wzgDdfBYwQSSPBNYfEncBM9sSfC24GWDBTbqzzSYewdoBtHlPotCispk>. Acesso em: 24 JUL 2022.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado – Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª. São Paulo: Malheiros, 2019.

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

CONSTANTINESCO, Leotin. **Tratado de direito comparado–Introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado – Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo**. Traducción Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, GILMAR. 8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em 23 JUL 2022.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. In *Revista Jurídica Virtual Brasília*, vol. 1, n. 8, janeiro 2000, p. 7.

OSÓRIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: um panorama da discussão atual e da Jurisprudência do STF”. In: SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2011, p. 167 a 202.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Translated by Tony Weir. New York: Clarendon Press – Oxford, 1992.