

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA FACULDADE DE  
DIREITO**

**CAMILA SILVA BAETA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade  
e da fórmula do peso aos julgados do STF sobre o princípio da liberdade  
de expressão**

**JUIZ DE FORA**

**2021**

**CAMILA SILVA BAETA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade  
e da fórmula do peso aos julgados do STF sobre o princípio da liberdade  
de expressão**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

**JUIZ DE FORA**

**2021**

**CAMILA SILVA BAETA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade  
e da fórmula do peso aos julgados do STF sobre o princípio da liberdade  
de expressão**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Prof. Dr. Fernando Ângelo Ribeiro Leal  
Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ)

---

Prof. Dr. Vicente Riccio Neto  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Dedico este trabalho aos meus  
pais, Maurício e Rosana,  
e ao meu marido, Thiago,  
por apoiarem meus sonhos  
incondicionalmente.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço esta vitória a todos que estiveram ao meu lado durante os anos da minha formação.

Aos meus pais, por terem me proporcionado essa oportunidade e tornado esse sonho possível. Além de terem me ensinado que não se deve desistir nunca.

Ao meu marido, pelo apoio e suportes emocionais, não só na conclusão deste trabalho, mas na minha vida.

À minha irmã, que sempre depositou uma confiança ímpar no meu desempenho acadêmico e na minha formação profissional.

Às minhas colegas de curso, Fernanda, Isabel e Isabela, por terem compartilhado esses dois anos de estudo comigo, de forma tão companheira e generosa.

Aos professores do Mestrado em Direito e Inovação da UFJF, pelos imensuráveis ensinamentos a mim confiados.

À minha orientadora, Prof. Dra. Claudia Toledo, um agradecimento especial, por ter se mostrado sempre disposta a ajudar e auxiliar durante toda essa pesquisa. Sem ela o desenvolvimento deste trabalho não seria possível.

E, finalmente, a Deus, pela proteção e por ter colocado tantas pessoas maravilhosas no meu caminho. Obrigada.

## RESUMO

O objeto de estudo deste projeto relaciona-se ao exame crítico da aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso – teorias desenvolvidas por Robert Alexy – na jurisprudência constitucional brasileira. Para solucionar conflitos de interesses originados na colisão entre dois ou mais princípios de direitos fundamentais, a máxima em questão deve ser aplicada de forma procedimentalmente correta a fim de trazer racionalidade à decisão judicial. Portanto, especificamente para este trabalho, pretende-se analisar processos em que se verifique a colisão entre o princípio da liberdade de expressão e outro princípio de direito fundamental, com base constitucional. Nesse contexto, o estudo se divide em duas partes. A primeira, uma pesquisa teórica, mediante revisão bibliográfica, identificando-se os elementos do pensamento de Robert Alexy que são essenciais à investigação desenvolvida, porquanto seja o marco teórico utilizado. A segunda, uma pesquisa empírica, com o levantamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tratamento do princípio da liberdade de expressão. Ao final, conclui-se que os ministros do STF se referem à máxima da proporcionalidade com uma frequência bem maior do que aos critérios determinantes para o preenchimento das variáveis da fórmula do peso, mesmo que os percentuais de não utilização de ambas as construções teóricas – máxima da proporcionalidade e fórmula do peso – sejam bastante expressivos.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Fórmula do Peso. Direito à Liberdade de Expressão. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The object of this project is related to the critical examination of the application of the maxim of proportionality and the weight formula – developed by Robert Alexy – in Brazilian constitutional case law. To solve conflicts of interest originated in the collision between two or more fundamental rights principles, the maxim in question must be applied in a procedurally correct way in order to bring rationality to the judicial decision. Therefore, specifically for this work, we intend to analyze lawsuits in which there is a collision between the principle of freedom of expression and another principle of fundamental right, with a constitutional basis. In this context, the study is divided into two parts. The first, a theoretical research, through a bibliographic review, identifying the elements of Robert Alexy's thought that are essential to the research developed, since it is the theoretical framework used. The second, an empirical research, with the survey on the treatment of the principle of freedom of expression by the Brazilian Supreme Court case law. In the end, it is concluded that the ministers of the STF refer to the maxim of proportionality with a frequency much greater than the determining criteria for filling in the weight formula variables, even if the percentages of non-use of both theoretical constructions – the maxim of proportionality and the weight formula – are quite expressive.

**Keywords:** Fundamental Rights. Proportionality. Weight Formula. Right to Freedom of Expression. Brazilian Federal Supreme Court.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Distribuição dos acórdãos que fazem referência ao direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade na jurisprudência do STF, por ano de julgamento.....	67
Gráfico 2 – Estatísticas sobre os princípios preponderantes.....	71
Gráfico 3 – Total do número de votos em que se fez a análise da máxima da proporcionalidade e/ou suas máximas parciais.....	75
Gráfico 4 – Total do número de votos em se fez referência aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso.....	76
Gráfico 5 – Utilização da máxima da proporcionalidade.....	79
Gráfico 6 – Utilização da máxima parcial da adequação.....	81
Gráfico 7 – Utilização da máxima parcial da necessidade.....	83
Gráfico 8 – Utilização da máxima parcial da ponderação.....	84
Gráfico 9 – Estatísticas da aplicação técnica da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais da adequação, necessidade e ponderação....	85
Gráfico 10 – Estatísticas da aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais da adequação, necessidade e ponderação.....	86
Gráfico 11 – Grau de interferência no princípio preterido.....	89
Gráfico 12 – Grau de importância do princípio preponderante.....	91
Gráfico 13 – Utilização da confiabilidade epistêmica das premissas empíricas.....	93
Gráfico 14 – Utilização da confiabilidade epistêmica das premissas normativas.....	95
Gráfico 15 – Aplicação das variáveis da fórmula do peso.....	97



## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Acórdãos que fazem referência ao direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	61
Quadro 2 – Acórdãos que, embora tenham aparecido como resultado de busca no site do Supremo Tribunal Federal, não se relacionam com o direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade. ....	63
Quadro 3 – Colisões principiológicas.....	69
Quadro 4 – Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima da proporcionalidade.....	98
Quadro 5 – Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da adequação.....	100
Quadro 6 – Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da necessidade.....	102
Quadro 7 – Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da ponderação.....	104
Quadro 8 – Argumentos mais representativos da menção ao grau de interferência no princípio preterido.....	107
Quadro 9 – Argumentos mais representativos da menção ao grau de importância da satisfação do princípio preponderante.....	108
Quadro 10 – Argumentos mais representativos da menção à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas.....	109
Quadro 11 – Argumentos mais representativos da menção ao grau de à confiabilidade epistêmica das premissas normativas.....	111

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Dados sobre as ações analisadas.....	69
Tabela 2 – Estatísticas sobre os princípios preponderantes dos 12 acórdãos analisados.....	70
Tabela 3 – Número de votos em que se fez a análise da máxima da proporcionalidade e/ou suas máximas parciais.....	75
Tabela 4 – Número de votos em se fez referência aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso.....	76
Tabela 5 – Utilização da máxima da proporcionalidade.....	78
Tabela 6 – Utilização da máxima parcial da adequação.....	80
Tabela 7 – Utilização da máxima parcial da necessidade.....	81
Tabela 8 – Utilização da máxima parcial da ponderação.....	83
Tabela 9 – Dados relativos aos votos em que se fez alusão ao grau de interferência no princípio preterido.....	87
Tabela 10 – Dados relativos aos votos em que se fez alusão ao grau de importância do princípio preponderante.....	89
Tabela 11 – Dados relativos aos votos em que se fez alusão à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas .....	91
Tabela 12 – Dados relativos aos votos em que se fez alusão à confiabilidade epistêmica das premissas normativas.....	93

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E FÓRMULA DO PESO</b> .....	15
1.1 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.1.1 Critérios para a distinção entre regras e princípios.....	18
1.1.2 Colisões entre princípios e conflitos entre regras.....	20
1.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	23
1.2.1 Os juízos de adequação, necessidade e ponderação.....	24
1.3 A FÓRMULA DO PESO.....	26
1.3.1 A escala triádica.....	27
1.3.2 A fórmula.....	32
1.3.3 A fórmula ampliada.....	36
<b>2 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE E O DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	38
2.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO.....	38
2.2 SOBRE O CONCEITO DE LIBERDADE.....	40
2.2.1 O conceito de direito geral de liberdade.....	44
2.3 O CONCEITO DE DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	47
<b>3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PESQUISA EMPÍRICA</b> .....	53
3.1 PESQUISA EMPÍRICO-DOCUMENTAL.....	53
3.1.1 Recortes institucional, temático, processual, temporal.....	54
3.1.2 Critérios para tabulação.....	56
3.2 PESQUISA EMPÍRICA.....	61
3.2.1 Resultados quantitativos da pesquisa empírica.....	68
3.2.2 Análise qualitativa da pesquisa empírica.....	98
<b>CONCLUSÃO</b> .....	115
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	120

## INTRODUÇÃO

O tema objeto deste trabalho relaciona-se com a análise da máxima da proporcionalidade e a fórmula do peso – formulações desenvolvidas por Robert Alexy – na jurisprudência constitucional brasileira, após Constituição Federal de 1988. Com o Estado Democrático de Direito e com base nos princípios constitucionais assegurados pela carta magna brasileira, sobrevieram conflitos de interesses originados da colisão entre dois ou mais princípios de direitos fundamentais. A solução para esse tipo de colisão deve ser produzida de forma completamente diversa da utilizada para solucionar conflitos entre regras (ALEXY, 2015, p. 93). Por isso, Alexy cria uma técnica racional para resolução de colisões principiológicas, conhecida como a máxima da proporcionalidade e, dentro desta, a fórmula do peso.

Portanto, para solucionar conflitos de interesses originados na colisão entre dois ou mais princípios de direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão, alicerce deste estudo, os critérios de interpretação ou métodos hermenêuticos tradicionalmente utilizados se mostraram insuficientes, tornando-se indispensável a construção de teorias como a de Alexy.

A importância de se aplicar corretamente uma técnica para resolução das colisões principiológicas, respaldada na idealização de justiça, transcende a dogmática jurídica e produz consequências diretas no âmbito social. Nesse contexto, dado que os direitos fundamentais são, via de regra, normas com natureza principiológica, o conflito entre eles só pode ser solucionado sem que haja a exclusão de nenhum deles do ordenamento jurídico.

A solução dessa colisão pode se fazer mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e, conseqüentemente, da fórmula do peso, dando-se precedência a um dos princípios sem que isso importe sua retirada do mundo jurídico, diferentemente do que se vê no estudo acerca da aplicação das regras (ALEXY, 2015, p. 77-79).

A racionalidade na aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso assegura a correção em sua utilização, uma vez que sua procedimentalização impõe o dever de cumprimento de etapas pré-estabelecidas, sem a prescrição de métodos arbitrários, e, ainda, impõe o dever de fundamentação de cada uma dessas etapas. Portanto, para se construir

decisões racionais e tecnicamente corretas, a justificação acerca dos instrumentos jurídicos utilizados torna-se indispensável para as cortes judiciais.

Para tanto, ainda segundo Alexy (2015, p. 144-152), conquanto a proporcionalidade e a fórmula do peso não apresentem um padrão que remeta, necessariamente em todas as demandas, a uma única solução jurídica, impõem a obrigatoriedade de fundamentação para estruturar, de forma racional, a argumentação. A devida fundamentação, portanto, traz correção às soluções elaboradas pelas cortes constitucionais, tidas como racionais.

A questão a ser debatida concentra-se, portanto, no fato de observar se as decisões do tribunal constitucional brasileiro – STF – são fundamentadas a partir dos parâmetros desenvolvidos pela doutrina jurídica, em especial aqueles projetados por Robert Alexy, marco teórico deste trabalho. Com isso, surge o motivo originário deste que consiste na análise crítica da aplicação das ditas construções teóricas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, tem-se o intuito de verificar se as estratégias procedimentais criadas pelo autor são realmente aplicadas à prática jurídica brasileira, tomando-se como base a jurisprudência constitucional pátria, ou se são concentradas apenas na teoria.

Logo, será feito um estudo bibliográfico acerca da fixação das estratégias lógicas traçadas por Robert Alexy para aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso aos conflitos de interesses surgidos quando há a colisão de princípios. Em seguida, será feito um exame dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2019, a partir de uma pesquisa exploratória qualitativa, para verificar a tecnicidade ou a atecnicidade de aplicação de ambas as construções teóricas pelos ministros.

Nesses termos, são expostas, no primeiro capítulo, as características e definições sobre a máxima da proporcionalidade e a fórmula do peso. Para tanto, fez-se necessária a digressão acerca das condições jurídicas e da estrutura das normas de direitos fundamentais que propiciaram a construção das ditas teorias.

No segundo capítulo, por ter sido escolhido como objeto de análise o direito à liberdade de expressão, procede-se à revisão de literatura quanto aos conceitos desse princípio constitucional, partindo-se do exame do direito geral

de liberdade, também conforme traçado por Alexy, para, então, se formular um conceito de direito à liberdade de expressão, propriamente dito.

No terceiro capítulo, constrói-se a explicação e a definição dos detalhes acerca da metodologia utilizada no estudo, para explicar como ele foi realizado e qual foi o processo de sua elaboração. Por fim, ainda no último capítulo, concentram-se as conclusões retiradas dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal analisados, de forma a se ressaltar os padrões que foram visualizados no decorrer do estudo.

Ao final, foi apurado que os ministros do STF se referem à máxima da proporcionalidade e às suas máximas parciais com uma frequência bem maior do que aos critérios determinantes para o preenchimento das variáveis da fórmula do peso, mesmo que os percentuais de não utilização de ambas as construções teóricas sejam bastante expressivos (53% e 88%, respectivamente). A máxima da proporcionalidade e as máximas parciais foram aplicadas, de forma técnica, em 7% (quinze por cento) dos votos apurados e, de forma parcialmente técnica, em 23% dos votos; enquanto os elementos essenciais para a construção da fórmula do peso foram aplicados, de forma técnica, em apenas 1% (um por cento) dos votos e, de forma parcialmente técnica, em também apenas 1%.

## 1 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E FÓRMULA DO PESO

A partir da segunda metade do século XX, com o fim da II Guerra Mundial, o Direito, enquanto ciência construída para regular a vida em sociedade, passou por um período de profundas mudanças, com vista a promover direitos e garantias fundamentais para proteger os cidadãos contra os abusos perpetrados pelo Estado e pelos detentores de poder, nos regimes totalitários nazi-facistas (CAMBI, 2011, p. 102).

Com essa nova perspectiva de Direito, a fim de romper com o pensamento positivista – empregado como instrumento de justificação dos regimes autoritários, uma vez que, na época, segundo Kelsen, todo e qualquer conteúdo poderia ser considerado Direito (KELSEN, 1998, p. 2010)<sup>1</sup> –, criou-se uma nova dogmática, por meio da qual a dignidade humana se tornou o núcleo do constitucionalismo (NOVELINO, 2012, p. 57). É, nesse contexto, que surgem as teorias pós-positivista e neoconstitucionalista do Direito.

Ambas possuem fundamentos teóricos que se convergem. A primeira, enquanto teoria geral do Direito, caracteriza-se por reconhecer a relação intrínseca entre Direito e Moral. Já, a segunda, como teoria particularizada do Direito, praticada exclusivamente no Estado Democrático de Direito, desdobra-se por meio da inclusão de valores morais à Constituição, com a construção de princípios constitucionais e direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 336).

Assim, de acordo com Cláudia Toledo (2011, p. 228), os direitos fundamentais estão presentes em todos os Estados Democráticos de Direito,

---

<sup>1</sup> “Ao destacar apenas a emanação da norma de autoridade competente e sua eficácia social, o positivismo leva em consideração apenas o seu aspecto formal. Consequentemente, qualquer um pode ser o conteúdo do Direito, como afirmou Kelsen. Segundo o conceito positivista do Direito, portanto, as normas nazistas apresentam-se tão perfeitamente jurídicas como aquelas vigentes no mais democrático dos Estados. A qualificação de uma norma como injusta somente é possível se, juntamente àqueles elementos fáticos, considera-se também a pretensão de correção como elemento essencial ao Direito, pois essa pretensão funciona como parâmetro crítico de análise do conteúdo normativo. Um conteúdo entendido como extremamente injusto só deixará de ser jurídico segundo uma concepção não positivista de Direito. Surge então inequívoca a atualidade e importância dessa temática, a despeito do caráter secular desse debate” (TOLEDO, 2017b, p. 49, nota de rodapé 11). Dessa forma, Hans Kelsen (1998, p. 210) expressamente afirma que: “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.”



compondo sua essência. Quanto aos princípios, Paulo Bonavides (2001, p. 131) afirma que eles se tornaram o alicerce das Constituições no pós-positivismo.

Nesse âmbito, a formulação dos instrumentos jurídicos do jusfilósofo Robert Alexy resultou na construção de fundamentos que permitiram a sustentação de práticas judiciais com o devido reconhecimento da força normativa dos princípios. Logo, considerando que as atividades decisórias passaram a ser influenciadas por concepções externas ao Direito, Alexy propõe fórmulas a fim de racionalizar as decisões, justamente para afastar a arbitrariedade das decisões judiciais. Para tanto, o autor alemão constrói teorias procedimentais, visando a correção da tomada de decisão, de forma a justificar a escolha de uma resposta correta entre as várias respostas que possam vir a surgir no decorrer da análise do caso concreto (TOVAR, 2017, p. 5-6).

Assim, por meio da obra alexyana, entende-se que o pós-positivismo tem como base, além da emissão autoritativa e de eficácia social – pontos já observados pelo viés positivista –, a ideia de correção substancial para a construção do Direito. Traça-se, portanto, um dever jurídico de se decidir corretamente, do ponto de vista procedimental, buscando-se os ideais de justiça, do ponto de vista material.

A decisão correta, segundo Alexy, é aquela desenvolvida por meio do melhor argumento, ou seja, aquele argumento que, construído de forma fundamentada e racional, melhor satisfaça consensualmente os interesses dos participantes do discurso. Nesses termos, é o que explica Cláudia Toledo (2017c, p. 03) na “Apresentação à edição brasileira” da obra “Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica” de Robert Alexy:

Por isso, as decisões tanto políticas quanto jurídicas nesse tipo de Estado expressam o *acordo* que *melhor* satisfaz os interesses dos participantes do discurso, com a *formação comum* do juízo mediante a *ponderação* daqueles interesses expressos em *argumentos*, respeitando-se a *autonomia* do Outro.

A *racionalidade* que, nas ciências *da natureza*, apresenta-se sob a forma da *verdade* de suas proposições, e, no *Direito*, como ciência *normativa*, é evidenciada pela *correção* de suas assertivas.

Dessa forma, inevitavelmente, as atividades decisórias do poder judiciário devem ser racionais. Para tanto, do ponto de vista formal, exige-se que essas

decisões observem um procedimento aferido pelo “cumprimento de regras da *lógica do discurso* que, como pragmáticas, são *argumentativamente* desenvolvidas com vistas à correção” (TOLEDO, 2017, p. 03). Portanto, o cumprimento dessa racionalidade procedimental discursiva traz racionalidade para as soluções elaboradas pelo poder judiciário.

Com o Estado Democrático de Direito e com base nos princípios constitucionais assegurados, sobrevieram os conflitos de interesses originados da colisão entre dois ou mais princípios de direitos fundamentais. A solução para esse tipo de colisão, por sua vez, deve ser produzida de forma completamente diversa da utilizada para solucionar conflitos entre regras (ALEXY, 2015, p. 93). Por isso, Alexy cria uma técnica racional para resolução desse tipo de conflito, conhecida como a máxima da proporcionalidade, que será estudada pormenorizadamente a seguir.

Essa técnica impõe a observância de um procedimento que promove a correção das decisões, de forma a afastar o arbítrio e resguardar a obrigação de fundamentação para estruturar, de forma racional, a argumentação (ALEXY, 2015, p. 144-152). Diante dessa análise, em um momento posterior, será examinada a aplicação da máxima da proporcionalidade e, dentro desta, a fórmula do peso, na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, mediante pesquisa exploratória qualitativa, em que se levanta a pergunta se o STF utiliza em suas decisões a máxima da proporcionalidade e a fórmula do peso e, em caso positivo, se o faz corretamente ou não. Por aplicação correta deve-se entender a utilização da máxima da proporcionalidade com a devida abordagem das três máximas parciais, conforme expostas por Alexy, e da fórmula do peso com o tratamento de cada uma de suas variáveis.

## 1.1 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um primeiro momento, a análise da estrutura das normas é imprescindível para que seja possível determinar qual é a melhor técnica a ser aplicada quando há conflitos ou colisões entre direitos. Assim, para a teoria dos direitos fundamentais, dentro da análise da estrutura da norma, o tema primordial a ser discutido é a distinção entre princípios e regras, pois, de acordo com o

Alexy (2015, p. 85-86), esta é a “chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.

### 1.1.1 Critérios para a distinção entre regras e princípios

Tanto os princípios quanto as regras são considerados espécies de norma, pois, ambos podem ser demonstrados por meio de expressões deonticas, impondo razões para juízos concretos de “dever-ser” (ALEXY, 2015, p. 87). Logo, a diferenciação de princípios e regras reside em se estabelecer uma distinção entre duas espécies normativas. Para distingui-los devidamente não é suficiente traçar apenas uma diferença quantitativa entre esses termos, como muitos autores defendem (Alexy cita, por exemplo, Joseph Raz, George C. Christie e Graham Hughes) (ALEXY, 2015, p. 88, rodapé 9).

Para esses autores, de maneira usual, os princípios e regras são classificados apenas de acordo com sua generalidade, assim, consideram que “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2015, p. 88). No entanto, Alexy (2015, p. 108-109) entende que existem regras com alto grau de generalidade e existem também diversas outras razões que demonstram a multiplicidade de características dos princípios, logo:

As razões para as outras múltiplas características dos princípios são óbvias. Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas "desenvolvidas", às normas "criadas" deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.

Portanto, isso leva à conclusão de que o critério da generalidade é apenas um dos critérios a ser considerado. Nesse contexto, o jurista alemão (2015, p. 91) defende que entre essas duas espécies de normas “não existe apenas uma

diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”. Dessa forma, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 25) ressalta essa diferença nos seguintes termos:

Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.

Nesses termos, os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização<sup>2</sup>, sendo caracterizados, portanto, por

poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2015, p. 91).

Em contrapartida, as regras são mandamentos definitivos, elas ou são satisfeitas ou não. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p. 92). As regras, ainda, são aplicadas por subsunção, e a subsunção é o procedimento tradicional de aplicação do direito, desenvolvida a partir da construção lógica do silogismo jurídico (TOLEDO, 2013, p. 84).

Assim, os princípios podem ser cumpridos em graus, já as regras contêm determinações específicas, possuindo um suporte fático muito mais delimitado do que o dos princípios.

Então, por exemplo, uma proibição no sentido de “não beber antes de dirigir” é uma regra que pode ser cumprida ou não, não existe a possibilidade de ser cumprida em diferentes graus ou em sua maior medida possível. Por outro lado, um princípio que garanta a liberdade de crença impede que o Estado prive os cidadãos de seu direito à autodeterminação religiosa, mas, ao mesmo tempo, ele não pode servir de escusa para que alguém se exima de uma obrigação legal imposta a todos, ou seja, essa garantia será cumprida em diferentes graus, a

---

<sup>2</sup> “O conceito de mandamento é aqui utilizado em um sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições” (ALEXY, 2015, p. 90, nota de rodapé 23).

dependem de princípios e regras colidentes (BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, VIII) no caso concreto.

### **1.1.2 Colisões entre princípios e conflitos entre regras**

Quando duas normas são aplicadas isoladamente, seja em se tratando de princípios, seja em relação às regras, podem surgir resultados inconciliáveis ou, nos termos colocados por Alexy (2015, p. 91-92), podem surgir dois juízos jurídicos concretos de “dever-ser” contraditórios. Nesse momento, a forma de solução dos conflitos ou colisões é o que distingue, de forma mais clara, as duas espécies normativas.

Existem autores que não diferenciam colisões de conflitos, aplicando-se essas expressões com referência às duas espécies normativas, entretanto, Alexy (2015, p. 92-93, nota de rodapé 28) suscita essa diferenciação para ressaltar que são conceitos fundamentalmente distintos.

Na ocorrência de conflito entre regras, a solução para o caso será feita por meio da introdução de uma cláusula de exceção, ou por meio da declaração de invalidade de uma das regras. Nesse contexto, deve-se notar que o conceito de validade jurídica, diferentemente de validade social, não depende de graus, pois uma norma ou é válida ou não é (ALEXY, 2015, p. 92-93). Assim, ao se deparar com o conflito entre regras, devem-se aplicar os critérios lógicos de solução de antinomias – critérios cronológico<sup>3</sup>, de especialidade<sup>4</sup> ou hierárquico<sup>5</sup> – para a declaração de invalidade de uma das regras, ou deve-se introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras, eliminando-se, com isso, a antinomia normativa.

Diferentemente das regras, somente entram em colisão princípios que sejam válidos, pois, se um deles é inválido, não deve nem mesmo ter a hipótese de sua aplicação considerada. Desse modo, a colisão principiológica não se soluciona mediante a declaração de invalidade de um dos princípios. Nesse caso, um dos princípios terá de ceder perante outro, estabelecendo-se, então,

---

<sup>3</sup> O critério cronológico determina que a norma posterior deve prevalecer sobre norma anterior.

<sup>4</sup> O critério da especialidade determina que a norma especial deve prevalecer sobre norma geral.

<sup>5</sup> O critério hierárquico determina que a norma superior deve prevalecer sobre norma inferior.

uma relação de precedência de um em face do outro, sob determinadas condições (ALEXY, 2015, p. 93).

Assim, de acordo com o autor alemão (2015, p. 93-94):

[...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Quando ocorre uma colisão entre princípios, é necessário realizar um juízo de ponderação entre eles para se definir qual dos valores – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso<sup>6</sup> no caso concreto. Por isso, diz-se que a tensão entre princípios não pode ser resolvida por meio do estabelecimento da precedência absoluta de um deles sobre o outro, ou seja, nenhum dos princípios goza, “por si só, de prioridade” sobre os demais (ALEXY, 2015, p. 95). Assim, o objetivo da ponderação é estabelecer qual princípio terá precedência sobre o outro, a depender das condições concretamente observadas.

Assim, analisando-se o caso concreto, há o estabelecimento de relações de precedência condicionadas quando há colisões entre princípios. Esse estabelecimento de relações consiste na delimitação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Porém, ao se analisarem outras condições, pode ser que a precedência se resolva de forma totalmente contrária à primeira. Por isso, Alexy (2015, p. 97) propõe a construção da seguinte diretriz:

Em um caso concreto, o princípio  $P_1$  tem um peso maior que o princípio colidente  $P_2$  se houver razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições  $C$ , presentes nesse caso concreto.

Aliás, uma outra relação que pode ser obtida ao se analisarem as condições de precedência ocorre quando o intérprete se depara com uma prática que viola um direito fundamental. Essa violação deve ser proibida e, nesse caso, formula-se uma outra regra baseada no pressuposto de que “se uma ação

---

<sup>6</sup> De acordo com Alexy, a dimensão do peso é determinada pela otimização dos princípios em colisão, uma vez que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 90).

preenche as condições C”, conforme acima elencada, “então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2015, p. 98).

Por conseguinte, essa condição de precedência, identificada pela letra “C”, desempenha um duplo papel: se a precedência de um princípio é determinada a depender das condições C, então, a consequência jurídica resultante da aplicação desse princípio só será aplicável se as condições C estiverem presentes. Desse enunciado de precedência decorre também uma regra, qual seja: diante da existência da condição C, prescreve-se necessariamente a consequência jurídica do princípio prevalente (ALEXY, 2015, p. 98-99).

Nesses termos, Cláudia Toledo (2013, p. 81-90) destaca que, ao se proceder a um juízo de ponderação (com a utilização da máxima da proporcionalidade), obtém-se uma regra jurídica que será aplicada ao caso concreto investigado. Como mandamento definitivo, essa regra será aplicada por meio da subsunção.

Dessa maneira, Alexy (2015, p. 99), baseado nessas premissas, esquematiza a chamada “lei da colisão”:

(K): Se o princípio  $P_1$  tem precedência em face do princípio  $P_2$  sob as condições C:  $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$ , e se do princípio  $P_1$ , sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ .

Uma formulação menos técnica seria:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Portanto, a lei de colisão representa um dos alicerces da teoria dos princípios, defendida por Alexy. Para ele, ela retrata a natureza dos princípios como mandamento de otimização, uma vez que fica evidente que inexistente relação absoluta de precedência de um princípio em relação ao outro, a relação depende das condições do caso concreto, estabelecendo-se uma precedência principiológica condicionada (TOLEDO, 2011, p. 231).

Assim, para Alexy (2015, p. 100), “o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de ‘afastamento do direito fundamental em relações individuais”’.

## 1.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Considerando a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, a aplicação da máxima da proporcionalidade é a medida que se impõe (TOLEDO, 2017a, p. 111-112). Ou seja, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*” (SILVA, 2002, p. 43).

Para Alexy, a proporcionalidade<sup>7</sup>, construída a partir de três máximas parciais – adequação (meio mais adequado para alcance do fim visado), necessidade (meio menos gravoso para alcance do fim visado) e proporcionalidade em sentido estrito (juízo de ponderação dos princípios) –, é derivada de uma análise lógica da natureza dos princípios. Assim (ALEXY, 2015, p. 116-117):

[...] 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 [...] é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais’.

De forma específica a cada máxima parcial, o jurista alemão (2015, p. 118) entende que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

---

<sup>7</sup> “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. **As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.** Cf., nesse sentido, Gorg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen: Mohr, 1983, p. 11, que faz menção a um ‘enunciado jurídico passível de subsunção’” (ALEXY, 2015, p. 117, rodapé 84) [grifo em negrito acrescido].



Nesse contexto, para validar a conclusão acima exposta, Alexy analisa cada uma das máximas parciais da proporcionalidade, o que será feito a seguir.

### **1.2.1 Os juízos de adequação, necessidade e ponderação**

Nos termos acima elencados, Alexy apresenta a máxima da proporcionalidade como uma técnica desenvolvida com intuito de se garantir a racionalização das decisões judiciais, por meio do desenvolvimento de etapas pré-estabelecidas que deverão ser seguidas a cada julgamento. Cada uma das etapas é essencial para que, ao final, seja obtida uma solução procedimentalmente correta, no caso de colisões entre princípios. Então, para que seja possível a análise da correção das decisões judiciais, como se pretende fazer neste estudo, a conceituação e caracterização das máximas parciais da proporcionalidade são indispensáveis.

Dessa forma, a máxima da proporcionalidade se subdivide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. As duas primeiras estão voltadas para a análise das possibilidades fáticas e a última decorre das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015, p. 118).

A primeira, a máxima parcial da adequação, “exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados” (ALEXY, 2003, p. 137). Portanto, essa máxima trata da análise fática dos meios empregados para que os fins pretendidos sejam atingidos, em um cotejo entre meio e fim. Assim (ALEXY, 2015, p. 590):

Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas - a saber: aquilo que não é adequado - sem, com isso, determinar tudo.

Logo, se uma medida é não adequada a um princípio e afeta negativamente a realização de um segundo princípio, então ela será indiferente para aquele primeiro princípio, mas será proibida pelo segundo, sob o contexto

da otimização em relação às possibilidades fáticas. Caso os meios utilizados sirvam, mesmo que minimamente, para promover os fins perseguidos pelos princípios em colisão, a medida será adequada. Se assim o for, parte-se para a análise da necessidade dos meios escolhidos.

Na segunda etapa, ao se examinarem dois meios igualmente adequados a um dos princípios colidentes, o meio a ser escolhido deve ser o que menos intervém no segundo princípio, ou seja, aquele meio que seja menos oneroso ou o mais benéfico, aquele que melhor realiza o fim visado (TOLEDO, 2011, p. 231). Mais uma vez, Alexy (2003, p. 137) explica:

Se há um meio menos intensamente interferente e que seja igualmente adequado, pode-se melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, no entanto, que não haja um terceiro princípio ou finalidade (*goal*),  $P_3$ , que seja negativamente afetado pela adoção dos meios intensivamente menos interferentes em  $P_2$ .

Com isso, se um dos princípios em colisão pode ser realizado em maior proporção quando se opta pela medida  $M_2$ , por exemplo, ao invés de  $M_1$ , e nenhuma dessas duas medidas interfere na realização do princípio em oposição, então, sob o contexto da otimização das possibilidades fáticas,  $M_2$  é permitido e  $M_1$  é proibido.

Evoluindo-se para a última máxima parcial, na proporcionalidade em sentido estrito ou na ponderação “não mais se questiona dos meios utilizados ou a serem utilizados para a efetivação de determinado princípio em detrimento de outro, mas da harmonização dos princípios em si” (TOLEDO, 2011, p. 232). Portanto, ao analisar a terceira máxima parcial, Alexy (2015, p. 117) assevera que esta decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Isso significa que, em caso de colisão entre princípios, a possibilidade jurídica para a realização de um dos princípios depende do princípio antagônico. Assim, para que se obtenha uma solução é preciso que se faça um juízo de ponderação de acordo com os fundamentos da lei da ponderação: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2015, p. 167).

A partir dessa noção, Alexy (2003, 137) entende que a lei da ponderação pode ser dividida em três etapas ou estágios:

O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.

Então, de acordo com Robert Alexy, a ponderação pressupõe o cumprimento de três etapas. Na primeira delas, deve-se analisar a intensidade de interferência no âmbito jurídico de um dos princípios provocada pelo outro, avaliando-se qual é o tamanho do prejuízo ou afetação a ser causado no primeiro princípio. Em um segundo momento, examina-se o grau de relevância do princípio opositor àquele primeiro. Por último, no terceiro passo, faz-se a correlação entre as duas primeiras etapas para determinar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário (opositor) justifica o prejuízo ao cumprimento do primeiro (ALEXY, 2011, p. 111).

A aplicação da máxima da proporcionalidade na colisão de princípios se torna, portanto, indispensável para que seja possível afastar o arbítrio das decisões judiciais, traçando-se um procedimento pré-definido, cujas etapas são requisitos obrigatórios para trazer racionalidade à decisão. Conforme ressalta Rafael Lazzarotto Simioni (2014, p. 291), "Alexy observa que as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são regras cujo cumprimento garante já uma aproximação à exigência da racionalidade".

Dessa forma, nota-se que as estratégias de argumentação e interpretação jurídicas definidas nesta análise são fundamentais para entender o sentido das normas principiológicas e o tratamento jurisprudencial em face de um conflito de valores constitucionais, em uma profundidade condizente com as demandas societárias atuais. Especialmente porque os valores consagrados nos direitos humanos são positivados na Constituição como conteúdo dos direitos fundamentais.

### 1.3 A FÓRMULA DO PESO

Alexy desenvolve a fórmula do peso, que constitui uma expressão matemática representativa da última máxima parcial da proporcionalidade – a

ponderação –, de forma a possibilitar que o intérprete estabeleça uma gradação, entre grave, moderado e leve, de intervenção e importância dos princípios em colisão para que, ao final, se determine qual princípio terá prevalência. Trata-se, portanto, de uma expressão matemática que representa o processo de ponderação, em especial, “no momento de sua aplicação pelo Poder Judiciário de qualquer país do mundo organizado sob o modelo de Estado Democrático de Direito” (TOLEDO, 2017b, p. 38).

A solução construída pelo operador do direito dará origem a uma *norma de direito fundamental atribuída*, que, ao mesmo tempo, também é uma *regra jurídica*, aplicável ao caso concreto como um mandamento definitivo (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 86-87), “à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva” (ALEXY, 2015, p. 102).

Assim, essa regra ou a norma de direito fundamental atribuída será aplicada por subsunção ao caso concreto e a todos os casos futuramente semelhantes. Isto é, na hipótese de colisões ulteriores entre os mesmos princípios, que possuírem iguais condições C da primeira colisão decidida, a mesma solução, a regra criada ao fim da análise da proporcionalidade como um todo, será necessariamente aplicada para resolver aquele conflito de interesses (ALEXY, 2015, 103).

Ao elaborar a fórmula do peso, o autor alemão ressalta que “a legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar” (ALEXY, 2011, p. 131). Dessa forma, fica evidente a importância das etapas desenvolvidas para que a fórmula do peso seja aplicada, haja vista que trará mais racionalidade para a decisão. Mais uma vez, como se tem o intuito de examinar os acórdãos do Supremo Tribunal Federal ao final deste estudo, analisar de forma minuciosa essa expressão matemática criada por Alexy é indispensável.

### **1.3.1 A escala triádica**

Para começar a perquirição acerca da fórmula do peso, Alexy explica a necessidade de se adotar um modelo submetido a graus conforme a lei da ponderação. Assim, segundo o autor, para se chegar a uma sentença geral sobre a ponderação racional deve-se considerar um modelo de três graus ou triádico

– leve, moderado ou grave. Naturalmente, para o ponderar, a tripla gradação não é coercitiva, pois no início do processo pode ser estipulada a existência de dois graus ou um número maior de graus, além de três. Entretanto, a tríade tem perante tais alternativas (dois graus ou graus acima de três) “a vantagem que ela corresponde particularmente bem à prática da argumentação jurídica. Além disso, ela deixa ampliar-se de um modo evidente particularmente intuitivo” (ALEXY, 2011, p. 138).

Para simplificar o modelo triádico, Alexy (2011, p. 138) adota as letras “*l*”, “*m*” e “*s*” para representar, respectivamente, os graus leve, moderado e grave. O objeto de avaliação, a ser estabelecido como leve, moderado ou grave (“*l*”, “*m*” ou “*s*”), será o “grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio”, bem como “a importância do cumprimento do outro”, conforme determina a lei da ponderação. Nesses termos, relembra-se que ela dita que “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 137).

Em um primeiro momento, a análise do “não cumprimento” e “prejuízo” parte de um conceito duplo, ou seja, ela exprime a dicotomia entre direito de defesa e de proteção. Caso se esteja examinando um direito fundamental caracterizado como “de defesa”, a medida a ser avaliada manifesta-se como uma intervenção. E, de acordo com Alexy, intervenções são prejuízos, permitindo-se entender que grau de prejuízo corresponde à “intensidade da intervenção” (ALEXY, 2011, p. 138).

Ademais, cada intervenção pode ser designada também como “não cumprimento”. Essa expressão “não cumprimento”, por outro lado, refere-se, de maneira mais usual, aos “direitos de proteção”, uma vez que, por eles, exige-se uma não omissão, ou melhor, uma ação positiva. Assim, se um princípio impõe uma ação protetiva, quando ela não é executada, tem-se um não cumprimento do princípio, bem como uma intervenção em seu escopo de atuação, podendo-se falar, mais precisamente, então, em uma “intervenção por não cumprimento” (ALEXY, 2011, p. 138).

Logo, analisando a lei da ponderação, Alexy emprega “ $P_i$ ” como variável para aquilo cuja violação é examinada por causa do não cumprimento ou prejuízo, e, para a intensidade da intervenção em  $P_i$ , ele atribui a expressão “ $IP_i$ ”. Segundo o autor, as intervenções são sempre intervenções concretas. A

intensidade da intervenção é, por isso, uma grandeza concreta. Como tal, ela se diferencia do peso abstrato de " $P_i$ ", que é colocado como " $GP_i$ " (ALEXY, 2011, p. 138-139).

Sobre o peso abstrato, Alexy (2011, p. 139) afirma:

O peso abstrato de um princípio  $P_i$  é o peso que cabe a  $P_i$  relativamente a outros princípios, independente das circunstâncias de alguns casos. Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, isso, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral. Se o peso abstrato dos princípios colidentes é igual, pode ele ser excluído da ponderação. A lei da ponderação denomina como primeiro objeto da ponderação somente a intensidade da intervenção. Isso mostra que ela foi formulada com vista à situação na qual os pesos abstratos são iguais, portanto, não desempenham nenhum papel.

Assim, para as situações nas quais os pesos abstratos são iguais, a própria variável " $GP_i$ " pode ser excluída da fórmula, uma vez que as duas grandezas – uma atribuída ao primeiro princípio e outra ao segundo – se autoexcluem.

Aliás, considerando ainda que a intensidade da intervenção é uma grandeza concreta, então, as conjecturas do caso serão imprescindíveis para determiná-la. Nesse contexto, Alexy expressa as circunstâncias fáticas por meio da letra " $C$ " e conclui que o primeiro objeto de avaliação da escala triádica (leve, moderado ou grave), a intensidade de intervenção, pode ser demonstrada como " $IP_iC$ ". Esta, por sua vez, expressa três aspectos: " $P_i$ " trata do princípio  $P_i$ , " $I$ " trata da intensidade de uma intervenção, e " $C$ " trata de um caso concreto. O autor também assevera que em vez de " $IP_iC$ " pode-se simplesmente escrever " $I$ "<sup>8</sup>, sendo " $I$ " a intensidade da intervenção e " $P_i$ " a referência a  $P_i$ , assim, " $C$ " não precisa ser escrito pois se trata de uma grandeza concreta, inferindo-se que ela já se encontra na intensidade da intervenção por si mesma (ALEXY, 2011, p. 139).

As mesmas anotações podem ser feitas acerca do peso abstrato. O peso abstrato de  $P_i$  colocado como " $GP_i$ ", adicionando à expressão a abstração de forma explícita, tem-se a fórmula " $GP_iA$ ", em que (A) é a designação detalhada do peso abstrato (G) de  $P_i$ . A formulação concisa adquire, em equivalência, a

---

<sup>8</sup> " $I = IP_iC$ " (ALEXY, 2011, p. 139).

forma " $G_i$ ". O peso abstrato, expresso por " $G_i$ " ou " $GP_iA$ ", somente desempenha um papel na ponderação, quando ele se distingue do peso abstrato do princípio em sentido contrário, conforme acima exposto. Então, se os pesos abstratos de ambos os lados são iguais, eles se neutralizam reciprocamente (ALEXY, 2011, p. 139-140).

O segundo objeto da avaliação triádica, nos termos da lei da ponderação, é a "importância do cumprimento" do princípio em sentido contrário. Como na primeira parte da equação, as circunstâncias concretas também se aplicam a esse segundo objeto, de forma a incidir apenas a importância concreta (ALEXY, 2011, p. 140).

Considerando que a lei da ponderação se refere exclusivamente à relação entre os princípios colidentes, pode-se concluir que ela depende das repercussões que a omissão ou a não efetivação da medida interveniente em  $P_i$  iria ter sobre o cumprimento do princípio em sentido contrário, que deve ser notado como " $P_j$ " (ALEXY, 2011, 140). Assim:

A importância concreta do cumprimento de  $P_j$  determina-se, por conseguinte, segundo as repercussões que a omissão da intervenção em  $P_i$  teria para  $P_j$  [...]. Isso deixa-se generalizar e formular na proposição seguinte: a importância concreta de  $P_j$  é calculada segundo isto, quão intensivamente a não intervenção em  $P_i$  intervém em  $P_j$  (ALEXY, 2012, p. 140-141).

Dessa forma, o grau de importância do princípio em sentido contrário deve ser determinado com base na análise do grau de prejuízo a ser suportado por esse segundo princípio, caso não prevalecesse no caso concreto em questão, ou seja, quão alta seria a intervenção no princípio opositor caso o primeiro princípio fosse aplicado. Portanto, de acordo com Alexy (2011, p. 141) "o conceito da importância concreta de  $P_j$  é, como exposto, idêntico com o conceito da intensidade da intervenção em  $P_j$  por omissão da intervenção em  $P_i$ ".

Para se formular a expressão que se refere ao princípio opositor, de forma a deixar a fórmula mais clara e concisa, pode-se empregar também a grandeza da intensidade de intervenção, ou melhor, " $I$ ". Logo, o equivalente para a fórmula " $IP_iC$ " é " $IP_jC$ ", que pode ser reduzida para " $I_j$ "<sup>9</sup>, nos mesmos termos acima explicados. Fixados, portanto, os objetos de avaliação triádica para os

---

<sup>9</sup> "Também aqui vale:  $IP_iC=I_i$ " (ALEXY, 2011, p. 141).

dois primeiros passos da lei da ponderação, deve-se considerar, a partir deste ponto, o terceiro passo a ser executado, ou seja, como as valorizações serão postas uma em relação a outra (ALEXY, 2011, p. 141).

No que se refere à comparação desses dois primeiros passos, tem-se que a comparabilidade não recai sobre os objetos em si, pois eles são incomensuráveis. Não existe possibilidade de se comparar, por exemplo, um ato que expresse uma opinião contrária ao interesse de outrem com uma indenização em dinheiro por danos sofridos. Esses dois fatos sociais não possuem nada em comum que permita assentar um ponto de comparação. Para tanto, a comparabilidade, posta por Alexy (2011, p. 142), deve incidir sobre o significado desses objetos para a Constituição. Cria-se, então, um ponto de vista uniforme que será o ponto de partida para que se estabeleça uma escala objetiva de cada um dos princípios.

Definindo-se um ponto de partida único, afasta-se um discurso de retórica vazio, pois a razão designada para aquele caso não dependerá do ponto de vista do intérprete, mas sim do quanto aquela interferência vale para a Constituição. Além disso, em um segundo momento, deve-se definir uma escala comparativa a fim de propiciar a definição de graus baseados nas perdas e ganhos jurídico-fundamentais de cada objeto colidente. Para Alexy, nos termos acima expostos, a melhor escala seria a colocação de graus leve, moderado e grave, sendo que “seu emprego a partir de um ponto de vista uniforme da constituição cria comensurabilidade” (ALEXY, 2011, p. 142).

Partindo-se desse pressuposto, o terceiro passo da lei da ponderação pode ser executado de forma simples, inclusive ressaltada pelo jurista alemão (2011, p. 142): “se, primeiro, uma vez, está criada comensurabilidade por ponto de vista e escala, então a questão, como deve ser efetivado o terceiro passo da ponderação, mostra-se simples”. Assim, existem três conjunturas, nas quais a intervenção em  $P_i$  é mais intensiva do que aquela a incidir sobre  $P_j$  (ALEXY, 2011, p. 143):

- (1)  $l_i: s, l_j: l$
- (2)  $l_i: s, l_j: m$
- (3)  $l_i: m, l_j: l$



Nos três casos,  $P_i$  prevalece sobre  $P_j$ , ou seja, “ $(P_i \mathbf{P} P_j) C$ ”, sendo  $C$  as circunstâncias do caso concreto. Estabelece-se, portanto, uma relação de precedência condicionada às circunstâncias fáticas  $C$ . Por outro lado, para os casos que prevalece  $P_j$ , tem-se (ALEXY, 2011, p. 143):

- (4)  $l_i: l, l_j: s$
- (5)  $l_i: m, l_j: s$
- (6)  $l_i: l, l_j: m$

Para esses três outros casos,  $P_j$  prevalece sobre  $P_i$ , ou seja, “ $(P_j \mathbf{P} P_i) C$ ”, sendo  $C$ , de igual forma, as circunstâncias do caso concreto. A esses seis casos, acrescentam-se ainda três casos de empate ou impasse. Em casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado (ALEXY, 2011, p. 143):

- (7)  $l_i: l, l_j: l$
- (8)  $l_i: m, l_j: m$
- (9)  $l_i: s, l_j: s$

Os graus da escala triádica, estabelecidos por Alexy como melhor forma para se quantificar a intensidade de intervenção e o grau de importância de satisfação, sistematizam classificações encontradas na prática diária e na argumentação jurídica. Essa tripla gradação não deve ser considerada partindo-se de uma escala métrica de “0-1”, uma vez que os dois primeiros passos da lei da ponderação não são metrificáveis. Para o autor, é muito mais simples determinar se o prejuízo é mais grave do que a importância de satisfação ou se o prejuízo é pequeno em relação à relevância daquilo que prescreve o direito (ALEXY, 2011, p. 143).

De fato, o autor alemão reconhece que, em alguns casos, haverá certa dificuldade em se estabelecer a precedência de um dos princípios, talvez essas sejam as situações em que deve considerar um empate ou impasse. Porém, de qualquer forma, as possibilidades devem ser analisadas a partir das condições postas pelo caso concreto e, só então, determinar-se-á se existe razão suficiente para que um princípio prevaleça sobre o outro.

### 1.3.2 A fórmula

Existem duas possibilidades, fundamentalmente diferentes, de se tratar “ $I_i$ ” e “ $I_j$ ”. A primeira trabalha com sequências aritméticas e a segunda trabalha com sequências geométricas. Existem inúmeras possibilidades de determinar a tríade leve, moderado e grave, como sequência aritmética, uma especialmente simples é a sequência “1, 2, 3”. A utilização do método aritmético é vantajosa em relação à sua simplicidade, entretanto, para os casos de empate (quando o peso concreto de cada princípio é igual), percebe-se que nenhum princípio é capaz de exercer força, seja negativa ou positiva, sobre o outro princípio.

Nesse contexto, Alexy (2011, p. 145) ressalta que uma qualidade central para princípios pode ser comprovada pela aplicação do modelo triádico a uma sequência geométrica e não aritmética. Para simplificar a análise matemática, o jusfilósofo trabalha com as grandezas geométricas “ $2^0$ ,  $2^1$  e  $2^2$ ”, cujos resultados são: “1, 2 e 4”. Logo, “essa sequência distingue-se da aritmética, essencialmente, pelo fato de os intervalos entre os graus não serem, cada vez, iguais, mas crescerem” (2011, p. 146). Por essa razão, os princípios serão mais fortes, considerando os intervalos maiores ao se determinar a intensidade de intervenção. A análise geométrica possibilita a determinação do peso concreto de  $P_i$  a partir da “fórmula cociente”, conforme exposto por Alexy (2011, p. 246):

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Essa expressão forma o núcleo da fórmula do peso, objeto deste estudo. Em sua estruturação completa, a fórmula do peso contempla, além das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios em colisão, bem como os graus de segurança das suposições empíricas acerca da realização ou não realização dos princípios, a partir da análise das medidas postas pelo caso concreto.

De novo, considerando então a escalação triádica simples. Nos casos em que “ $P_i$ ” prevalece sobre “ $P_j$ ”, “ $G_{i,j}$ ” obtém um valor que é maior que 1 (ALEXY, 2011, p. 146-147):

- (1) s, l = 4/1 = 4
- (2) s, m = 4/2 = 2
- (3) m, l = 2/1 = 2

Por outro lado, na prevalência de “ $P_j$ ”, o peso concreto de “ $P_i$ ” é menor do que 1 (ALEXY, 2011, p. 147):

$$(4) l, s = 1/4 = \frac{1}{4}$$

$$(5) m, s = 2/4 = \frac{1}{2}$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$$

Nos casos de empate, o valor também é igual, mas, desta vez, a 1 (ALEXY, 2011, p. 147):

$$(7) l, l = 1/1 = 1$$

$$(8) m, m = 2/2 = 1$$

$$(9) s, s = 4/4 = 1$$

Em um primeiro momento, ao se compararem as sequências aritmética e geométrica, não se vê uma real vantagem na utilização da última, apenas os intervalos seriam maiores. Ademais, poderia ainda afirmar que o valor “0”, da grandeza aritmética, identificaria o empate de forma mais precisa do que o valor “1” da formulação geométrica. Entretanto, a diferença da utilização de uma fórmula baseada na grandeza aritmética e geométrica “torna-se clara quando se compara a justificação minimíssima e a extrema de uma intervenção em um direito fundamental” (ALEXY, 2011, p. 147).

Assim, quando se tem uma intervenção muito grave – classificada como “ss” – e, em comparação, um peso muito pequeno do outro lado – classificado como “ll” –, em um modelo triádico duplo, cuja sequência aritmética seja de 1-9 (e não mais 1, 2 e 3), o peso concreto de um direito fundamental será de “8”. Em contrapartida, se a grandeza geométrica for utilizada, o peso concreto do direito passa para “256”, uma vez que serão comparados os valores de “2<sup>8</sup>” (“ss”) e “2<sup>0</sup>” (“ll”) (ALEXY, 2011, p. 147-148).

De outra forma, a justificação extrema de uma intervenção do extremo oposto, cujos valores representariam “ll” e “ss”, tem, pela sequência aritmética, o resultado de “-8” e, pela sequência geométrica, o resultado “0,00390625”. Os valores obtidos por essa última conjectura tendem a zero ou ao infinito, o que melhor traduz uma justificação minimíssima e extrema de uma intervenção.

Além das intensidades de intervenção, conforme acima pontuado, os pesos abstratos também podem interferir no resultado da fórmula, quando eles forem distintos um do outro. Quando eles forem iguais, irão se autoexcluir e conseqüentemente se neutralizarão. Então, levando-se em conta os pesos abstratos ( $G_i$  e  $G_j$ ), três conjunturas fundamentais são possíveis: a primeira ocorre quando os pesos abstratos são diferentes, mas as intensidades de intervenção são iguais – neutralizando-se; a segunda, a mais comum, ocorre quando os pesos abstratos são iguais e as intensidades de intervenção diferentes; por último, a terceira ocorre quando tanto os pesos abstratos, quanto as intensidades são diferentes. Essas conexões são representadas por ALEXY (2011, p. 148-149), de acordo com a ampliação da fórmula do peso:

$$G_{i,j} = \frac{I_j \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Os produtos  $I_i \cdot G_i$  e  $I_j \cdot G_j$  expressam algo designado como "peso". Nesse sentido, pode denominar-se o produto " $I_i \cdot G_i$ " tanto de "peso concreto não relativo", como de "importância" de  $P_i$ , sendo que essas expressões devem ser entendidas como uma grandeza existente entre o peso concreto e o peso relativo. Se se escolhe esse caminho, então define-se o peso concreto não relativo como importância (" $W_i, W_j$ "), ou seja: " $W_i = I_i \cdot G_i$ " e " $W_j = I_j \cdot G_j$ " (ALEXY, 2011, p. 149).

Com essas considerações, o jusfilósofo (2011, p. 150) conclui que:

Uma leve ( $I$ ) intervenção em um princípio com alto ( $S$ ) peso abstrato ( $G_i$ ) tem a mesma importância ( $W$ ) como uma grave ( $S$ ) intervenção ( $I_j$ ), existente na sua omissão, em um princípio de mínimo ( $I$ ) peso abstrato ( $G_j$ ). Nasce, assim, um empate.

Passando-se, nesse ponto, para a análise da terceira *variável* da fórmula do peso – o grau de segurança das premissas empíricas e normativas –, deve-se considerar a certeza de "quão intensa é a interferência em  $P_i$  e quão intensa a interferência em  $P_j$  seria se a interferência em  $P_i$  fosse omitida" (ALEXY, 2011, p. 150). Segundo Alexy, nessas conjecturas nem sempre se exige certeza, mas a incerteza também não pode ser admitida arbitrariamente. Entre os critérios utilizados para se determinar a certeza está a fixação da importância do direito

fundamental objeto da análise, a ser fixada a partir da intensidade de intervenção e o peso abstrato (ALEXY, 2011, p. 150).

Com essas considerações, em paralelo à lei da ponderação, o autor (2011, p. 150) formula a “lei da ponderação epistêmica”, que diz: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2015, p. 618).

Assim, nos termos desenvolvidos por Alexy, também na lei da ponderação epistêmica é recomendável uma escalação triádica. A essa definição correspondem também três graus: certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e) (ALEXY, 2011, p. 150).

Em paralelismo, a segurança das premissas empíricas e normativas pode ser expressa por “ $S_i$ ” e “ $S_j$ ” ou, detalhadamente, “ $SP_iC$ ” e “ $SP_jC$ ”, respectivamente a cada princípio. Sendo que  $R_i = R_i^e \cdot R_i^n$ , considerando  $R_i^e$  como segurança das premissas empíricas e  $R_i^n$  como segurança das premissas normativas, o que também é aplicado ao  $S_j$  (ALEXY, 2014, p. 6).

Nesse caso, segundo Alexy, “g” (certo ou seguro) corresponderá ao valor  $2^0$ , “p” (sustentável ou plausível) ao valor  $2^{-1}$  e “e” (não evidentemente falso) ao valor  $2^{-2}$ . Com isso, a fórmula do peso completa pode ser expressa por (ALEXY, 2011, p. 150-151):

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Lembrando-se que “ $G_{i,j}$ ” representa o peso final entre os princípios colidentes – “ $P_i$ ” e “ $P_j$ ” –, obtido a partir da análise das circunstâncias “ $C$ ”, advindas do caso concreto posto em juízo. “ $I_i$ ” e “ $I_j$ ” são a intensidade de intervenção em “ $P_i$ ” e “ $P_j$ ”, respectivamente. “ $G_i$ ” e “ $G_j$ ”, por sua vez, são os pesos abstratos dos princípios “ $P_i$ ” e “ $P_j$ ”, que irão se neutralizar se forem iguais, e, por fim, “ $S_i$ ” e “ $S_j$ ” são os graus de segurança das premissas empíricas e normativas, relativamente ao primeiro princípio “ $P_i$ ” e ao segundo “ $P_j$ ”.

### 1.3.3 A fórmula ampliada

A análise até então realizada está adstrita à colisão entre somente dois princípios, ou seja, a fórmula acima destacada serve exatamente para buscar soluções apenas quando dois princípios se opõem. No entanto, de modo frequente, o operador do direito pode se deparar com situações em que existam mais de dois princípios em oposição, seja com a existência de vários princípios somente de um lado ou de ambos. Em tais casos, para colocar fim ao conflito de interesses posto em juízo, todos os princípios referidos devem ser considerados na relação de um com os outros (ALEXY, 2011, p. 152).

Para tanto, a versão mais descomplicada – acima exposta – retrata uma cumulação aditiva simples, então, se se admite uma cumulação aditiva também para os casos em cuja colisão se tem mais de dois princípios, a fórmula do peso poderia ser ampliada de acordo com a seguinte expressão (ALEXY, 2011, p. 152):

$$G_{i-j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Essa fórmula, portanto, é denominada de fórmula do peso ampliada, cuja característica é a acumulação de todos os princípios que discorrem a favor da medida analisada de um lado; enquanto, de outro, concentram-se todos os princípios em oposição que dispõem contra a medida (ALEXY, 2011, p. 152, rodapé 46). Para tanto, se a acumulação de argumentos se exterioriza por meio de uma adição, então, deve-se refletir sobre o que seria acumulável aditivamente.

Assim, de acordo com Alexy (2011, p. 153), os princípios acumulados não devem se cruzar substancialmente, isto é, os objetos de cada princípio, a serem otimizados, devem ser materialmente diferentes. Nessas situações, invoca-se, portanto, a regra que heterogeneidade é condição de acumulação.

## 2 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE E O DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Considerando que o direito à liberdade de expressão é objeto deste trabalho e o marco teórico é baseado no pensamento do jusfilósofo Robert Alexy, faz-se importante traçar esclarecimentos sobre o enquadramento daquele direito na doutrina desenvolvida pelo autor para que o tema seja elucidado da forma mais técnica possível. Logo, é o que se põe a fazer a partir de então.

### 2.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Alexy classifica os direitos fundamentais como direitos subjetivos que abarcam situações distintas, podendo atribuir ao seu titular um feixe de posições jurídicas diversas (ALEXY, 2015, p. 192-193). Nesse contexto, Alexy (2015, p. 193) classifica as posições jurídicas fundamentais que podem ser extraídas dos direitos fundamentais em três grandes grupos: direitos a algo, liberdades e competências. Em um mesmo direito podem estar inseridas essas três posições ao mesmo tempo, ocasião em que se teria o denominado *direito fundamental completo*, ou somente uma ou duas delas, a depender do caso. Para melhor elucidar o enquadramento jurídico das liberdades, passa-se a discorrer sobre esta classificação.

O primeiro grupo de posições jurídicas é constituído pelos *direitos a algo*, que devem ser considerados como uma relação triádica entre “um titular (A), um destinatário (B) e um objeto (G)”. Com isso, entende-se que se “A tem, em face de B, um direito a que B o ajude”; então, “em face de A, B está obrigado a ajudá-lo, e vice-versa”, constituindo uma obrigação relacional. As assertivas acerca dos direitos a algo e acerca das obrigações relacionais retratam a mesma coisa, mudando apenas as perspectivas, de um lado, a de A, de outro, a de B. (ALEXY, 2015, p. 208-209).

Nesse contexto, observa-se uma relação de correspondência entre direito e obrigação, com base na equivalência lógica que se estabelece entre a relação triádica dos direitos e a relação triádica das obrigações ou deveres (ALEXY, 2015, p. 208).

Acerca do segundo grupo de posições jurídicas, *liberdades*, o próprio autor (2015, p. 218-219) afirma que “o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado”. Nesses termos, analisar todos os aspectos associados a esse conceito seria, para Alexy, produzir uma extensa filosofia jurídica, social e moral, portanto, ele aborda em sua obra apenas as posições jurídicas fundamentais para conceituar o que seria “liberdade jurídica”. Dentro deste contexto é que se enquadra o direito geral de liberdade e, por conseguinte, o direito especial à liberdade de expressão – tema a ser abordado pormenorizadamente a seguir.

Por último, no terceiro grupo de posições jurídicas estão as *competências*, que podem ser enquadradas como capacidade jurídica para alteração de situações jurídicas próprias ou de outrem. Do exercício dessa capacidade jurídica, podem advir *normas individuais ou gerais* para cuja criação se atribuiu competência ao sujeito (por exemplo, a celebração de um contrato ou promulgação de uma lei) ou alteração das *posições jurídicas* dos sujeitos de direito submetidos àquelas normas (por exemplo, efeitos dos atos praticados pelos sujeitos fundados naquele contrato ou naquela lei) (ALEXY, 2015, p. 236).

Nesse contexto, a competência é distinguível do conceito de permissão, tendo em vista que um ato praticado por meio do exercício de uma competência, usualmente, também é um ato permitido; mas o contrário não é verdadeiro, pois inúmeras ações permitidas não alteram, necessariamente, uma situação jurídica. Portanto, um ato que é meramente permitido não é, por si só, a tradução do exercício de uma competência. (ALEXY, 2015, p. 236-237).

De acordo com Jellinek (1905, p. 47, *apud* ALEXY, 2015, p. 238), competências acrescentam algo à capacidade de ação do indivíduo que antes este não possuía. Assim, ainda de acordo com este autor:

Todas as disposições que dizem respeito à validade de atos e de negócios jurídicos estabelecem uma capacidade jurídica conferida expressamente pelo ordenamento jurídico. Essa capacidade encontra-se em nítido contraste em relação àquilo que é simplesmente permitido.



Diante do exposto, tendo sido estabelecido o enquadramento do direito geral de liberdade dentro do grande grupo das liberdades, passa-se para a análise dos conceitos primordiais ao presente trabalho.

## 2.2 SOBRE O CONCEITO DE LIBERDADE

A concepção de liberdade jurídica, de acordo com Alexy (2015, p. 218-219), pode ser examinada sob dois prismas: o primeiro tomaria como base um conceito mais amplo de liberdade e o segundo o conceito de permissão jurídica. Sob o primeiro aspecto, ao invés de questionar o que é a liberdade propriamente dita, foca-se na investigação sobre a estrutura do conceito de liberdade, pois o seu conceito, em si, conduziria a um projeto filosófico extenso, que, como acima apontado, não é o objetivo do autor.

A respeito de sua estrutura, Alexy (2015, p. 219) considera a liberdade como uma qualidade, e não um objeto, que pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades. Por essa razão, embora, usualmente, se diga que o titular do direito tem uma liberdade de ação, no sentido de possuí-la como objeto, na verdade, o correto a se dizer seria que o titular da liberdade é livre, aferindo-se a ele o atributo de sujeito livre.

Adentrando-se mais na questão, pode-se afirmar que o pressuposto para que uma pessoa seja considerada livre é a inexistência de “embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie”, o que estabelece uma relação diádica entre uma pessoa e um embaraço à liberdade. Portanto, a título de ilustração, uma pessoa livre para exercer seu direito à liberdade de expressão é aquela que não encontra óbice ou resistência para se expressar.

Entretanto, a relação diádica entre a pessoa e o embaraço à liberdade não é suficiente para se definir a estrutura da liberdade, pois existe também a necessidade de se obter uma descrição mais completa com base em enunciados que consideram três situações: se a pessoa é livre ou não; qual é o(s) obstáculo(s) a que ela está submetida; e qual é (são) o(s) ato(s) que se impede(m) ou embaraça(m) (ALEXY, 2015, p. 219-220).

Essas três situações, por sua vez, estabelecem uma relação triádica que define a liberdade específica de uma pessoa, ou seja, para se apontar a liberdade específica de um determinado indivíduo, deve-se considerar se ele é

livre; não sendo, passa-se a analisar qual é o obstáculo a que ele está sujeito, bem como qual é o ato que esse obstáculo o impede de realizar. Então, o jurista alemão (2015, p. 220) conclui que a liberdade de uma pessoa deve ser considerada como “a soma de suas liberdades específicas” e a liberdade de uma sociedade como “a soma das liberdades das pessoas que nela vivem”. Tal noção coloca as pessoas como os titulares de liberdades.

Nesse contexto, Alexy toma por base, para definir os enunciados sobre liberdade, a liberdade que refere a pessoas, uma vez que, mesmo as liberdades podendo recair sobre ação ou vontade – liberdade de ação ou liberdade da vontade –, estas são facilmente convertidas em enunciados de liberdade que se referem às pessoas. Assim, entende-se que uma liberdade de ação pode ser traduzida em uma liberdade de determinada pessoa produzir aquela ação; e uma liberdade da vontade pode ser traduzida na liberdade de uma pessoa querer ou não praticar aquela ação. É nesses termos que Alexy (2015, p. 220) afirma: “liberdade de ação, tanto quanto a liberdade da vontade, é uma abstração em relação à liberdade das pessoas”.

Dessa forma, o alicerce desse conceito é produzido a partir da “relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade” (ALEXY, 2015, p. 220). Por essa razão, por exemplo, pressupõe-se que uma pessoa (titular) tem liberdade de se expressar (objeto), não estando submetida a nenhum tipo de censura ou necessidade de licença prévia (obstáculo).

Considerando ainda essa relação triádica – sujeito, obstáculo e objeto da liberdade –, é necessário fazer uma distinção entre as possibilidades que recaem sobre esse último elemento, pois o objeto pode ser caracterizado como “somente uma ação” ou como uma “alternativa de ação” (ALEXY, 2015, p. 220-222). No primeiro caso, se o titular da liberdade se desprende de todos os obstáculos a ele impostos, ele se torna uma pessoa livre ou razoável, devendo praticar, necessariamente, a ação correta, segundo o direito positivo. Assim, Alexy descreve (2015, p. 221, rodapé 121):

Em conjunto com a constatação adicional de que uma pessoa liberada dos obstáculos à liberdade é uma pessoa autônoma, a qual decide sobre si mesma, temos como resultado que uma pessoa autônoma faz exatamente uma coisa: o correto.

Com isso, percebe-se que se forma uma relação singular entre o obstáculo à liberdade e o objeto caracterizado como “somente uma ação”, pois se exige que uma pessoa livre pratique necessariamente a ação devida legalmente e nenhuma outra. Logo, o conceito de liberdade a ser aplicado quando existir somente uma ação lícita é o conceito de liberdade positiva, que demanda obrigatoriamente a prática do ato.

Em contraposição, quando se considera como objeto da liberdade uma alternativa de ação, o titular da liberdade tem a faculdade de praticar ou não aquele ato. Fala-se, então, em liberdade negativa, pois o sujeito de direito pode decidir por si só em fazer ou não fazer algo, independentemente de alguma imposição externa, o que determina um dever de abstenção por parte do Estado (ALEXY, 2015, p. 222-223).

Dessa forma, só se fala em liberdade jurídica – ou seja, a única modalidade que interessa ao autor –, como uma espécie de liberdade, quando seu objeto for considerado como uma alternativa de ação. Ou melhor, pode-se concluir que a liberdade jurídica é uma liberdade negativa que permite ao seu titular fazer ou não fazer alguma coisa. Diante deste contexto, abandona-se, então, a primeira situação que tem como objeto a liberdade positiva, pois a liberdade não se resume a uma única ação.

Nesses termos, Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2015, p. 223):

[...] para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa.

Dentro do conceito de liberdade negativa, Alexy utiliza ainda a concepção de liberdade negativa em sentido estrito e em sentido amplo. A liberdade negativa em sentido estrito, de acordo com Alexy (2015, p. 223-224), “deriva da relação triádica de liberdade quando o objeto da liberdade são alternativas de ação e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo o Estado”. Por outro lado, as diferentes combinações de um titular da liberdade (x), do obstáculo (y) e do objeto (z) podem gerar diferentes liberdades,

o que corresponde ao conceito de liberdade negativa em sentido amplo. Assim, de acordo com o jurista (2015, p. 225):

Com base nessa concepção é possível organizar a confusão de conceitos de liberdade, pois ela possibilita a criação de uma classificação abrangente, por meio de substituições cada vez mais diferenciadas para o titular da liberdade (x), para o obstáculo à liberdade (y) e para o objeto da liberdade (z).

Tal constatação seria suficiente para se criar, por meio de diferentes substituições quanto ao titular da liberdade, ao obstáculo e ao objeto, uma tabela com todas as liberdades possíveis. Assim, dentro das posições elencadas nessa tabela, “algumas podem ser avaliadas como positivas; outras podem ser avaliadas como negativas e descartadas. Algumas podem ser atribuídas a normas de direitos fundamentais ou à constituição como um todo; outras, não”.

Nesses termos, a liberdade em sentido amplo, que envolve um vasto feixe de liberdades, também é abandonada pelo autor, pois ela envolve tanto a liberdade jurídica e como outras liberdades, por exemplo a liberdade econômica, considerada como não-jurídica (ALEXY, 2015, p. 223-224). Por exemplo, uma pessoa tem o direito de ir e vir – liberdade jurídica –, mas ela estaria submetida a um empecilho econômico – ausência de liberdade econômica –, se não possuir condições financeiras para arcar com as despesas de sua locomoção. Essa classificação, portanto, é externa ao direito e não pode ser incluída na definição de liberdade jurídica.

Para Alexy, então, entre todas as possíveis liberdades, o que interessa para o Direito é apenas uma posição da tabela, a liberdade jurídica, baseada na liberdade negativa. Ela é construída por meio do enunciado: “a está livre de proibições jurídicas para expressar ou não expressar sua opinião”, o que equivale a dizer que “é (juridicamente) permitido que A expresse sua opinião, e é (juridicamente) permitido que A deixe de expressar sua opinião” (ALEXY, 2015, p. 225-226).

Tal enunciado se refere, assim, ao conceito de permissão jurídica, e, esta, é a forma mais simples e clara possível para se definir liberdade jurídica. Logo, em suma, liberdade jurídica expressa-se “diretamente no conceito de permissão, em vez de baseá-lo na relação triádica geral de liberdade” (ALEXY, 2015, p. 226). Com isso, considera-se que a liberdade jurídica é uma permissão, pois é

uma não-proibição e um não-dever, ou seja, o que não é proibido e nem obrigatório, é permitido.

### 2.2.1 O conceito de direito geral de liberdade

Conforme acima exposto, o conceito de liberdade jurídica baseia-se no conceito de permissão jurídica, ou seja, o direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (ALEXY, 2015, p. 218-219). Dentro dessa concepção, o autor alemão discorre sobre o conceito de direito geral de liberdade, fundado no direito proclamado pela Constituição alemã, especificamente, no artigo 2º, § 1º. Seu estudo, portanto, parte das construções do Tribunal Constitucional Federal de seu país acerca desse dispositivo.

A teoria alexyana (2015, p. 341) se alicerça na orientação de que o Tribunal Constitucional alemão interpreta, desde suas primeiras decisões, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – art. 2º, §1º – como um direito à liberdade geral de ação. O entendimento utilizado nas decisões constitucionais reconhece, assim, uma teoria extremamente ampla para estabelecer o direito geral de ação como um direito geral de liberdade, reconhecendo-o, também, como um direito subjetivo (ALEXY, 2015, p. 343).

O direito previsto no artigo 2º, § 1º da Constituição alemã consiste, basicamente, na liberdade de fazer ou deixar de fazer algo que se pretende, o que implica dois reconhecimentos: o primeiro corresponde a uma norma *permissa* que autoriza, *prima facie* – caso não haja restrições –, a cada um fazer ou deixar de fazer o que se pretende; o segundo já parte da noção de norma de *direitos*, que reconhece o direito *prima facie* – caso não haja restrições – de cada um, contra o Estado, a que este não embarace sua ação ou abstenção. Essas duas considerações constroem um suporte fático amplo para o direito geral de liberdade, pois abarca tanto as ações dos titulares do direito à liberdade (normas permissivas), bem como as intervenções estatais nas ações desses titulares (normas de direitos) (ALEXY, 2015, p. 343).

O Tribunal Constitucional amplia ainda mais essa concepção do direito geral de liberdade, pois, as considerações, até então feitas, referem-se exclusivamente às ações dos titulares de direitos e a abstenção estatal em razão dessas ações; o Tribunal inclui ainda, no direito geral de liberdade, a proteção

de situações e de posições jurídicas dos titulares. Isso porque, caso haja interferências em qualquer uma dessas duas, a liberdade de ação será afetada indiretamente. O direito geral de liberdade, portanto, protege a liberdade de ação tanto de forma direta, quanto de forma indireta, pois se apenas houvesse proteção a ações, esse representaria parte do direito e não o todo. Ao se unirem essas três partes, forma-se um direito exaustivo à liberdade geral (ALEXY, 2015, p. 343-344).

Nesse sentido, como o Tribunal adotou uma teoria tão ampla do suporte fático, foi necessário também adotar uma concepção equivalente, também bastante ampla, da cláusula restritiva. Essa cláusula, por sua vez, é baseada na fórmula: “toda e qualquer norma jurídica compatível formal e materialmente com a Constituição” pode representar uma restrição ao direito geral de liberdade (ALEXY, 2015, p. 344).

Aprofundando-se ainda mais na temática, o Tribunal Constitucional Federal alemão entende que, para se definir o conteúdo e a extensão do direito geral de liberdade, é preciso considerar a dignidade humana, prevista no artigo 1º, §1º da Constituição do país, tida como inviolável e demandadora de respeito e de proteção em face de todos os poderes estatais.

A dignidade humana, por sua vez, pode ser conceituada como: “valor socialmente atribuído como intrínseco ao ser humano enquanto fim em si mesmo” (TOLEDO *et al.*, 2019, p. 220). A respeito, a dignidade humana é considerada como *valor socialmente atribuído* e não como valor intrínseco da pessoa, pois

Todo valor é criação cultural de uma sociedade, não nasce com o indivíduo, mas é a ele atribuído. Desse modo, o ser humano não nasce digno ou indigno *per se*, mas a ele é imputada a dignidade em virtude simplesmente de sua existência. Isto é, basta que o ser humano exista para que lhe seja atribuído o valor dignidade humana, pelo mero fato de o ser se apresentar como humano, por sua natureza humana. Ao se associar o valor dignidade à natureza humana, dota-se tal valor de universalidade. Reconhecer o ser humano como dotado de dignidade em virtude de sua humanidade significa considerar o indivíduo como fim em si mesmo, conforme a fórmula clássica kantiana (TOLEDO *et al.*, 2019, p. 219-220).

Já, o *valor social* da pessoa “é a dimensão da dignidade como valor comunitário, o que lhe atribui certo grau de *heteronomia*, com a consideração do indivíduo sob o prisma do grupo”. Esse valor diz respeito aos valores partilhados

pela sociedade, de acordo com “seus padrões civilizatórios” (TOLEDO *et al.*, 2019, p. 220). Por isso, pode-se afirmar que a dignidade humana tem uma dimensão *social* ou *objetiva*, e uma dimensão *individual* ou *subjativa*.

Alexy destaca ainda, sobre o tema, que a concepção de dignidade humana abarca um feixe de condições concretas, que necessariamente estarão (ou necessariamente não estarão) presentes para que ela seja garantida. É possível estabelecer um consenso acerca de algumas dessas condições, mas, em relação a outras, sempre haverá controvérsias; o importante é se estabelecer que o conteúdo da dignidade humana é variável a depender de quem ou de como ele é analisado (ALEXY, 2015, p. 354-355). Por essa razão, fala-se em um conceito unitário e concepções diversas de dignidade humana.

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal alemão assevera que a dignidade humana está

[...] baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado (ALEXY, 2015, p. 356).

Isso significa que o conceito de liberdade possui uma posição de destaque, pois, a partir desse conceito, pode-se afirmar que sem a liberdade a dignidade não estará garantida.

Nessa consideração, a referência feita à liberdade considera uma concepção de liberdade exterior, que corresponde a ausência de coerção externa sobre o titular do direito no momento de escolha entre as alternativas permitidas. Essa concepção sempre abarca a liberdade jurídica negativa, tendo em vista que “sem a liberdade jurídica negativa não há dignidade humana em sentido juridicamente relevante” (ALEXY, 2015, p. 357). Assim, em síntese:

[...] a liberdade negativa é uma condição necessária, embora não suficiente, da dignidade humana; [...]. Algo que é necessário para a dignidade humana não se torna para ela desnecessário - e, por isso, substituível - simplesmente porque outras coisas são também necessárias para essa dignidade (ALEXY, 2015, p. 355).

Além disso, o Tribunal alemão ainda considera que o conceito de dignidade humana não parte da análise de uma liberdade ilimitada, pois o sujeito

de direito deve aceitar as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador para que seja garantida e estimulada a convivência social dentro dos limites razoavelmente exigidos, preservando-se, também, a independência pessoal. Tal consideração é, certamente, obtida com a aplicação da máxima da proporcionalidade, uma vez que reconhece que a liberdade não é meramente restringível, mas é restringível desde que existam razões suficientes que justifiquem a restrição (ALEXY, 2015, p. 357).

Então, a partir dessas considerações, pode-se complementar a definição de liberdade negativa por meio do conceito exato de princípio da liberdade negativa

[...] pois, enquanto princípio, ele não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão-somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa (ALEXY, 2015, p. 357-358).

Por essa razão, esse conceito fundamenta o estabelecimento de vinculação do indivíduo à comunidade em sua plenitude, ou melhor, a liberdade negativa só se torna definitiva quando não existirem razões fundamentadas em direitos de terceiros ou da coletividade que sejam suficientes para impor uma restrição a prática daquele ato de liberdade (ALEXY, 2015, p. 357-358).

Assim, para que a liberdade seja restringível, é preciso que existam razões suficientes, construídas e justificadas por meio da aplicação técnica mencionada, para tanto. Desse modo, o objeto deste trabalho ganha forma, pois, de acordo com as explicações traçadas brilhantemente pelo autor alemão, em caso de colisões com o princípio da liberdade, nesse estudo em específico, da liberdade de expressão, a aplicação da máxima da proporcionalidade para justificar eventuais restrições é imprescindível.

### 2.3 O CONCEITO DE DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme acima discriminado, o direito à liberdade de expressão consiste em um direito especial de liberdade, que se enquadra dentro dos direitos formadores do direito geral de liberdade. Nesse sentido, pode-se afirmar, de



plano, que o direito à liberdade de expressão exprime uma permissão jurídica, ou seja, exprime o direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Mas, nesse caso em particular, é importante diferenciá-lo dos demais direitos, a partir da discriminação do objeto da permissão jurídica, ou seja, definindo-se quais ações ou abstenções se enquadram no conceito de “alguma coisa” próprio da liberdade de expressão. Portanto, é o que se faz a partir deste ponto.

Na doutrina brasileira, existem diversos apontamentos que dizem respeito a uma tentativa de definição do direito em comento. Assim, por exemplo, conforme ensina o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, e o professor, Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 392-393):

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>2</sup>.

No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar — juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.

A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência — esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. [...]

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura.

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva — direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo.

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal<sup>4</sup>. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assumas as consequências, não só cívicas, como igualmente penais, do que expressou.

A liberdade em estudo congloba não apenas o direito de se exprimir, como também o de não se expressar, de se calar e de não se informar. Desse direito fundamental, não obstante a sua importância para o funcionamento do sistema democrático, não se extrai uma obrigação para o seu titular de buscar e de expressar opiniões<sup>5</sup>.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro (2013, p. 330-335), afirmam que a liberdade representa

[...] um espaço sem ingerência de terceiros, de modo a garantir a qualquer indivíduo a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outrem. [...] as liberdades permaneceram como um direito de escolha até os dias atuais, apenas sofrendo alterações quanto às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos.

Nesse sentido, observa-se que a liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, e de não sofrer restrições impositivas, venham elas do Estado ou de outro indivíduo. Verifica-se, portanto, uma inequívoca conotação de restrição dirigida a todos em sociedade, assegurando ao indivíduo o exercício da sua autodeterminação. (BURDEAU, 1972).

[...]

A Liberdade de Pensamento como modalidade de liberdade considerada em si mesmo, antes de sua comunicação dirigida à sociedade, pouco interesse tem despertado para a diversidade dos doutrinadores na área do direito. Em verdade, compreende-se tratar de matéria unicamente atinente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem interesse à sociedade e ao ordenamento jurídico. [...] A preocupação com a tutela da liberdade na própria elaboração do pensamento tem sido relegada a segundo plano. Entretanto, parece não haver dúvidas no que se refere à tutela do pensamento quando ele se desloca do foro íntimo, ou simples função psíquica, para a palavra manifesta. **Tutela-se, portanto, a Liberdade de Manifestação do Pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso.** De igual maneira, essa proteção alcança a palavra escrita, ainda quando veiculada pela imprensa [grifo em negrito acrescido].

Sobre o assunto, Alessandro Gonçalves Paixão e Debora Pereira Silva (2018, p. 25-26) também ressaltam que:

A Liberdade de Expressão abrange a liberdade de pensamento e suas derivações (crença, culto, consciência, acesso à informação jornalística, científica, etc.) e também a manifestação, os sentimentos e as sensações desse pensamento. Entretanto somente as manifestações exteriores deste direito podem se submeter ao controle e conseqüentemente à tutela jurídica, assim o pensamento, como livre e absoluto que é, permanece resguardado. (p. 25-26).

Ademais, Rafael José Nadim de Lazari (2012, p. 29) assevera que

[...] a liberdade de expressão existe mesmo que não haja o intuito de informar, mas simplesmente com a finalidade de expor determinado ponto de vista, ainda que seja político ou religioso, para que passe a fazer parte da órbita social.

Wellington Magalhães (2013, p. 66), por sua vez, define a liberdade de expressão como “direito de expressar livremente o pensamento, ideias e opiniões”. E, ainda, para exemplificar, cita um artigo do Código Português que se refere ao direito de liberdade de expressão como: “direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio” (2013, p. 71, nota de rodapé 29).

Por fim, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz (2010, p. 403) entende que, para o direito de liberdade de expressão e à informação, o cidadão deve ter “condições de formar e expressar sua opinião de forma livre, autônoma e participativa”. Assim, para ele (2010, p. 406-407), “a liberdade de expressão se mostra como a via para a exteriorização do pensamento, possibilitando tanto a crítica política e social, quanto o livre desenvolvimento da personalidade”.

Nesses termos, observa-se que não há um conceito simples e objetivo, uniforme e consensual na doutrina sobre o direito à liberdade de expressão. Em geral, os conceitos ou definições estabelecidas pelos estudiosos reproduzem os próprios artigos preceituados pela Constituição Federal ou se restringem a discorrer sobre os objetos da liberdade de expressão. Dessa forma, intenta-se estabelecer um conceito que se aplique a todas as particularidades abarcadas por esse direito – por ser composto exclusivamente dos elementos essenciais (necessários) do objeto em foco, como todo conceito.

Antes de mais nada, faz-se importante também destacar os artigos da Constituição Federal que tratam do assunto, pois, embora o conceito desenvolvido não se limite a reproduzi-los, sua base normativa é imprescindível para estipular uma definição própria do direito brasileiro, que é marcado por sua constitucionalização. Assim, colacionam-se os artigos 5º, IV e 220, *caput* e §2º (BRASIL, 1988):

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;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.  
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Portanto, a partir do conceito de liberdade geral – direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei –, construído no tópico anterior, bem como dos artigos constitucionais, pode-se produzir um conceito específico do direito especial à liberdade de expressão, nos seguintes termos: *direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença*.

Para a elucidação da definição construída, depois de se identificar o conceito de liberdade geral apontado pelo próprio marco teórico deste trabalho, passou-se a analisar o significado da palavra “expressão”. Nesse sentido, como o direito não tutela as atividades que se restringem ao pensamento ou âmago do indivíduo, mas disciplina apenas sua exteriorização, ou seja, quando aquela atividade passar para a órbita social, entendeu-se melhor por conceituar a atividade de expressar como “direito a exteriorizar”.

Em seguida, partindo-se para a análise do objeto deste direito, constatou-se que o direito especial de liberdade não se refere exclusivamente à expressão de atividade intelectual, como alguns autores acima destacaram, mas sim de qualquer manifestação, seja intelectual, emocional, afetiva, artística, manual, etc. Por isso, opta-se pela expressão “manifestação humana”, uma vez que é termo genérico, amplo o suficiente para englobar todas as práticas eventualmente produzidas pelo ser humano.

Ainda quanto ao vocábulo “manifestação”, poder-se-ia indagar se essa escolha se aproxima muito do direito à liberdade de manifestação, o que, casualmente, poderia gerar confusão. Entretanto, ao adjetivá-la como “manifestação humana”, distancia-se claramente o sentido trabalhado neste texto daquele que possui ao se referir à “liberdade de manifestação”, pois neste a palavra “manifestação” diz respeito especificamente à demonstração enquanto movimento popular e não a outro tipo qualquer de expressão ou atividade humana.

Por fim, a sentença “independentemente de censura ou licença”, serve para indicar a prática livre e sem interferência estatal no direito de exteriorizar qualquer manifestação humana. Assim, demonstra-se que o direito à liberdade de expressão é constituído com base em um viés de direito de defesa, nos termos acima salientados acerca de liberdade jurídica, de modo que se impõe

uma abstenção pelo Estado em relação a uma conduta que interfira na esfera de liberdade do indivíduo.

Dessa forma, estabelecido o conceito do direito analisado no presente como “direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença”, bem como desenvolvidas as particularidades das noções alexyanas da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso, parte-se para o desenvolvimento do estudo jurisprudencial. A respeito, será investigado o tratamento do princípio da liberdade de expressão, na seara constitucional, construído e justificado por meio das aplicações técnicas mencionadas, quando se verificam colisões com outros princípios.

### 3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PESQUISA EMPÍRICA

#### 3.1 PESQUISA EMPÍRICO-DOCUMENTAL

Ultrapassada a pesquisa teórico-bibliográfica, realizada na primeira parte deste trabalho para examinar as definições essenciais à conclusão do estudo, passa-se à análise empírico-jurisprudencial, feita por meio de pesquisa exploratória qualitativa, a fim de examinar minuciosamente os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que tratam de colisões entre o princípio da liberdade de expressão e outros princípios.

Nesse sentido, entre as diversas metodologias criadas para o desenvolvimento de uma pesquisa empírica – como estudo de casos, entrevista de tipo qualitativo, observação direta, abordagem biográfica (POUPART *et al.*, 2012) –, optou-se pelo método de análise documental, com base no exame crítico de documentos virtuais disponibilizados no *site* do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca das decisões que envolvem o tema objeto da pesquisa.

A respeito da pesquisa documental, Cellard (2012, p. 295) reforça que:

No plano metodológico, a análise documental apresenta também algumas vantagens significativas. Como o enfatizou Kelly (apud GAÜTHIER, 1984: 296- 297), trata-se de um método de coleta de dados que elimina, ao menos em parte, a eventualidade de qualquer influência a ser exercida pela presença ou intervenção do pesquisador do conjunto das interações, acontecimentos ou comportamentos pesquisados, anulando a possibilidade de reação do sujeito à operação de medida.

Portanto, a escolha por este tipo metodológico teve exatamente a finalidade de objetivar os resultados apresentados, de forma a permitir que o pesquisador colhesse os dados sem influência das partes envolvidas nos conflitos postos em juízo. Ademais, por meio do documento, é possível realizar um corte longitudinal que beneficia a observação do processo social, com a evolução dos indivíduos, no caso deste estudo, dos julgadores; dos conceitos, dos comportamentos; das práticas, entre outros; até os dias hodiernos (TREMBLAY, 1968, p. 284 *apud* CELLARD, 2012, p. 295).

Considerando, assim, que os acórdãos das decisões analisadas foram disponibilizados, em inteiro teor, no endereço eletrônico da Suprema Corte brasileira, foi possível analisar o tratamento jurídico dado aos casos em comento, ao longo dos anos, de maneira a propiciar a compreensão de como ocorre a aplicação dos institutos investigados. Tais documentos virtuais viabilizam a ampliação das pesquisas jurídicas no escopo empírico e, atualmente, torna-se uma técnica imprescindível para a análise dos comportamentos institucionais junto ao sistema de justiça (BOMFIM, 2017, p. 14-15).

Para atestar a confiabilidade desta pesquisa, algumas ressalvas devem ser pontuadas (SILVA, 2019, p. 59-60)

- 1) a análise do inteiro teor dos acórdãos e a coleta dos documentos ocorre no próprio ambiente virtual disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal, em base de dados específica. Com isso, vislumbra-se a autenticidade dos documentos;
- 2) trata-se de espaço virtual pertencente a organismo oficial do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal, com domínio específico – .jus (www.stf.jus.br), sendo o domínio extensível à base de dados;
- 3) o espaço para acesso ao banco de dados possui os objetivos institucionais claramente fornecidos - proporcionar a pesquisa ao inteiro teor dos acórdãos, à movimentação processual e também aos autos eletrônicos em trâmite perante aquele Tribunal;
- 4) a organização e a apresentação das informações facilitam o acesso ao público.

Ademais, os acórdãos analisados diretamente na página eletrônica do tribunal (STF), visualizados em seu inteiro teor, estão estruturados conforme o seguinte esboço: (i) ementa, que contém os detalhes da questão analisada e o breve resumo do que ficou decidido; (ii) relatório, que contém a descrição fática da *lide*, as alegações resumidas das partes e dos eventuais pareceres de *amici curiae*; (iii) votos, primeiro, do relator e, em seguida, dos demais ministros, que contêm os argumentos que levaram à conclusão do julgado; e, por fim (iv) extrato da ata do julgamento, com o resumo do que ficou decidido, ou seja, da decisão final.

### **3.1.1 Recortes institucional, temático, processual, temporal**

O recorte *institucional* “diz respeito à escolha dos órgãos decisores que vão ser pesquisados. A decisão sobre esse aspecto do recorte metodológico

deve levar em conta a pertinência funcional do decisor ou do grupo de decisores” (FREITAS FILHO, LIMA; 2010, p. 10).

Assim, nesta pesquisa, foram analisadas as decisões dos órgãos colegiados que formam o Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão pleno, 1ª turma e 2ª turma.

A opção pela análise da jurisprudência do STF se justifica, quanto à *pertinência temática*, por sua competência para se manifestar sobre assuntos de relevância constitucional (art. 102 da Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Como o objeto deste trabalho se restringe à análise de princípios constitucionais – princípio da liberdade de expressão e outros que a ele sejam contrapostos –, o órgão escolhido não poderia ser outro, senão o STF. Realizou-se então o acesso eletrônico ao banco de dados existentes no endereço <www.stf.jus.br>. Na página inicial do *site*, selecionou-se o item Jurisprudência > Pesquisa. Em seguida, na página Pesquisa de Jurisprudência, preencheu-se o campo “Pesquisa Livre” inserindo, no termo de busca, a expressão *liberdade adj de adj expressão e proporcionalidade* (conforme exposto abaixo, em relação ao recorte temático), e marcando, no campo “Ministros”, “Todos”, no campo “Itens”, “Acórdãos”, no campo “Data”, 05/10/1988, como data inicial, e 31/12/2019, como data final (conforme explicado abaixo, no que tange ao recorte temporal).

Quanto ao recorte *temático*, conforme mencionado, utilizou-se como termo de busca no site oficial do STF a expressão *liberdade adj de adj expressão e proporcionalidade*. Foi acrescentado entre as palavras “liberdade” e “de” e “expressão” o operador “adj”, pois este serve para buscar palavras aproximadas, indicando ao instrumento de pesquisa que a distância aceitável entre a palavra que antecedeu o operador e a palavra que o sucedeu seria de apenas um espaço. Em seguida, foi acrescentado à expressão de busca os termos “e proporcionalidade”, pois o operador “e” tem como função, segundo a própria plataforma do Supremo, “procurar todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento” (SUPREMO, 2020).

O recorte *processual*, por sua vez, restringe-se aos acórdãos de decisões finais proferidas nos órgãos colegiados do STF – Tribunal Pleno, 1ª e 2ª Turmas. As decisões monocráticas foram excluídas da análise, tendo em vista que as mesmas refletem, em um primeiro momento, o posicionamento isolado dos ministros.



Por fim, quanto ao recorte *temporal*, adota-se um modelo amplo, limitado exclusivamente em relação ao termo final, ao ano de 2019, uma vez que a análise jurisprudencial se deu a partir do início do ano de 2020 – segundo ano correspondente à realização do curso de Mestrado. Assim, o termo inicial foi 05/10/1988, data da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e o termo final foi 31/12/2019. O intuito foi analisar a evolução da jurisprudência no decorrer dos anos, após a implementação dos preceitos normativos que destacam a liberdade de expressão na Carta Magna, em uma pesquisa exploratória qualitativa de todos os acórdãos encontrados nesse período.

Por fim, cumpre ressaltar ainda que houve uma mudança na página eletrônica do STF, em agosto de 2020, o que acarretou a alteração do resultado de busca, base da pesquisa jurisprudencial deste trabalho, realizada ao final de 2019. No entanto, como a análise empírica já estava em desenvolvimento quando desta alteração, o parâmetro utilizado continuou sendo aquele originalmente encontrado em 2019, sob pena de se provocarem interferências às conclusões até então obtidas.

Na pesquisa, portanto, foram encontrados 30 acórdãos como resultado da busca realizada. Essas decisões serão especificadas e analisadas adiante, nos itens 3.2.1 e 3.2.2 deste capítulo.

### **3.1.2 Critérios para tabulação**

A análise jurisprudencial considera os argumentos que mencionaram a máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais da adequação, necessidade e ponderação, bem como os critérios essenciais e indispensáveis para a construção da fórmula do peso, quais sejam, o grau de interferência no princípio preterido, o grau de importância do princípio preponderante, o grau de confiabilidade epistêmica empírica e normativa atribuído às condições do caso concreto. A esse respeito, foram considerados os argumentos que tecnicamente convergem com a aplicação da teoria alexyana, bem como aqueles que não a aplicaram de forma técnica, ou seja, que apresentam alguma atecnicidade. Tais argumentos foram submetidos ao exame quantitativo e qualitativo, de maneira a complementar o estudo, mediante a integração e tabulação cruzada dos dados totais levantados.

Elaborou-se uma Tabela-Padrão para fichamento das decisões judiciais, com base na qual todas as tabelas e os quadros a seguir apresentados foram construídos.

Essa tabela estrutura-se a partir de cinco divisões: (i) dados do processo; (ii) situação fática; (iii) decisão; (iv) máxima da proporcionalidade, e; (v) critérios para construção da fórmula do peso.

Os dados do processo relacionam-se aos elementos identificadores do processo em exame, quais sejam:

- Tribunal
- Ação
- Data
- Relator
- Requerente
- Requerido
- Endereço eletrônico

No campo “situação fática”, reúnem-se os componentes descritivos do caso concreto, de forma resumida, para que sejam esclarecidos os fatos que levaram à propositura de ação judicial.

No item “decisão”, colacionam-se os termos decisórios, produzidos a partir da conclusão final de todos os votos proferidos pelos ministros julgadores, bem como as principais razões que levaram ao deslinde do processo.

Na parte que se refere à “máxima da proporcionalidade”, são descritos os tópicos essenciais para a análise da mesma, partindo-se do destaque dos princípios colidentes e de quais foram os princípios preteridos e preponderantes de acordo com o caso analisado. Em seguida, passa-se à resenha das máximas, de acordo com a seguinte divisão:

- Proporcionalidade
- Adequação
- Necessidade
- Ponderação

Quantos aos princípios colidentes, considerando a situação de colisão principiológica, ao final da decisão, decide-se qual princípio prevaleceu sobre o outro, de acordo com as especificidades de cada caso concreto. Tal

identificação, dos princípios preponderantes e preteridos, é fundamental para a racionalidade da fundamentação da decisão.

No campo da “Máxima da Proporcionalidade”, identificam-se quais ministros fazem referência expressa a esses termos e quais foram os argumentos expostos, identificando se houve tratamento de forma técnica ou atécnica da referida máxima. Entende-se como tratamento de forma técnica aquele que corresponde à abordagem a eles feita por seu próprio autor, Robert Alexy, no contexto da teoria dos princípios. A aplicação atécnica, ao contrário, refere-se à abordagem conceitual equivocada da máxima da proporcionalidade ou à alusão meramente retórica a esse termo, isto é, (i) sem a explicação de suas nuances; (ii) sem o seu enquadramento ao caso concreto; (iii) com aplicação a ela de significado totalmente diverso do original; (iv) com equívocos na sua abordagem teórica.

No item das “Máximas Parciais” – adequação, necessidade e ponderação –, identificam-se também quais ministros fazem referência expressa a cada uma das máximas parciais, registrando-se quais foram os argumentos expostos e, da mesma forma que explicado acima em relação à máxima da proporcionalidade, verifica-se se houve tratamento técnico ou atécnico de suas máximas parciais.

Por outro lado, nos “critérios para construção da fórmula do peso”, leva-se em conta:

- Grau de interferência no princípio preterido
- Grau de importância do princípio preponderante
- Grau de confiabilidade epistêmica empírica
- Grau de confiabilidade epistêmica normativa

Com isso, nos itens “Grau de interferência no princípio preterido” e “Grau de importância do princípio preponderante”, procura-se investigar quais dos ministros fazem uma comparação entre os princípios colidentes, indicando, em um critério gradativo – entre leve, moderado e grave –, qual seria, respectivamente, a intervenção de um princípio no âmbito de aplicação do outro e qual seria a importância de cumprimento deste que justificasse aquela intervenção.

Quanto à “confiabilidade epistêmica empírica”, investiga-se o nível de segurança das proposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios. Esta variável corresponde à probabilidade de se obter a certeza

quanto às proposições empíricas delineadas pelos julgadores sobre o cumprimento de cada um dos princípios. A confiabilidade epistêmica empírica, portanto, tem por objetivo apontar o grau de confiabilidade epistêmica atribuído às proposições feitas pelos ministros para estipular a intensidade de interferência de um princípio quando em colisão com outro (LIMA, 2014, p. 02).

Conforme descrito no primeiro capítulo, essa grandeza pode ser simbolizada por “*SPiC*” e “*SPjC*”, sendo “*S*” a confiabilidade epistêmica da proposição empírica, “*Pi*” e “*Pj*” os princípios colidentes e “*C*” as condições fáticas do caso concreto. A confiabilidade epistêmica empírica pode ser relacionada aos valores numéricos  $2^0$ ,  $2^{-1}$  e  $2^{-2}$ , correspondendo, respectivamente, à gradação “*g*” (certo ou seguro), “*p*” (sustentável ou plausível) e “*e*” (não evidentemente falso) (ALEXY, 2011, p. 150-151).

Já a “confiabilidade epistêmica normativa”

está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações (ALEXY, 2015, p. 612).

Assim, esta variável se exterioriza em virtude da discordância sobre os pesos relativos de cada um dos princípios colidentes e o que é provável se inferir sobre as premissas constitucionais, de forma a se extrair com segurança ou não o que a Constituição manda, proíbe ou permite (SACRAMENTO, 2018, p. 259).

Esses critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso (grau de interferência no princípio preterido; grau de importância do princípio preponderante; confiabilidade epistêmica empírica e confiabilidade epistêmica normativa) também tiveram sua utilização avaliada sob o prisma de sua tecnicidade ou atecnicidade. A tecnicidade decorre da correspondência da utilização desses critérios conforme proposto por seu autor, Robert Alexy. A atecnicidade do seu emprego leva em conta a falta de comparação entre os princípios colidentes para se definir propriamente o grau de interferência no âmbito de aplicação do princípio preterido (mesmo que haja menção do prejuízo a ser suportado) e o grau de importância do princípio preponderante no caso concreto (mesmo que haja o reconhecimento da importância do princípio preponderante); bem como abordagem conceitual equivocada da confiabilidade

epistêmica empírica e normativa ou à alusão meramente retórica a esse termo, isto é, (i) sem a explicação de suas nuances; (ii) sem o seu enquadramento ao caso concreto; (iii) com aplicação de significado totalmente diverso do original; (iv) com equívocos na sua abordagem teórica.

Em um segundo momento da pesquisa empírica, após a análise e fichamento das decisões, com a totalidade do material estudado, elaboraram-se duas Tabulações Cruzadas, uma *quantitativa* e a outra *qualitativa*, para a abordagem dos dados completos pesquisados.

A Tabulação Cruzada Quantitativa, em que se contabilizaram em números cardinais e percentuais os dados levantados, encontra-se nas Tabelas 1 a 12 e no quadro 3. Nesta tabulação, identificou-se o termo de busca feito no endereço eletrônico do tribunal escolhido; o próprio tribunal escolhido – STF; o recorte temporal; o total de ações analisadas e o total de ações descartadas.

Em sequência, foram indicados os princípios colidentes e os princípios preponderantes em cada uma das decisões analisadas, fazendo-se, ao final, o cálculo percentual dos princípios preponderantes, de acordo com a totalidade dos acórdãos examinados.

A Tabulação Cruzada Qualitativa, na qual foram apontados os argumentos mais representativos do tratamento tanto técnico quanto atécnico de cada critério estipulado para o fichamento das decisões judiciais, encontra-se nos quadros 4 a 11.

Os critérios constantes das Tabulações Cruzadas são os mesmos da Tabela-Padrão de fichamento, uma vez que esses foram os parâmetros utilizados para o levantamento de dados de todo o material analisado.

Na Tabulação Cruzada Quantitativa, como dito, totalizam-se os dados encontrados, apresentando seus números e percentuais. Na Tabulação Cruzada Qualitativa, apontam-se os exemplos mais representativos de cada um dos critérios adotados para análise das decisões selecionadas.

A partir da construção dessas três tabelas (Tabela-Padrão de fichamento de pesquisa empírico-jurisprudencial, Tabulação Cruzada quantitativa, Tabulação Cruzada qualitativa), foi possível analisar os acórdãos colhidos para que, em sequência, se pudesse averiguar a forma de aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso, integrantes da teoria dos princípios alexyana, pelo STF, conforme se expõe abaixo.

### 3.2 PESQUISA EMPÍRICA

Realizada a pesquisa, conforme os critérios traçados, a compilação inicial de acórdãos totalizou 30 decisões. Assim:

**Quadro 1:** Acórdãos que fazem referência ao direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

<b>Núm.</b>	<b>Ano</b>	<b>Acórdão</b>	<b>Total/Ano</b>
1.	<b>2003</b>	Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul	01
2.	<b>2008</b>	Medida Cautelar na ADPF 130 Distrito Federal	02
3.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.510 Distrito Federal	
4.	<b>2009</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130 Distrito Federal	02
5.		Recurso Extraordinário 511.961 São Paulo	
6.	<b>2011</b>	Recurso Extraordinário 414.426 Santa Catarina	01
7.	<b>2012</b>	Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.638 Distrito Federal	02
8.		Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54 Distrito Federal	
9.	<b>2013</b>	Habeas Corpus 109.676 Rio de Janeiro	01
10.	<b>2014</b>	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.136 Distrito Federal	01
11.	<b>2015</b>	Ação Direta De Inconstitucionalidade – ADI 4.815 Distrito Federal	02
12.		Ação Direta De Inconstitucionalidade – ADI 4.650 Distrito Federal	
13.	<b>2016</b>	Recurso Extraordinário 898.450 São Paulo	05
14.		Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.487 Distrito Federal	
15.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.577 Distrito Federal	

---

16.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.404 Distrito Federal	
17.		Ação Direta De Inconstitucionalidade – ADI 5.062 e 5.065, em julgamento conjunto, Distrito Federal	
18.	<b>2017</b>	Recurso Extraordinário 566.622 Rio Grande do Sul	06
19.		Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás	
20.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.066 Distrito Federal	
21.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.937 São Paulo	
22.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.923, 4747, 4756 e 4923, em julgamento conjunto	
23.		Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.470 Rio De Janeiro	
24.	<b>2018</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.874 Distrito Federal	06
25.		Reclamação 22.328 Rio de Janeiro	
26.		Habeas Corpus 141.949 Distrito Federal	
27.		Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.451 Distrito Federal	
28.		Agravo Regimental no Habeas Corpus 143.968 Rio de Janeiro	
29.		Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.142.567 São Paulo	
30.	<b>2019</b>	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.225.968 São Paulo	01

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Após a análise integral do inteiro teor das decisões, foi necessário o descarte de 18 (dezoito) acórdãos em virtude de três razões: o tema *liberdade de expressão e proporcionalidade* não ser o objeto da ação, mas a ele ter sido feita referência apenas como *obiter dictum*; não se tratar o acórdão de decisão

terminativa do processo, mas de decisão sobre medida cautelar; ou o mérito da ação não foi analisado, por alguma questão procedimental do processo.

Em relação ao primeiro critério de descarte, quando se refere ao direito à liberdade de expressão, foi considerado o conceito apresentando no item 2.3, qual seja, “*direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença*”, para diferenciar o direito objeto deste trabalho dos outros tipos de liberdade. Quando, portanto, o acórdão não tratou especificamente sobre o direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença como objeto central analisado, a decisão foi descartada.

Além disso, quanto ao primeiro critério também, foram descartados os acórdãos nos quais não houve análise da proporcionalidade, pois não houve colisão entre princípios, mas apenas uma análise de inconstitucionalidade em relação aos dispositivos constitucionais examinados na decisão. Nesses termos, ressaltam-se os motivos de descarte de forma individualizada:

**Quadro 2:** Acórdãos que, embora tenham aparecido como resultado de busca no *site* do Supremo Tribunal Federal, não se relacionam com o direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade.

Núm.	Acórdão	Motivo do descarte
1.	Medida Cautelar na ADPF 130 Distrito Federal	Esta decisão corresponde ao pronunciamento sobre medida cautelar da ADPF 130, e, por não corresponder à decisão final da mencionada ação, a mesma foi descartada.
2.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.510 Distrito Federal	O princípio discutido nesta decisão se refere à liberdade científica, e não especificamente à liberdade de expressão, objeto do presente trabalho. Assim, é o voto da Ministra Cármen Lúcia: “A regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança” (p. 07).
3.	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130 Distrito Federal	O princípio principal discutido nesta decisão se refere à liberdade de imprensa, colocando a liberdade de expressão apenas como <i>obter dictum</i> da decisão. Nesse sentido, conforme expõe



---

	em seu voto o ministro MENEZES DIREITO: “Estamos julgando questão da mais alta relevância para a vida brasileira, assim, a liberdade de imprensa e seu modo de exercício, a partir da Constituição Federal” (p. 85).
4. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.638 Distrito Federal	Esta decisão corresponde ao pronunciamento sobre referendo em medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638 e, por não corresponder à decisão final da mencionada ação, a mesma foi descartada.
5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54 Distrito Federal	o princípio discutido nesta decisão se refere à liberdade, no sentido de autodeterminação e autonomia da vontade, no caso, da gestante ao decidir por colocar fim à gravidez. Como se demonstra no trecho da decisão que deixam isso claro: “Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana” (p. 13). Portanto, percebe-se que se faz menção expressa à “liberdade em seu sentido maior”, em relação a autonomia da vontade.
6. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.136 Distrito Federal	Esta decisão corresponde ao pronunciamento sobre medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136 e, por não corresponder à decisão final da mencionada ação, a mesma foi descartada.
7. Ação Direta De Inconstitucionalidade – ADI 4.650 Distrito Federal	O pedido se concentra no financiamento das campanhas eleitorais. Dessa forma, a liberdade de expressão é apenas citada pela parte autora, mas é afastada pelos ministros, como é exemplo do voto do Ministro Luiz Fux: “O que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão” (p. 53).
8. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.487 Distrito Federal	Não há colisão entre princípios no acórdão analisado, mas apenas a análise de inconstitucionalidade em relação aos dispositivos legais impugnados. Inclusive,

---

- 
9. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.577 Distrito Federal
- o princípio da “liberdade de expressão” é utilizado como objetivo a ser perseguido nos debates eleitorais, mas a discussão processual gira em torno da igualdade de participação dos candidatos e dos partidos durante estes debates. Nesses termos, “2.1. As emissoras de tv e rádio têm a faculdade de realizar debates eleitorais. Optando, no entanto, por promovê-los, têm de obedecer a diretrizes mínimas fixadas em lei, com a finalidade de assegurar (i) o pluralismo político (democracia), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral (isonomia), e (iii) o direito à informação dos eleitores (liberdade de expressão)” (p. 2).
10. Recurso Extraordinário 566.622 Rio Grande do Sul
- O princípio da “liberdade de expressão” é mencionado apenas pelo relator apenas como *obter dictum* para que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo em questão. Assim: “A postura hermenêutica do Supremo alusiva às normas de imunidade das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VI do artigo 150 vem sendo a mesma adotada para a norma da alínea “d” do preceito constitucional, ou seja, em relação à imunidade dos livros, jornais e periódicos. O dispositivo visa promover a educação, garantir o princípio da liberdade de manifestação do pensamento e da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, facilitando e estimulando a circulação de ideias, o direito de informar e de ser informado e a própria liberdade de imprensa. Considerados esses propósitos, a imunidade se apresenta como essencial ao próprio desenvolvimento da cultura, da democracia e da cidadania participativa e reivindicatória” (p. 11).
11. Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás
- O objeto desta decisão é em relação ao direito de greve, tendo o direito de “liberdade de expressão” apenas como *obter dictum*. Nesse sentido é o voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “Eu acho que o direito de greve é um direito autônomo e não uma decorrência de outros direitos” [...]. “Portanto, eu acho que os policiais civis têm direito à liberdade de expressão, têm direito à liberdade de reunião e têm direito à liberdade de associação, só não têm o direito de greve. Portanto, eu não acho que esse seja um pacote completo. Há um componente desse pacote de liberdades públicas que eu acho que eles,
-

---

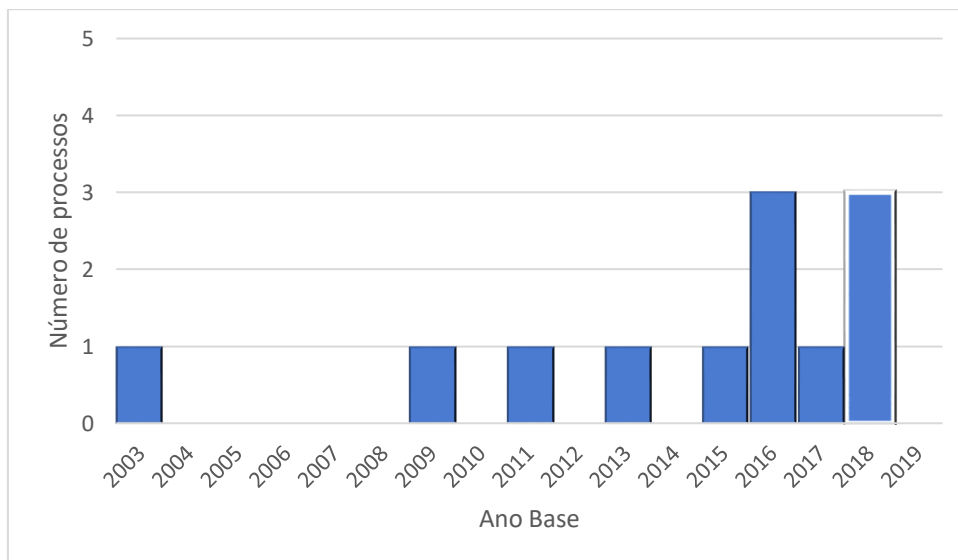
		por andarem armados, não podem. Eles carregam as armas do povo brasileiro, e acho que isso impõe responsabilidades e limitações. Mas liberdade de expressão, liberdade de reivindicação, de reunião, de associação, eles preservam; portanto, é só da greve que nós estamos falando” (p. 68).
12.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.066 Distrito Federal	O princípio da “liberdade de expressão” é mencionado apenas em uma nota de rodapé como título de uma obra citada dentro do voto da ministra Rosa Weber.
13.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.937 São Paulo	Assim: “BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul./set. 2004”
14.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.470 Rio De Janeiro	(nota de rodapé 10, p. 46, ADI 4.066), (nota de rodapé 12, p. 236, ADI 3.937) e (nota de rodapé 12, p. 48, ADI 3.470), respectivamente.
15.	Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.874 Distrito Federal	O princípio da “liberdade de expressão” é mencionado apenas dentro de uma citação, no voto do Ministro Luiz Fux, como um princípio corolário do princípio da liberdade de iniciativa. Assim, <i>in verbis</i> : “(...) ‘Ao contrário do que sugerem as orientações definidas pela Conferência das Partes da CQCT27, as empresas de tabaco não podem ser simplesmente privadas dos seus direitos de livre iniciativa econômica privada, liberdade de expressão, direitos de participação ou direitos de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efectiva.’” (p. 149).
16.	Agravo Regimental no Habeas Corpus 143.968 Rio de Janeiro	
17.	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.142.567 São Paulo	O mérito dos Recursos Extraordinários não foi apreciado, tendo em vista que os Agravos Regimentais não foram recebidos.
18.	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.225.968 São Paulo	

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Dessa forma, após os descartes, a análise dos acórdãos, no decorrer da evolução jurisprudencial, se deu, de acordo com uma classificação anual, da seguinte forma:

**Gráfico 1:** Distribuição dos acórdãos que fazem referência ao direito à liberdade de expressão e à proporcionalidade na jurisprudência do STF, por ano de julgamento.



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Percebe-se, portanto, que houve um aumento no número de casos que tratam do direito à liberdade de expressão e proporcionalidade ao longo dos anos, tendo como ápice de processos julgados, durante um ano, os períodos correspondentes a 2016 e 2018.

Sob essa perspectiva, serão a seguir detalhadas as conclusões retiradas da análise dos 12 (doze) acórdãos que efetivamente tinham o tema *liberdade de expressão e proporcionalidade* como seu objeto e eram decisão terminativa do processo. Assim, direito à liberdade de expressão foi entendido como “*direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença*”, nos termos do tópico 2.3; e proporcionalidade foi entendida como:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais (SILVA, 2020, p. 24).

Sobre a proporcionalidade, ainda, considerou-se que:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 24)<sup>10</sup>.

### 3.2.1 Resultados quantitativos da pesquisa empírica

Da análise das tabelas-padrão de fichamento dos 12 (doze) acórdãos colhidos e da tabulação cruzada quantitativa, extraem-se as seguintes conclusões e números.

Nos casos de colisões principiológicas, em que de um lado está o princípio da liberdade de expressão e de outro qualquer outro princípio que tenha a mesma hierarquia abstrata constitucional, em geral, prevalece o primeiro. Nesse sentido, de acordo com a tabulação cruzada quantitativa, em 67% (sessenta e sete por cento) dos casos analisados, o princípio da liberdade de expressão, em conjunto com outros princípios de direitos fundamentais correlatos (como, por exemplo, o do livre exercício profissional), foi o preponderante.

No entanto, quando se analisa a relação de colisão entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio da dignidade humana, também em conjunto com outros princípios correlatos, este prevaleceu em todos os casos examinados. Ou seja, dos 12 (doze) casos tratados, 3 (três) se referiram à contraposição do princípio da dignidade humana (em conjunto com outros princípios) com o princípio da liberdade de expressão (também em conjunto com outros princípios), sendo que em todos os três o princípio da dignidade humana (e outros) prevaleceu sobre aquele.

Sendo assim, colacionam-se as tabelas e o quadro a seguir com as estatísticas e dados levantados:

---

<sup>10</sup> Existem situações de utilização da máxima da proporcionalidade que não são abarcadas por esse conceito, por exemplo, aquelas que envolvem casos de direito administrativo. Porém, para os propósitos deste estudo, esse conceito é suficiente.

**Tabela 1:** Dados sobre as ações analisadas

<b>Termo de busca:</b> liberdade adj de adj expressão e proporcionalidade				
<b>Tribunal</b>	<b>Recorte temporal</b>	<b>Total de ações analisadas</b>	<b>Total de ações descartadas</b>	<b>Total de votos analisados</b>
Supremo Tribunal Federal	05/10/1988 a 31/12/2019	12	18	94

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Quadro 3:** Colisões principiológicas

<b>Processo</b>	<b>Princípios Colidentes</b>		<b>Princípio Preponderante</b>
	<b>Princípio 1</b>	<b>Princípio 2</b>	
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 Distrito Federal	Lisura e igualdade nos pleitos eleitorais	Liberdade de expressão e de imprensa	Liberdade de expressão e de imprensa
Habeas Corpus 141.949 Distrito Federal	Dignidade da pessoa humana e honra	Liberdade de expressão	Dignidade da pessoa humana e honra
Reclamação 22.328 Rio de Janeiro	Direitos da personalidade	Liberdade de expressão	Liberdade de expressão
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.923, 4747, 4756 e 4923, em julgamento conjunto	Promoção da cultura, da identidade nacional e defesa do consumidor	Liberdade de iniciativa, livre concorrência, liberdade de expressão	Promoção da cultura, da identidade nacional e defesa do consumidor
Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062 e 5.065, em julgamento conjunto	Privacidade e Livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência	Direitos fundamentais de autor, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e a ordem econômica	Direitos fundamentais de autor, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e a ordem econômica
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404 Distrito Federal	Proteção da criança e do adolescente	Liberdade de expressão	Liberdade de expressão
Recurso Extraordinário 898.450 São Paulo	Direito à imagem e aos valores de instituições públicas	Liberdade de expressão, direito ao livre desenvolvimento e igualdade	Liberdade de expressão, direito ao livre desenvolvimento e igualdade
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal	Inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas	Liberdade de expressão, de informação, liberdade artística e direito à cultura	Liberdade de expressão, de informação, liberdade artística e direito à cultura

Habeas Corpus 109.676 Rio de Janeiro	Dignidade pessoa humana, igualdade, inviolabilidade da honra e imagem das pessoas	Liberdade de expressão	Dignidade pessoa humana, igualdade, inviolabilidade da honra e imagem das pessoas
Recurso Extraordinário 414.426 Santa Catarina	Interesse público proteção interesse coletivo	Liberdade de expressão e livre exercício da profissão	Liberdade de expressão e livre exercício da profissão
Recurso Extraordinário 511.961 São Paulo	Interesse público	Liberdades de profissão, de expressão e de informação	Liberdades de profissão, de expressão e de informação
Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul	Dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica	Liberdade de expressão	de Dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica

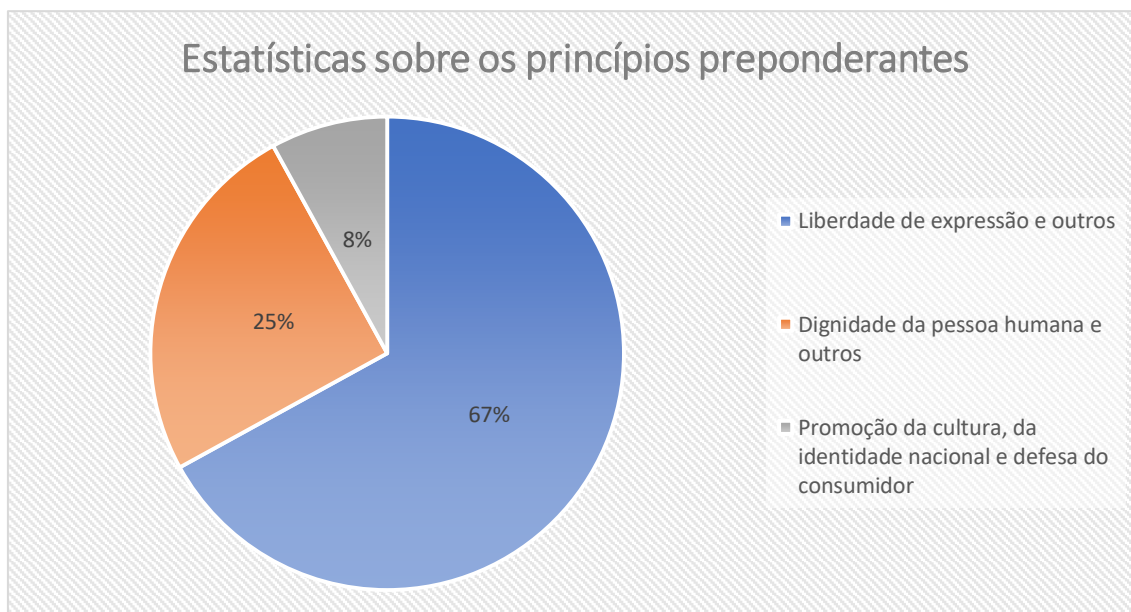
Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 2:** Estatísticas sobre os princípios preponderantes dos 12 acórdãos analisados.

<b>Princípio Preponderante</b>	<b>Total</b>	<b>(%)</b>
Liberdade de expressão e outros	8	67%
Dignidade da pessoa humana e outros	3	25%
Promoção da cultura, da identidade nacional e defesa do consumidor	1	8%

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

De acordo com a última tabela, então, pode-se representar as estatísticas destacadas, nos termos do seguinte gráfico:

**Gráfico 2:** Estatísticas sobre os princípios preponderantes

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Diante desses resultados, percebe-se que, nos acórdãos analisados, o princípio da dignidade humana sempre supera os demais princípios. Isso porque o peso abstrato da dignidade humana é mais elevado, tendo em vista que ela constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Além disso, a dignidade humana é finalidade de todos os direitos fundamentais, portanto, ela fundamenta a base e o topo desses direitos. Por causa dessa posição diferencial, o princípio da dignidade humana tem o peso abstrato superior aos dos demais.

Por essas razões, inclusive, comumente a dignidade humana é utilizada de forma retórica e com uso estratégico para tentar conferir mais peso aos argumentos utilizados. Pela análise feita durante a pesquisa empírica, alguns advogados das ações examinadas se valem desse tipo de recurso para tentar convencer os julgadores acerca dos seus pontos de vista, de forma a conferir mais peso ao que foi alegado.

Como o conceito da dignidade humana é muito fluido e amplo, nos termos explicados no capítulo anterior, ele acaba sendo aplicado indistintamente, de modo indiferenciado, o que, de certa forma, acaba por retirar o próprio conteúdo deste conceito, abrindo espaço para esse uso estratégico e retórico.



Destaca-se, ainda, que esse tipo de utilização não foi observado nos votos, em si, dos ministros do STF. Ao formularem seus votos, os ministros têm cuidado para não fazer um uso indistinto do conceito do princípio da dignidade humana, portanto, não se pode falar do uso da retórica por parte dos julgadores, no caso dos processos analisados.

Em sequência, passa-se à análise da referência à máxima da proporcionalidade e à fórmula do peso nas decisões objeto deste estudo. O exame dos acórdãos se deu a partir da perquirição dos votos individuais dos ministros votantes, uma vez que se constatou que cada ministro possui uma forma de tratamento diferente para as matérias colocadas em litígio. Percebeu-se que a menção à máxima da proporcionalidade e às suas máximas parciais é realizada com uma frequência bem maior do que aos critérios determinantes para o preenchimento das variáveis da fórmula do peso.

Lembrando que a análise técnica dos critérios examinados decorre da correspondência da utilização dos mesmos conforme proposto pelo autor das teorias abordadas, Robert Alexy. Isto é, a aplicação técnica da máxima da proporcionalidade foi considerada como uma regra de interpretação e aplicação do direito, utilizada “especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais” (SILVA, 2020, p. 24). Logo:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 24).

Em relação, ainda, a tais sub-regras, entende-se que a aplicação técnica da adequação como exclusão da adoção “de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados” (ALEXY, 2003, p. 137). Portanto, essa máxima trata da análise fática dos meios empregados para que os fins pretendidos sejam atingidos, em um cotejo entre meio e fim.

Quanto à aplicação técnica da máxima parcial da necessidade, considerou-se que ao se examinarem dois meios igualmente adequados a um dos princípios colidentes, o meio a ser escolhido deve ser o que menos intervém no segundo princípio, ou seja, aquele meio que seja menos oneroso ou o mais benéfico, aquele que melhor realiza o fim visado (TOLEDO, 2011, p. 231).

Por fim, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, de forma técnica, foi analisada a partir a possibilidade jurídica para a realização de um dos princípios em detrimento do princípio antagônico. Assim, o juízo de ponderação foi examinado de acordo com os fundamentos da lei da ponderação, qual seja: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2015, p. 167).

Por outro lado, a atecnicidade, quanto à máxima da proporcionalidade e às máximas parciais, refere-se à abordagem conceitual equivocada da máxima e de suas sub-regras ou à alusão meramente retórica a esses termos, isto é, (i) sem a explicação de suas nuances; (ii) sem o seu enquadramento ao caso concreto; (iii) com aplicação as elas de significado totalmente diverso do original; (iv) com equívocos na sua abordagem teórica.

Quanto à aplicação parcialmente técnica, foram considerados os votos que não observaram todas as etapas desenvolvidas por Alexy para a utilização da máxima da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e ponderação. Portanto, nos votos parcialmente técnicos, alguma das três máximas parciais não foi citada ou apenas uma delas foi mencionada.

Em relação às variáveis da fórmula do peso, os critérios essenciais para sua construção foram avaliados sob o prisma de sua tecnicidade, da seguinte forma: quanto ao dois primeiros critérios, o grau de interferência no princípio preterido e o grau de importância do princípio preponderante, foi feito um exame acerca de quais ministros fazem uma comparação entre os princípios colidentes, indicando, em um critério gradativo – entre leve, moderado e grave –, qual seria, respectivamente, a intervenção de um princípio no âmbito de aplicação do outro e qual seria a importância de cumprimento deste que justificasse aquela intervenção.

Quanto à confiabilidade epistêmica empírica, investiga-se o nível de segurança das proposições empíricas sobre a realização e a não realização dos

princípios. Portanto, esta variável, de forma técnica, corresponde à probabilidade de se obter a certeza quanto às proposições empíricas delineadas pelos julgadores sobre o cumprimento de cada um dos princípios. A confiabilidade epistêmica empírica tem por objetivo apontar o grau de confiabilidade epistêmica atribuído às proposições feitas pelos ministros para estipular a intensidade de interferência de um princípio quando em colisão com outro (LIMA, 2014, p. 02).

Já a confiabilidade epistêmica normativa se verifica tecnicamente em virtude da discordância sobre os pesos relativos de cada um dos princípios colidentes e o que é provável se inferir sobre as premissas constitucionais, de forma a se extrair com segurança ou não o que a Constituição manda, proíbe ou permite (SACRAMENTO, 2018, p. 259).

Ao contrário, atecnicidade do seu emprego leva em conta a falta de comparação entre os princípios colidentes para se definir propriamente o grau de interferência no âmbito de aplicação do princípio preterido (mesmo que haja menção do prejuízo a ser suportado) e o grau de importância do princípio preponderante no caso concreto (mesmo que haja o reconhecimento da importância do princípio preponderante); bem como abordagem conceitual equivocada da confiabilidade epistêmica empírica e normativa ou à alusão meramente retórica a esse termo, isto é, (i) sem a explicação de suas nuances; (ii) sem o seu enquadramento ao caso concreto; (iii) com aplicação de significado totalmente diverso do original; (iv) com equívocos na sua abordagem teórica.

Assim, pela pesquisa quantitativa, nota-se que a *máxima da proporcionalidade e as máximas parciais* foram aplicadas, de forma *técnica*, correspondendo à abordagem feita por Alexy, em um percentual reduzido de 7% (sete por cento) dos 94 votos proferidos nas 12 (doze) decisões analisadas; enquanto os critérios essenciais às variáveis da fórmula do peso foram referenciados tecnicamente em um percentual ainda menor de apenas 1% (um por cento) dos votos.

Percebe-se, ainda, que, na aplicação *parcialmente* técnica da *máxima da proporcionalidade e das máximas parciais*, em que foram considerados os votos que não observaram todas as etapas desenvolvidas por Alexy, 23% (vinte três por cento) dos 94 (noventa e quatro) votos se enquadraram nessa categoria. Já, a menção aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso, de forma *parcialmente* técnica, ocorreu em 1% (um por cento) dos votos.

Por fim, 17% (dezesete por cento) dos votos apurados mencionaram a *máxima da proporcionalidade e as máximas parciais* de forma atécnica, referindo-se à abordagem conceitual equivocada ou à alusão meramente retórica desses termos, conforme as categorias acima delineadas; enquanto 10% (dez por cento) dos votos fizeram alusão aos critérios relativos às variáveis da fórmula do peso também de forma atécnica.

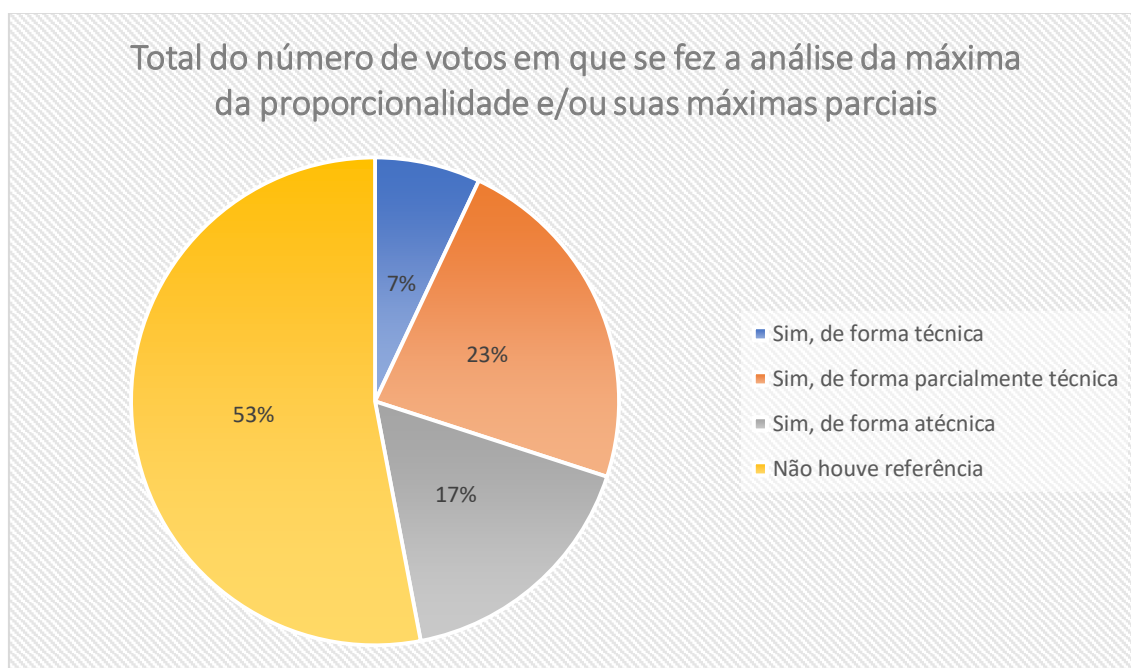
Portanto, sobre as estatísticas da utilização das teorias alicerces deste trabalho:

**Tabela 3:** Número de votos em que se fez a análise da máxima da proporcionalidade e/ou suas máximas parciais

Sim, de forma técnica (%)	Sim, de forma parcialmente técnica (%)	Sim, de forma atécnica (%)
<b>TOTAL: 7</b>	<b>TOTAL: 22</b>	<b>TOTAL: 16</b>
<b>7%</b>	<b>23%</b>	<b>17%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 3:** Total do número de votos em que se fez a análise da máxima da proporcionalidade e/ou suas máximas parciais



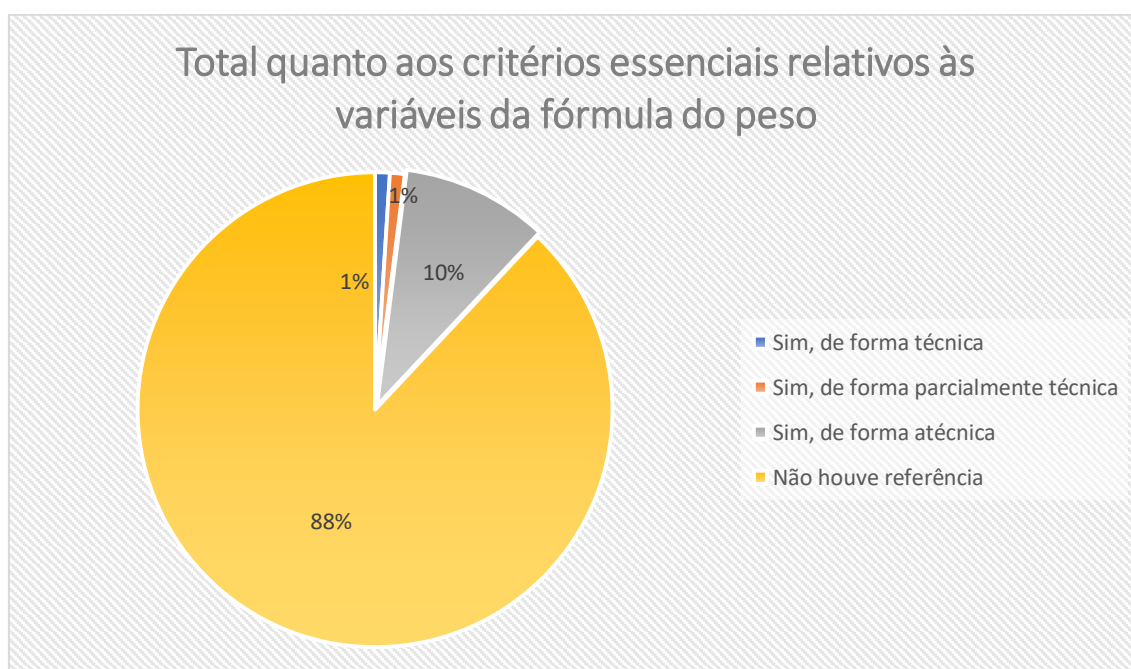
Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 4:** Número de votos em se fez referência aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso

Sim, de forma técnica (%)	Sim, de forma parcialmente técnica (%)	Sim, de forma atécnica (%)
<b>TOTAL: 1</b>	<b>TOTAL: 1</b>	<b>TOTAL: 9</b>
<b>1%</b>	<b>1%</b>	<b>10%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 4:** Total do número de votos em se fez referência aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Com isso, nota-se claramente que os percentuais de não utilização de ambas as construções teóricas analisadas – máxima da proporcionalidade e fórmula do peso – são bem expressivos, sendo de 53% (cinquenta e três por cento) quanto à primeira e 88% (oitenta e oito por cento) quanto à segunda. Assim, mesmo quando os ministros observam uma colisão principiológica, na maioria dos votos, eles nem sequer citam as contribuições essenciais alexyanas para essa temática.

A esse respeito, a máxima da proporcionalidade e, dentro desta, a fórmula do peso constituem uma técnica para a solução de colisões principiológicas, mas que não é cogente dentro do direito brasileiro. Quando os ministros do Supremo Tribunal Federal não usam essa construção teórica desenvolvida por Alexy, eles

adotam caminhos diferentes, seja por meio da construção de argumentos morais, éticos, científicos ou doutrinários, baseados em outros pensadores.

Nesse sentido, os julgadores da corte suprema brasileira, na maioria dos acórdãos, cumprem o determinado na Constituição Federal em relação à formulação de seus votos, ou seja, cumprem o dever de fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX, deste diploma (BRASIL, 1988), que deve ser apto a demonstrar ao jurisdicionado a *ratio decidendi*<sup>11</sup>.

No entanto, a despeito do cumprimento do dever de fundamentação, não há um padrão na forma de elaboração desses votos, pois, por vezes, um mesmo tipo argumento pode ser utilizado por diferentes ministros para fundamentar posições diversas dentro de um mesmo processo.

Portanto, uma teoria em que as etapas do raciocínio jurídico são discriminadas de uma forma padronizada, conforme a elaborada por Alexy, pode auxiliar no controle da fundamentação das decisões e na diminuição da subjetividade. Esse foi o tipo de construção decisória que Alexy buscou ao desenvolver sua teoria, pois, ao trazer procedimentalização à técnica de resolução de colisões principiológicas, ele tenta imprimir racionalidade para os argumentos a serem utilizados e ponderados, de acordo com o caso concreto.

Além disso, por meio dessas estatísticas, vê-se ainda que a utilização de forma técnica da máxima da proporcionalidade e de suas máximas parciais (7% dos votos) é muito aquém da sua aplicação parcialmente técnica, na qual há a ausência de alguma etapa essencial para a completude da teoria alexyana, bem como de sua aplicação atécnica (23% e 17% dos votos, respectivamente). Já, em relação aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso, os ministros nitidamente os utilizaram mais de forma atécnica (10% dos votos) do que de forma técnica, seja de forma completa (1% dos votos) ou parcial (1% dos votos).

Dessa forma, quando os ministros optam pela utilização da teoria alexyana, exige-se necessariamente que todas as etapas pré-definidas pelo autor sejam seguidas para que o resultado seja o mais correto procedimentalmente possível. Então, tanto a aplicação parcial quanto a aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade (23% e 17%,

---

<sup>11</sup> Razão da decisão.

respectivamente) e da fórmula do peso (1% e 10%, respectivamente) representam votos que utilizam, de certa forma, a doutrina de Robert Alexy como argumento de autoridade<sup>12</sup>. Isso porque não há a aplicação das etapas que o autor considerou como necessárias para a utilização procedimentalmente correta de ambas as teorias, quando da colisão entre princípios; e nem foi justificado o porquê da omissão de qualquer dessas etapas no decorrer do voto.

Assim, quando se invoca uma teoria cujo desenvolvimento não é feito em sua completude, utilizada, portanto, de forma atécnica ou parcialmente técnica, há o comprometimento da racionalidade e a força do argumento, o que acaba por comprometer a utilização das construções teóricas em questão.

Mais uma conclusão que pode ser obtida pelo estudo quantitativo consiste no fato de que os ministros tratam mais frequentemente, na análise parcialmente técnica, da aplicação da ponderação do que das demais máximas parciais e, inclusive, da própria aplicação da proporcionalidade em sentido amplo. Assim:

**Tabela 5:** Utilização da máxima da proporcionalidade

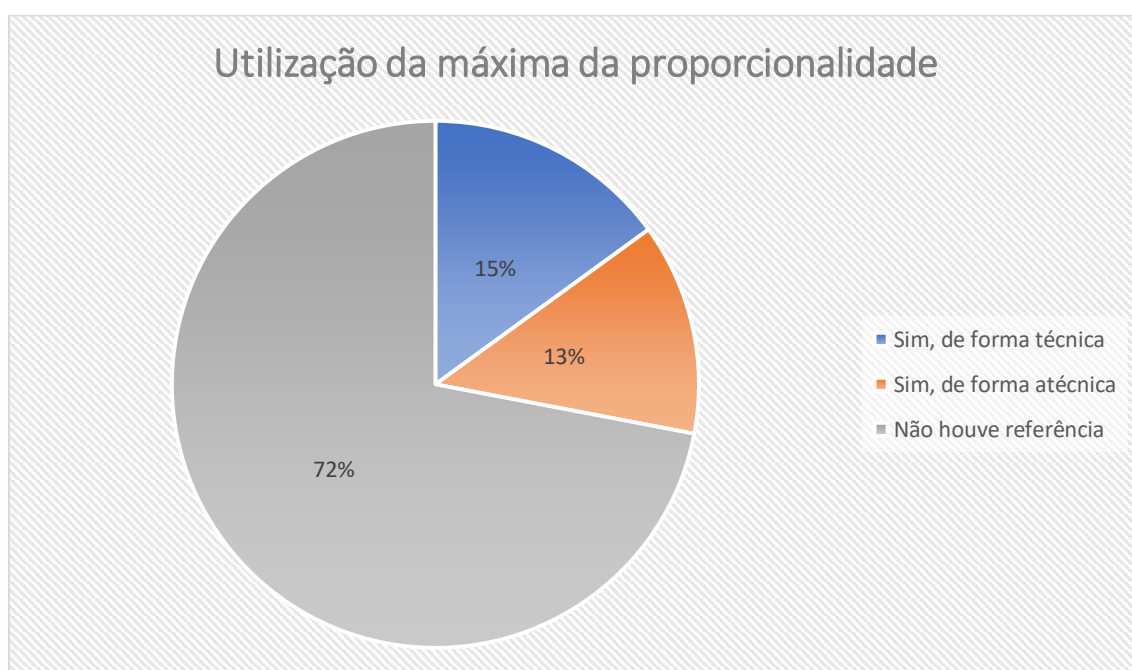
MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	PROPORCIONALIDADE			
		Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármem Lúcia	6	2	33	1	17
Celso de Mello	5	0	0	1	20
Cezar Peluso	3	0	0	0	0
Dias Toffoli	8	0	0	0	0
Edson Fachin	7	1	14	3	43
Ellen Gracie	3	1	33	1	33

<sup>12</sup> “Um argumento de autoridade é aquele no qual citamos um especialista, autoridade em determinado assunto, para justificar uma conclusão” (GODOY, 2019, p. 1).

Eros Grau	1	0	0	1	100
Gilmar Mendes	6	2	33	2	33
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	4	44	1	12
Marco Aurélio	10	1	10	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	2	33	1	17
Rosa Weber	7	1	14	1	14
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>14</b>	<b>15%</b>	<b>12</b>	<b>13%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 5:** Utilização da máxima da proporcionalidade



Fonte: Elaboração da autora, 2021.



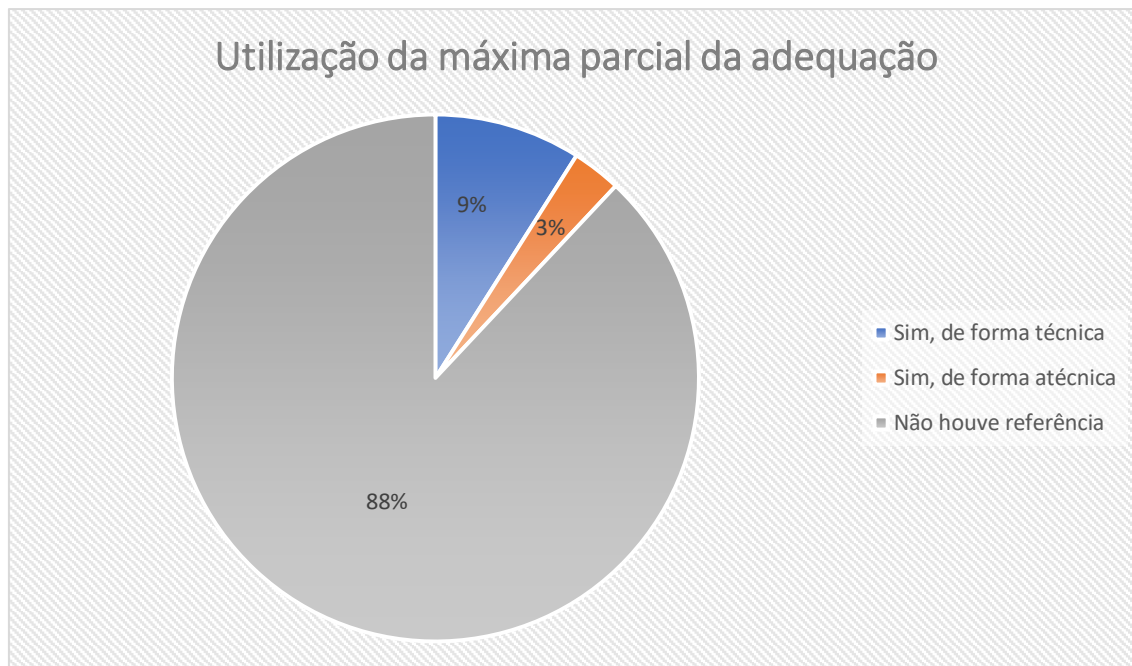
**Tabela 6:** Utilização da máxima parcial da adequação

MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármem Lúcia	6	0	0	0	0
Celso de Mello	5	1	20	1	20
Cezar Peluso	3	0	0	1	33
Dias Toffoli	8	0	0	0	0
Edson Fachin	7	0	0	1	14
Ellen Gracie	3	1	33	0	0
Eros Grau	1	0	0	0	0
Gilmar Mendes	6	2	33	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	3	33	0	0
Marco Aurélio	10	1	10	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	0	0
Rosa Weber	7	0	0	0	0

Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>8</b>	<b>9%</b>	<b>3</b>	<b>3%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 6:** Utilização da máxima parcial da adequação



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 7:** Utilização da máxima parcial da necessidade

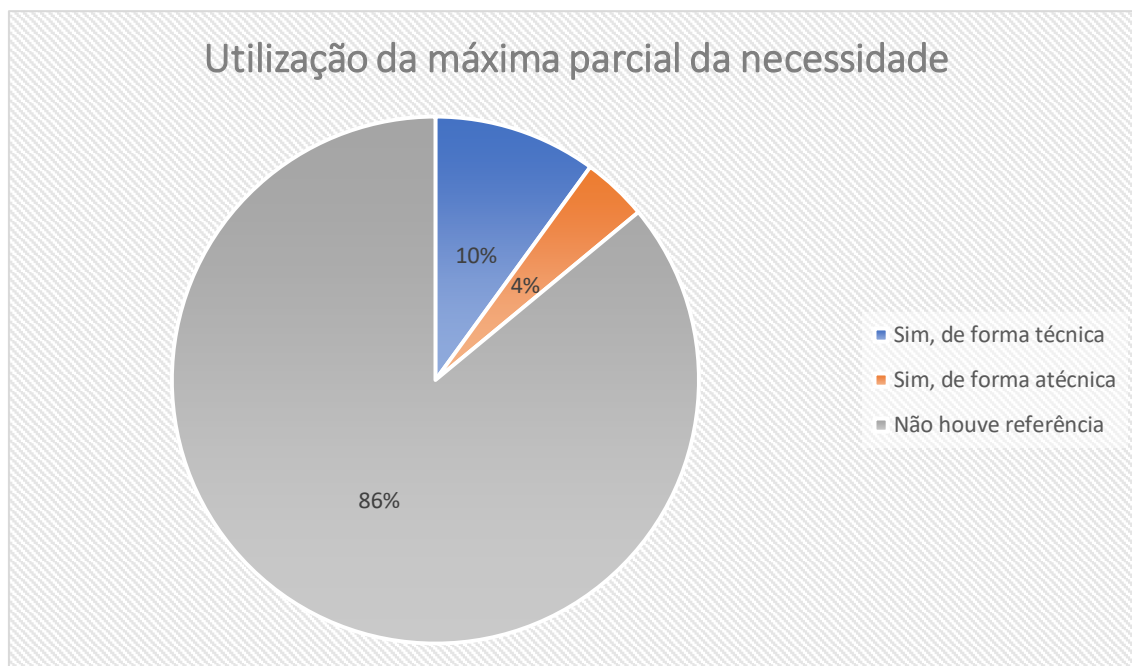
MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	NECESSIDADE			
		Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármem Lúcia	6	0	0	0	0
Celso de Mello	5	1	20	0	0

---

Cezar Peluso	3	0	0	0	0
Dias Toffoli	8	0	0	1	12
Edson Fachin	7	0	0	0	0
Ellen Gracie	3	1	33	0	0
Eros Grau	1	0	0	0	0
Gilmar Mendes	6	3	50	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	3	33	0	0
Marco Aurélio	10	1	10	1	10
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	2	33
Rosa Weber	7	0	0	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>9</b>	<b>10%</b>	<b>4</b>	<b>4%</b>

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 7:** Utilização da máxima parcial da necessidade

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

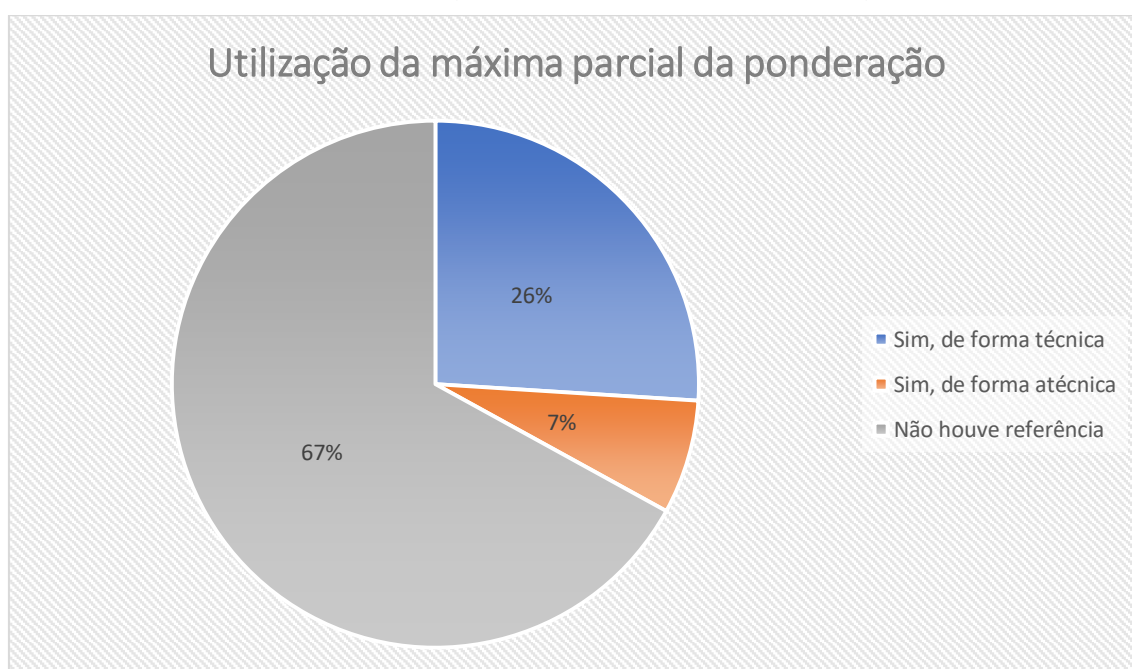
**Tabela 8:** Utilização da máxima parcial da ponderação

MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	PONDERAÇÃO			
		Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	1	25	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármem Lúcia	6	1	17	0	0
Celso de Mello	5	2	40	1	20
Cezar Peluso	3	0	0	1	33
Dias Toffoli	8	2	25	0	0
Edson Fachin	7	1	14	0	0
Ellen Gracie	3	0	0	2	67
Eros Grau	1	0	0	1	100

Gilmar Mendes	6	4	67	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	6	67	0	0
Marco Aurélio	10	3	30	1	10
Maurício Corrêa	1	1	100	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	1	12
Roberto Barroso	6	3	50	0	0
Rosa Weber	7	0	0	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>24</b>	<b>26%</b>	<b>7</b>	<b>7%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

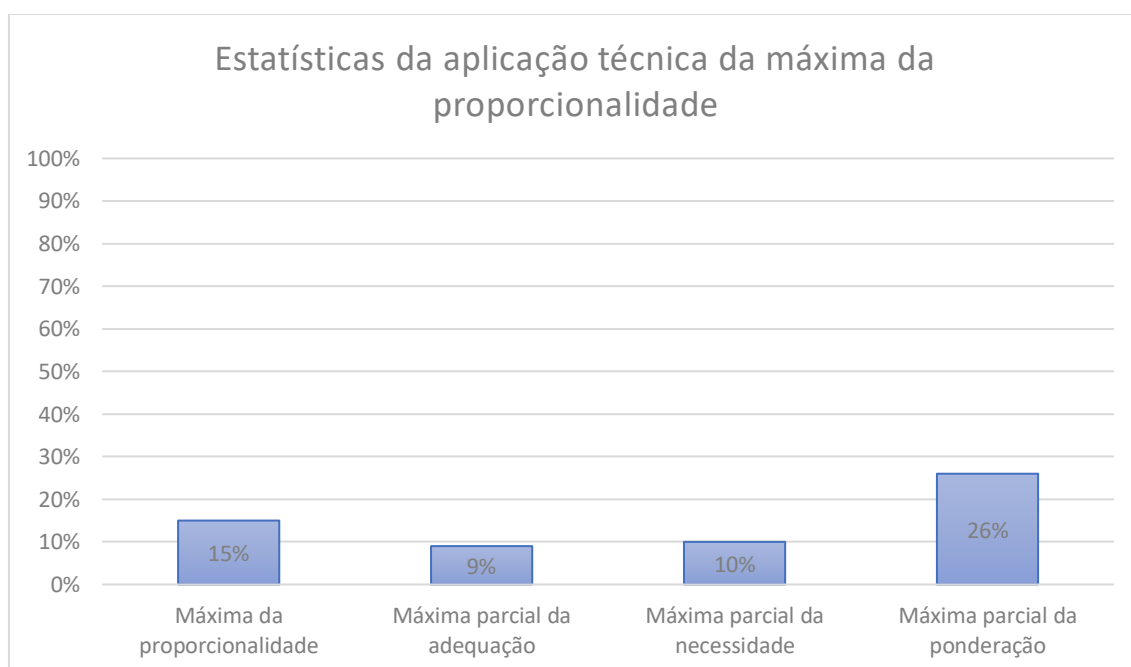
**Gráfico 8:** Utilização da máxima parcial da ponderação



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Dessa forma, os ministros tratam, de forma técnica, a aplicação da máxima da proporcionalidade em 15% (quinze por cento) dos votos. Já a máxima parcial da ponderação é utilizada de forma técnica em 26% (vinte e seis por cento) dos votos; enquanto, em relação à máxima parcial da adequação, isso ocorre em apenas 9% (nove por cento) dos votos; e no tocante à máxima parcial da necessidade em 10% (dez por cento) dos votos. Nesses termos, destacam-se seguintes estatísticas:

**Gráfico 9:** Estatísticas da aplicação técnica da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais da adequação, necessidade e ponderação



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

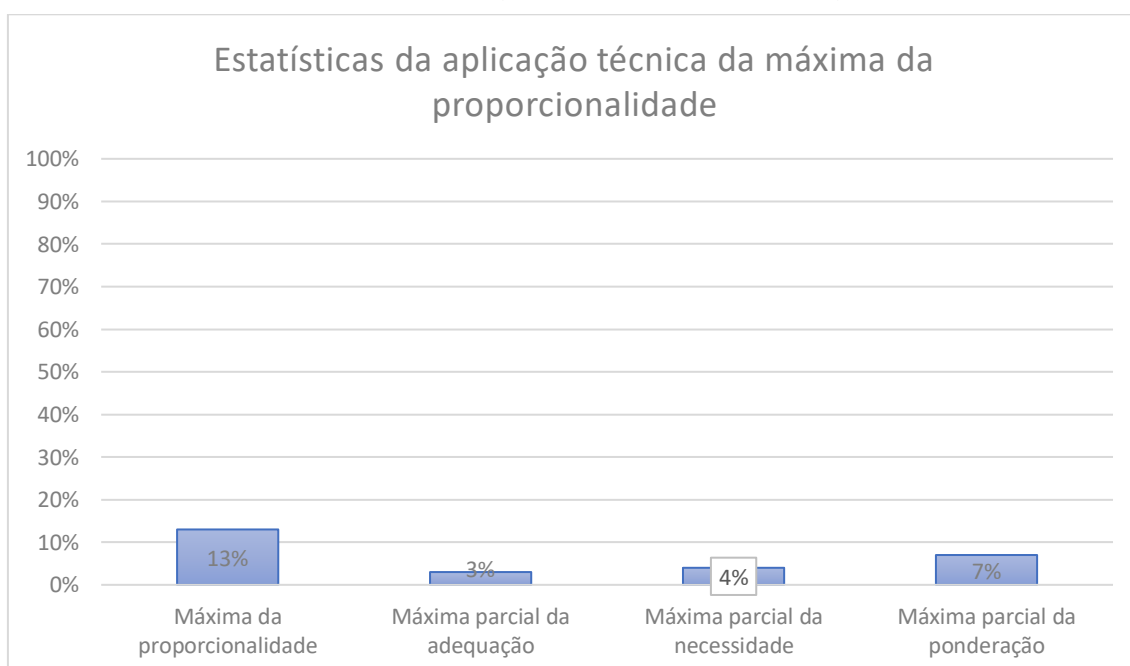
Assim, pelos votos estudados, os ministros recorrem mais à ponderação do que às demais máximas parciais – adequação e necessidade. O que significa que, na jurisprudência brasileira, se dá ênfase ao aspecto normativo (baseado na análise dos próprios princípios, ou seja, no exame das possibilidades jurídicas postas em colisão), e não ao aspecto fático dos meios empregados (baseado na análise das possibilidades fáticas, ou melhor, da plausibilidade dos meios utilizados aos fins visados).

Por outro lado, essas estatísticas não se mantêm quando analisada a aplicação de forma atécnica, pois a máxima da proporcionalidade, em sentido amplo, é utilizada, de forma atécnica, em 13% (treze por cento) dos votos; a ponderação, que cai para o segundo lugar de utilização atécnica, soma um percentual de 7% (sete por cento) dos votos; e as máximas da adequação e da necessidade resultam em 3% (três por cento) e 4% (por cento) dos votos, respectivamente.

A utilização atécnica da máxima da proporcionalidade é a mais alta, pois, frequentemente ela é confundida com a máxima da proporcionalidade em sentido restrito, a ponderação. Conforme será demonstrado, de forma mais detalhada, na análise qualitativa, muitos ministros utilizam atecnicamente a proporcionalidade em sentido amplo como sinônimo de ponderação.

Logo, os julgadores, ao realizarem a análise das possibilidades jurídicas dos princípios em colisão, tratam essa atividade como a aplicação da máxima da proporcionalidade, como um todo, que seria, na verdade, a máxima parcial da ponderação, e não a proporcionalidade em sentido amplo. Entretanto, eles se omitem quanto à análise fática da adequação e da necessidade. Mas, como para Alexy, essas duas primeiras etapas são indispensáveis para a análise da última, esse tipo de aplicação pelos ministros foi enquadrado como atécnico. Assim:

**Gráfico 10:** Estatísticas da aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais da adequação, necessidade e ponderação



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Considerando também a aplicação de todas as máximas, em conjunto, ressalta-se que o ministro que mais tratou, de forma técnica, do tema foi o ministro Luiz Fux – sendo 44% (quarenta e quatro por cento) dos seus votos utilizados de forma técnica, na proporcionalidade; 33% (trinta e três por cento) dos seus votos utilizados de forma técnica, na adequação; 33% (trinta e três por cento) dos seus votos utilizados de forma técnica, na necessidade; e 67% (sessenta e sete por cento) dos seus votos utilizados de forma técnica, na ponderação. Com isso, muitos de seus votos foram escolhidos, inclusive, para compor a tabulação qualitativa, que será vista mais adiante, diante da consistência dos argumentos utilizados.

Quanto aos elementos essenciais para a construção da fórmula do peso, apenas em 1 (um) voto, pertencente também ao Ministro Luiz Fux, utilizaram-se, de forma técnica, os critérios quanto ao grau de interferência no princípio preterido e quanto ao grau de importância do princípio preponderante. Nos demais casos, apenas 1 (um) voto mencionou o grau de interferência no princípio preterido de forma atécnica; e 8 (oito) votos mencionaram o grau de importância do princípio preponderante.

Em relação à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas e das premissas normativas, os dados são ainda menores. No primeiro critério, apenas 2 (dois) votos respeitaram a forma técnica de utilização, votos esses pertencentes ao ministro Luiz Fux e à ministra Rosa Weber, e nenhum voto foi utilizado de forma atécnica; já no segundo critério, não houve menção à confiabilidade epistêmica das premissas normativas de forma geral, nem técnica nem atécnica.

Dessa forma, colacionam-se as tabelas e os gráficos em referência:

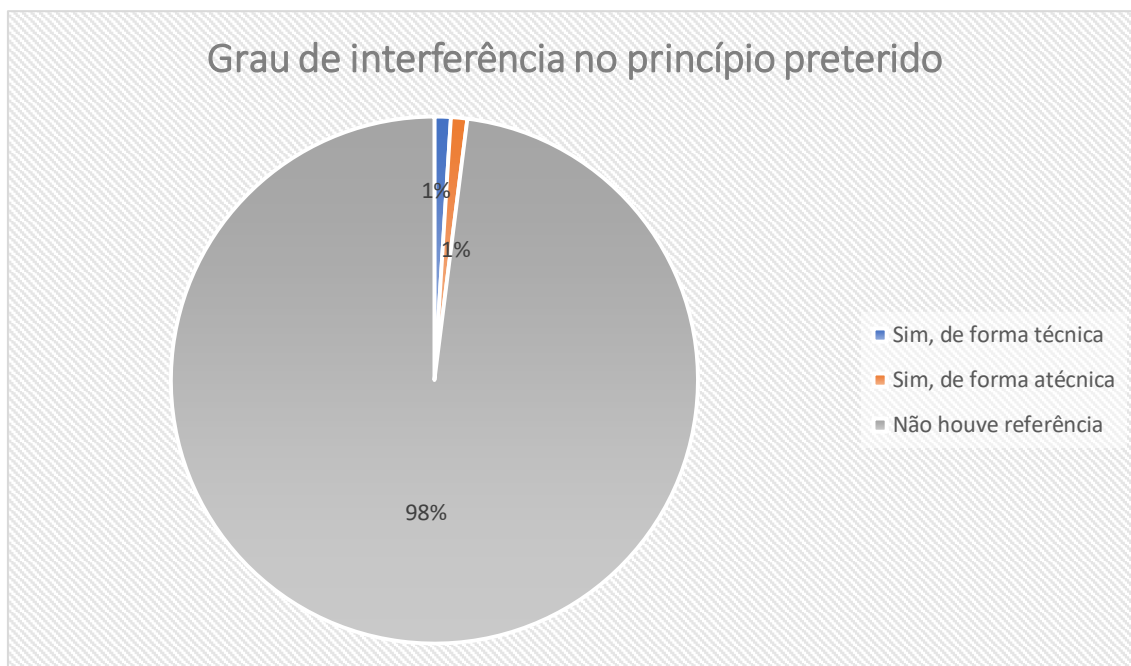
**Tabela 9:** Dados relativos aos votos em que se fez alusão ao grau de interferência no princípio preterido

<b>GRAU DE INTERFERÊNCIA NO PRINCÍPIO PRETERIDO</b>					
MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
<hr/>					



Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármem Lúcia	6	0	0	0	0
Celso de Mello	5	0	0	0	0
Cezar Peluso	3	0	0	0	0
Dias Toffoli	8	0	0	0	0
Edson Fachin	7	0	0	0	0
Ellen Gracie	3	0	0	0	0
Eros Grau	1	0	0	1	100
Gilmar Mendes	6	0	0	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	1	11	0	0
Marco Aurélio	10	0	0	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	0	0
Rosa Weber	7	0	0	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>1</b>	<b>1%</b>	<b>1</b>	<b>1%</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 11:** Grau de interferência no princípio preterido

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 10:** Dados relativos aos votos em que se fez alusão ao grau de importância do princípio preponderante

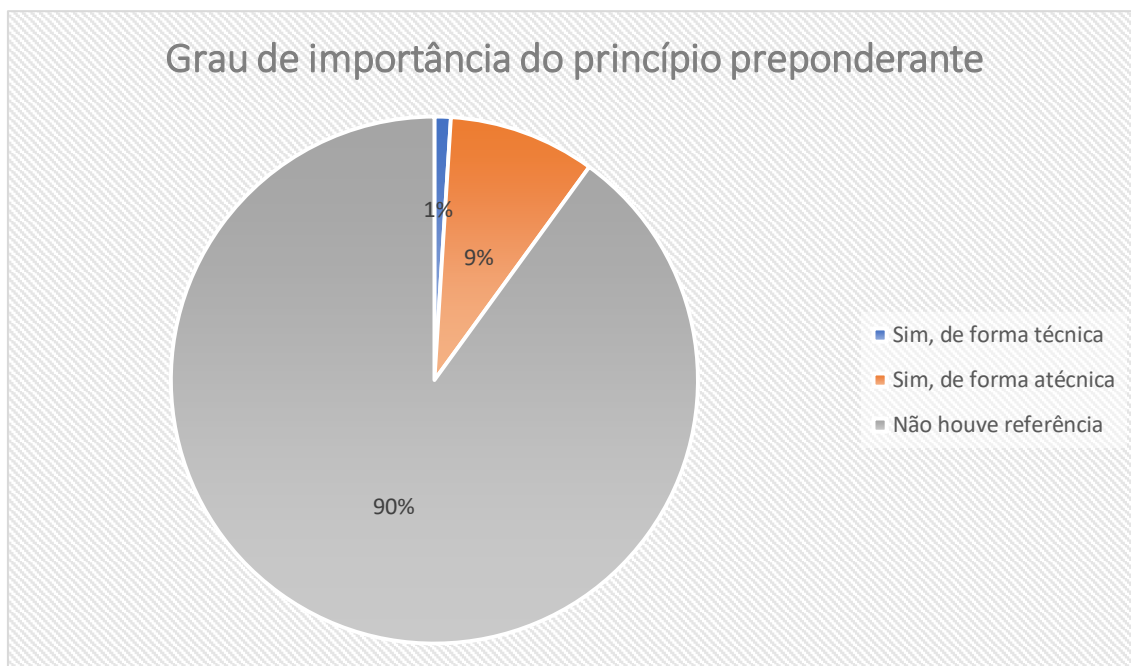
MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármen Lúcia	6	0	0	2	33
Celso de Mello	5	0	0	1	20
Cezar Peluso	3	0	0	0	0
Dias Toffoli	8	0	0	0	0
Edson Fachin	7	0	0	0	0
Ellen Gracie	3	0	0	0	0

---

Eros Grau	1	0	0	0	0
Gilmar Mendes	6	0	0	1	17
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	1	11	2	22
Marco Aurélio	10	0	0	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	2	33
Rosa Weber	7	0	0	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>1</b>	<b>1%</b>	<b>8</b>	<b>9%</b>

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 12:** Grau de importância do princípio preponderante

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 11:** Dados relativos aos votos em que se fez alusão à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas

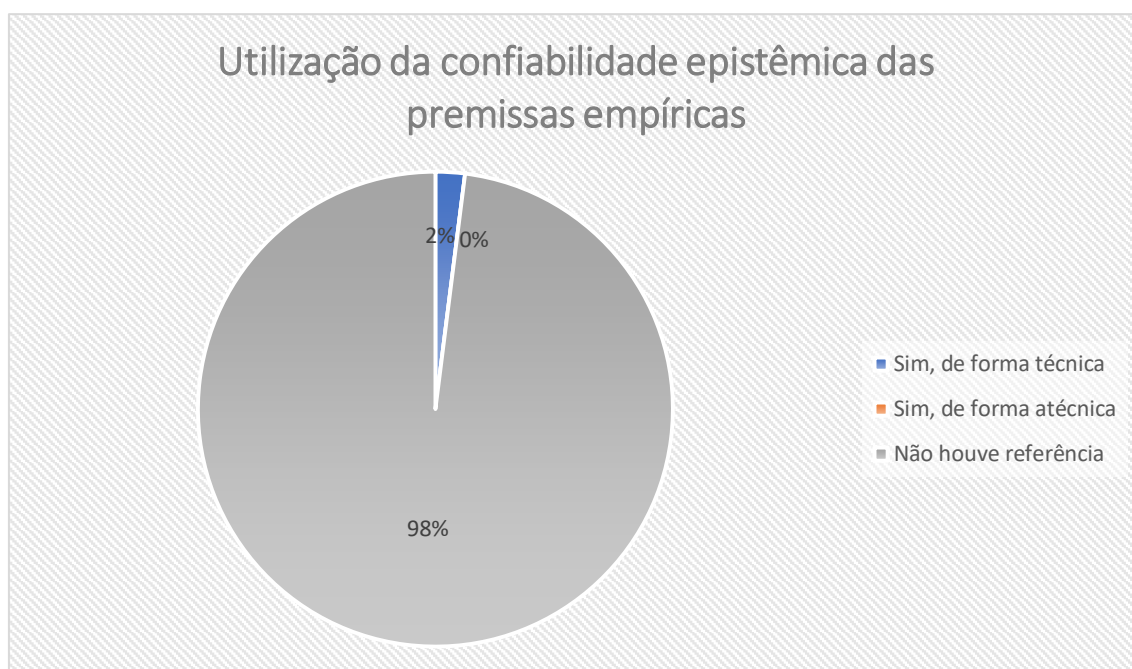
<b>CONFIABILIDADE EPISTÊMICA DAS PREMISSAS EMPÍRICAS</b>						
MINISTRO		Total de votos nas 12 decisões analisadas	Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
			Nº	%	Nº	%
Alexandre Moraes	de	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto		4	0	0	0	0
Carlos Velloso		1	0	0	0	0
Cármen Lúcia		6	0	0	0	0
Celso de Mello		5	0	0	0	0
Cezar Peluso		3	0	0	0	0
Dias Toffoli		8	0	0	0	0
Edson Fachin		7	0	0	0	0
Ellen Gracie		3	0	0	0	0

---

Eros Grau	1	0	0	0	0
Gilmar Mendes	6	0	0	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	1	11	0	0
Marco Aurélio	10	0	0	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	0	0
Rosa Weber	7	1	14	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>2</b>	<b>2%</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 13:** Utilização da confiabilidade epistêmica das premissas empíricas

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Tabela 12:** Dados relativos aos votos em que se fez alusão à confiabilidade epistêmica das premissas normativas

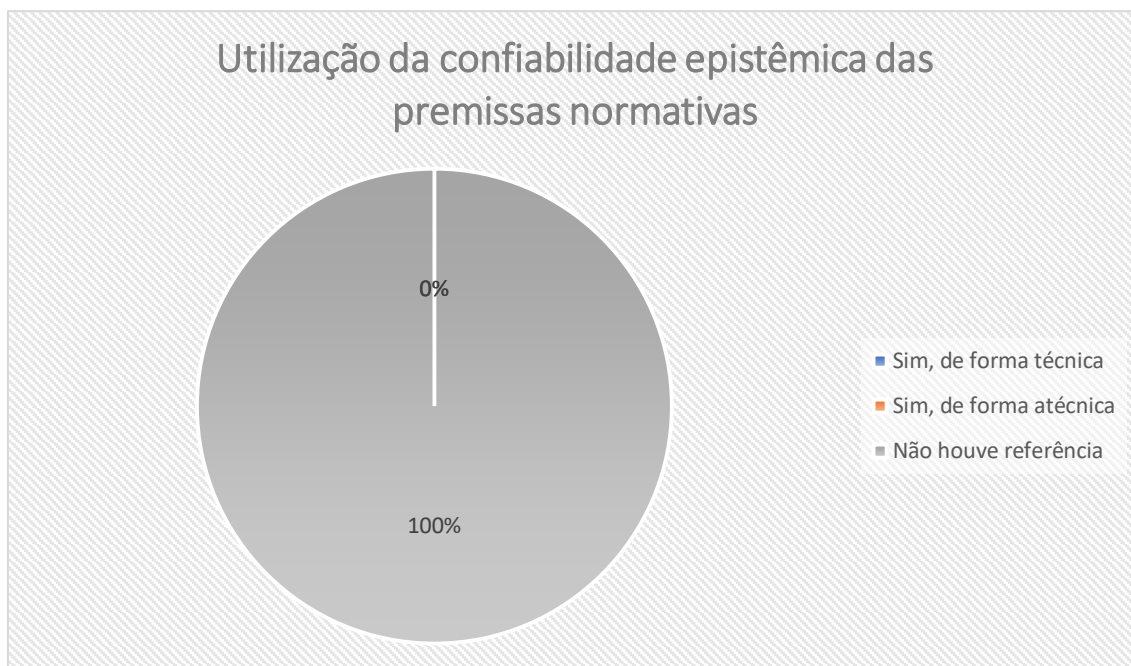
<b>CONFIABILIDADE EPISTÊMICA DAS PREMISSAS NORMATIVAS</b>					
MINISTRO	Total de votos nas 12 decisões analisadas	Sim, de forma técnica		Sim, de forma atécnica	
		Nº	%	Nº	%
Alexandre de Moraes	1	0	0	0	0
Carlos Ayres Britto	4	0	0	0	0
Carlos Velloso	1	0	0	0	0
Cármen Lúcia	6	0	0	0	0
Celso de Mello	5	0	0	0	0
Cezar Peluso	3	0	0	0	0
Dias Toffoli	8	0	0	0	0
Edson Fachin	7	0	0	0	0
Ellen Gracie	3	0	0	0	0

---

Eros Grau	1	0	0	0	0
Gilmar Mendes	6	0	0	0	0
Joaquim Barbosa	2	0	0	0	0
Luiz Fux	9	0	0	0	0
Marco Aurélio	10	0	0	0	0
Maurício Corrêa	1	0	0	0	0
Moreira Alves	1	0	0	0	0
Nelson Jobim	1	0	0	0	0
Ricardo Lewandowski	8	0	0	0	0
Roberto Barroso	6	0	0	0	0
Rosa Weber	7	0	0	0	0
Sepúlveda Pertence	1	0	0	0	0
Teori Zavascki	3	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>94</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>	<b>0</b>	<b>0%</b>

---

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Gráfico 14:** Utilização da confiabilidade epistêmica das premissas normativas

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Portanto, diante das tabelas e gráficos expostos, conclui-se que as variáveis da fórmula do peso quase não foram mencionadas nos votos ministeriais, de acordo com os 94 votos analisados. Quanto ao grau de interferência no princípio preterido, apenas 2% (dois por cento) dos votos o mencionaram, sendo 1% de forma técnica e 1% de forma atécnica; quanto ao grau de importância do princípio preponderante, 10% (dez por cento) dos votos fizeram menção a esse aspecto da fórmula, desses apenas 1% tratou de forma técnica o tema e 9% de forma atécnica; quanto à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas, a sua menção corresponde também a 2% (dois por cento) dos votos, que o fazem de forma técnica; e quanto à confiabilidade epistêmica das premissas normativas, a 0% (zero por cento) dos votos a aplicou.

Nesse sentido, conforme acima ressaltado, os critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso foram avaliados sob o prisma de sua tecnicidade, da seguinte forma: quanto ao dois primeiros critérios, o grau de interferência no princípio preterido e o grau de importância do princípio preponderante, foi feito um exame acerca de quais ministros fazem uma comparação entre os princípios colidentes, indicando, em um critério gradativo – entre leve, moderado e grave –, qual seria, respectivamente, a intervenção de



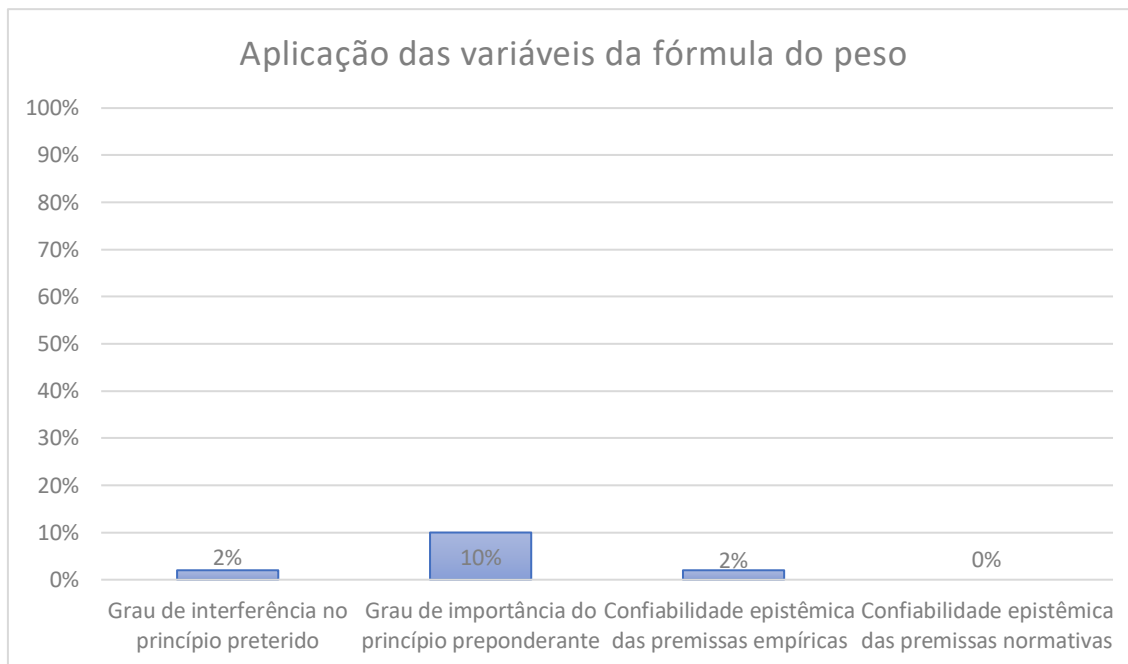
um princípio no âmbito de aplicação do outro e qual seria a importância de cumprimento deste que justificasse aquela intervenção.

Quanto à confiabilidade epistêmica empírica, investiga-se o nível de segurança das proposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios. Esta variável, de forma técnica, corresponde à probabilidade de se obter a certeza quanto às proposições empíricas delineadas pelos julgadores sobre o cumprimento de cada um dos princípios. A confiabilidade epistêmica empírica, portanto, tem por objetivo apontar o grau de confiabilidade epistêmica atribuído às proposições feitas pelos ministros para estipular a intensidade de interferência de um princípio quando em colisão com outro (LIMA, 2014, p. 02).

Já a confiabilidade epistêmica normativa se verifica tecnicamente em virtude da discordância sobre os pesos relativos de cada um dos princípios colidentes e o que é provável se inferir sobre as premissas constitucionais, de forma a se extrair com segurança ou não o que a Constituição manda, proíbe ou permite (SACRAMENTO, 2018, p. 259).

Por outro lado, atecnicidade do seu emprego leva em conta a falta de comparação entre os princípios colidentes para se definir propriamente o grau de interferência no âmbito de aplicação do princípio preterido (mesmo que haja menção do prejuízo a ser suportado) e o grau de importância do princípio preponderante no caso concreto (mesmo que haja o reconhecimento da importância do princípio preponderante); bem como abordagem conceitual equivocada da confiabilidade epistêmica empírica e normativa ou à alusão meramente retórica a esse termo, isto é, (i) sem a explicação de suas nuances; (ii) sem o seu enquadramento ao caso concreto; (iii) com aplicação de significado totalmente diverso do original; (iv) com equívocos na sua abordagem teórica.

Diante dessa análise, as estatísticas levantadas sobre a aplicação da fórmula do peso foram:

**Gráfico 15:** Aplicação das variáveis da fórmula do peso

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Dessa maneira, nota-se que as variáveis da fórmula do peso, de forma geral, não são nem mencionadas pelos ministros do STF. Quando mencionada, o grau de importância do princípio preponderante é o mais citado, mas essa menção ocorre frequentemente de forma atécnica, ou seja, sem que haja uma definição de graus de comparação entre os princípios colidentes para que, só depois, possa se definir propriamente qual é o princípio prevalente, a partir do caso concreto. Os ministros simplesmente definem a importância ou não do princípio de acordo com o parâmetro que entendem como devidos, sem predefinição ou padrão prévio.

Nesse ponto, mais uma vez, ressalta-se que, quando os ministros optam pela utilização da teoria alexyana, exige-se necessariamente que todas as etapas pré-definidas pelo autor sejam seguidas para que o resultado seja o mais correto procedimentalmente possível. Então, tanto a aplicação parcial ou a aplicação atécnica das variáveis da fórmula do peso (1% e 10%, respectivamente) representam também votos que utilizam a doutrina de Robert Alexy como argumento de autoridade<sup>13</sup>. Isso porque, conforme ressaltado acima, não há a aplicação das etapas que o autor considerou como necessárias para a

<sup>13</sup> “Um argumento de autoridade é aquele no qual citamos um especialista, autoridade em determinado assunto, para justificar uma conclusão” (GODOY, 2019, p. 1).

utilização procedimentalmente correta das variáveis da fórmula, que compõem a última sub-regra da proporcionalidade, indispensável para a completude da máxima como um todo; e nem foi justificado o porquê da omissão de qualquer dessas etapas no decorrer do voto.

Além disso, como as variáveis da fórmula do peso representam a máxima parcial da ponderação, de forma a possibilitar ao intérprete estabelecer uma gradação entre grave, moderado e leve de intervenção e importância dos princípios em colisão para que, ao final, se determine qual princípio terá prevalência, e elas não são, em regra, mencionadas nos votos do Supremo Tribunal Federal, ou, quando são, ocorre uma aplicação atécnica, pode-se concluir também que a lei da ponderação não é aplicada tecnicamente neste tribunal e, por conseguinte, a máxima da proporcionalidade também não o é.

Assim, ressalta-se, mais uma vez, que quando se invoca uma teoria cujo desenvolvimento não é feito em sua completude, utilizada, portanto, de forma atécnica ou parcialmente técnica, há o comprometimento da racionalidade e a força do argumento, o que acaba por comprometer a utilização das construções teóricas em questão.

### 3.2.2 Análise qualitativa da pesquisa empírica

A partir do desenvolvimento das tabelas de fichamento de pesquisa empírica realizada mediante a análise das 12 (doze) decisões selecionadas, podem-se destacar os exemplos mais representativos do que se considerou como aplicação técnica e aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso estudadas. Assim, destacam-se:

**Quadro 4:** Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima da proporcionalidade

<b>PROPORCIONALIDADE</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 116):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Assentada a juridicidade do <i>fim</i> pretendido pelo legislador, resta, então, investigar se os <i>meios</i> empregados</li> </ul>	<p>Voto da Ministra Rosa Weber (ADI 4.451, p. 47):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “é fato que discussões sobre a ineficácia do <i>direito de resposta</i> podem ocorrer nas hipóteses de</li> </ul>

observam, na hipótese, o postulado constitucional da **proporcionalidade**”. “Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de **proporcionalidade** constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua *função* é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu *fundamento* é a própria noção de princípios jurídicos como *mandamentos de otimização* em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116). Sua *operacionalização* é metodologicamente desdobrada em **três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito**” [grifo em negrito acrescido].

manifestações artísticas feitas em charges ou em programas humorísticos. Mas creio sejam elas recebidas pelo eleitor como opinião humorística e artística, de forma a nos parecer caro e **desproporcional** demais para os consagrados valores da *liberdade de imprensa e de expressão* cercear esses direitos fundamentais sob o pretexto da preservação do ‘equilíbrio eleitoral’” (p. 47) [grifo em negrito acrescido].

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

A utilização técnica da máxima da proporcionalidade foi considerada como tal, pois o ministro Luiz Fux a tratou como uma técnica de aplicação de princípios, entendidos como mandamentos de otimização, em face das condições fáticas e jurídicas envolvidas. Com isso, o ministro ainda salienta que a referida máxima se desdobra em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tudo conforme os ensinamentos de Alexy.

Por outro lado, a aplicação atécnica da máxima foi classificada assim, pois a ministra Rosa Weber considerou que o prejuízo ao direito à liberdade de imprensa e de expressão seria muito intenso para que se pudesse permitir um cerceamento quanto a estes direitos, considerando a medida como desproporcional. No entanto, a ministra faz um verdadeiro juízo de ponderação e não analisa a proporcionalidade como um todo, logo, como há o cumprimento das primeiras etapas da máxima em comento – adequação e necessidade – bem como não há maiores explicações sobre como a ministra chegou à conclusão de desproporcionalidade entre as medidas, a citação foi enquadrada como atécnica.

**Quadro 5:** Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da adequação

<b>ADEQUAÇÃO</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 116-121):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Na primeira etapa do exame de proporcionalidade, a análise de <b>adequação</b> investiga a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um <b>cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido</b>. Obviamente a promoção da finalidade colimada admite graus distintos de intensidade, qualidade e certeza. Por razões democráticas e técnicas, ligadas, respectivamente, à soberania popular (CRFB, art. 1º, parágrafo único) e à Separação dos Poderes (CRFB, arts. 2º c/c 60, §4º, III), deve-se respeitar a vontade objetiva do Legislativo e do Executivo (ÁVILA, Humberto. <i>Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos</i>. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178-182). Assim, a <b>adequação é satisfeita com a simples escolha de um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro</b>. A anulação de atos estatais, nesta fase, somente será justificável quando a inadequação da medida for evidente”. (p. 116-117). “Na espécie, as cotas de conteúdo nacional consubstanciam, <i>prima facie</i>, <b>meio idôneo</b> à promoção da cultura e da identidade nacional ao estimular a indústria audiovisual do país. Com efeito, tanto a veiculação mínima de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura quanto a exigência de um número também mínimo de canais brasileiros nos pacotes ofertados aos assinantes estimulam a <i>demand</i>a pelos produtos da indústria audiovisual nacional, o que, em consequência, aquece a cadeia produtiva do setor e favorece seu desenvolvimento e consolidação. Esse raciocínio intuitivo é</li> </ul>	<p>Voto do ministro Celso de Melo (RE 414.426, p. 32-33):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “<b>O exame</b> da <i>adequação</i> de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, <b>exatamente</b> por viabilizar o controle de sua <i>razoabilidade</i>, com fundamento <b>no art. 5º, LIV</b>, da Carta Política, <b>inclui-se, por isso mesmo, no âmbito</b> da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. <b>Esse entendimento</b> é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, <b>que, por mais de uma vez, já advertiu</b> que o Legislativo <b>não pode atuar</b> de maneira imoderada, <b>nem formular</b> regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente <b>divorciada</b> dos padrões de <i>razoabilidade</i>” (p. 32-33) [grifo em itálico acrescido].</li> </ul>

corroborado por evidências empíricas trazidas ao debate durante a audiência pública realizada perante o STF” (p. 117). “Segundo a ANCINE, a quantidade de veiculações mensais de obras audiovisuais brasileiras em 15 canais selecionados cresceu quase *quatro* vezes, comparando-se o primeiro quadrimestre de 2012 (quando as cotas de conteúdo nacional ainda não estavam em pleno vigor) e o último quadrimestre de 2012 (quando a novel disciplina já era inteiramente aplicável a todos os *players* do setor). Ainda segundo a agência, a quantidade de requisições de Certificados de Registro de Títulos (CRTs) referentes a obras brasileiras não publicitárias aumentou quase *três* vezes entre o primeiro e o segundo semestre de 2012. Já em agosto de 2013, a ANCINE divulgou, em seu portal na internet, um balanço dos efeitos gerados pela Lei no 12.485/11 sobre o mercado audiovisual, revelando que a nova regulação *triplicou* o total de horas de conteúdo brasileiro exibido por mês na TV por assinatura. Por sua vez, a ABPITV relatou ter testemunhado, desde a entrada em vigor da Lei no 12.485/11, um crescimento de mais de 60% de produtoras nacionais independentes associadas a seus quadros, cuja magnitude saltou de 175 em dezembro de 2011 para 283 em fevereiro de 2013” (p. 117-118). “Esses dados revelam, de um lado, que o novo modelo regulatório tem sido eficaz no estímulo à indústria audiovisual brasileira, bem como que, de outro lado, tem favorecido a ampliação e a diversidade do conteúdo oferecido ao assinante de TV paga no Brasil, o que denota a **idoneidade da medida à promoção dos fins a que se destina**” (p. 118). “Reputo, por essas razões, os arts. 16, 17, 18, 19, 20 e 23 da Lei n° 12.485/11 como adequados aos fins pretendidos” (p. 121) [grifo em negrito acrescido].

Nesse ponto, o ministro Luiz Fux usa tecnicamente a máxima da adequação como uma investigação para apurar se a medida estatal promove adequadamente o fim perseguido, nos termos da doutrina alexyana (2003, p. 137), fazendo, posteriormente, a aplicação da teoria ao caso concreto.

Enquanto, na análise atécnica da máxima, o ministro Celso de Melo compara a sub-regra da adequação a um exame de razoabilidade, que são dois conceitos tratados pacificamente como distintos pela doutrina especializada<sup>14</sup>, conforme será especificado mais adiante. Portanto, o ministro aplica significado totalmente diverso daquele adotado pela teoria original acerca da máxima parcial da adequação, por essa razão, essa citação foi enquadrada como atécnica.

**Quadro 6:** Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da necessidade

<b>NECESSIDADE</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 122):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Na <b>segunda etapa do exame de proporcionalidade</b>, investiga-se a <b>necessidade</b> ou <b>exigibilidade</b> da medida estatal. Procede-se, aqui, a uma <b>análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido</b>. O objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los tanto em relação ao grau de adequação à finalidade pública, quanto ao impacto sobre bens jurídicos contrapostos. Quer-se, com isso, <b>evitar qualquer excesso</b> da intervenção estatal, interditando que o Poder Público se valha de termos mais gravosos quando existentes alternativas igualmente eficazes, porém menos incisivas sobre a esfera jurídica de terceiros”. “Na hipótese versada, não vislumbro qualquer excesso da medida </li> </ul>	<p>Voto do ministro Marco Aurélio (ADI 2.404, p. 124):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Nesse contexto, bom exemplo de <b>meio adequado, necessário e proporcional</b> é a Lei no 10.359/2001, ainda carente de regulamentação, que dispôs sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação, o que já ocorre parcialmente com a TV a cabo, Sky, Net etc. Claro que a realidade do Brasil não permite crer que todos terão acesso a esses equipamentos em curto prazo, mas a virtude da legislação é apontar caminho alternativo” [grifo em negrito acrescido].</li> </ul>

<sup>14</sup> “[...] quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos” (Silva, 2002, p. 28-31).

estatal. Reconheço, de plano, que há alternativas à promoção da indústria audiovisual brasileira (e.g., isenções fiscais e patrocínio estatal) que impõem **restrições menos onerosas** aos bens jurídicos contrapostos. Não obstante isso, tais mecanismos não me parecem igualmente eficazes para a promoção do fim desejado pela política pública em exame. E isso por uma simples razão: instrumentos fiscais e financeiros sempre existiram e foram aplicados em proveito da indústria nacional. Tanto assim o é que a ANCINE fora concebida, originalmente, como agência de fomento. Sem embargo, o setor de TV paga permaneceu dominado pelas obras estrangeiras, como extensivamente comprovado pelos dados trazidos aos autos. A produção nacional e independente continuou marginalizada. Somente com a política de cotas é que esse cenário começou a ser substancialmente modificado (e mais: sem comprometer em demasia o erário). “Em verdade, deve-se reconhecer que o próprio *fomento* à produção de conteúdo brasileiro, para ser realmente eficaz, requer instrumentos outros que, atuando *conjuntamente*, deem vazão ao produto desenvolvido” (p. 121). “Sem razão, portanto, a ABRA ao afirmar que a medida mais eficaz para a promoção da indústria nacional seria a concessão de *‘incentivos fiscais, subsídios, campanhas de conscientização e maciços investimentos na formação e treinamento de profissionais’*. Em um mercado significativamente dominado por produtos estrangeiros, tais mecanismos de fomento estatal não são suficientes para o atendimento dos fins visados pelo legislador, além de sobrecarregarem excessivamente o erário. Daí por que não promovem, na mesma intensidade, os valores constitucionais em jogo. Assento, pois, a exigibilidade da política regulatória erigida pela Lei no 12.485/11” [grifo em negrito acrescido].



Em relação ao exame da necessidade, o ministro Luiz Fux o faz tecnicamente, uma vez que infere se existem meios alternativos ao fim público perseguido que sejam menos onerosos àquele originalmente adotado pelo Estado, em uma tentativa de averiguar se houve o cometimento de excessos estatais. Logo, além de adotar o conceito original da teoria desenvolvida por seu autor, o ministro também faz a devida aplicação da técnica à prática jurídica.

Já, na aplicação atécnica, embora o ministro Marco Aurélio afirme que a medida é “adequada, necessária e proporcional”, pelo contexto, ele está se referindo à máxima parcial da necessidade, uma vez que a fala demonstra a busca por um instrumento menos oneroso para o fim pretendido. Então, o ministro, mesmo tendo utilizado a máxima da necessidade, ele não a diferenciou das demais máximas parciais e considerou a medida proporcional como um todo, mesmo tendo feito a análise apenas da segunda sub-regra da proporcionalidade.

**Quadro 7:** Argumentos mais representativos dos critérios relativos à máxima parcial da ponderação

<b>PONDERAÇÃO</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 123-124):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, o <b>teste da proporcionalidade em sentido estrito</b> impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a abalizada lição de Robert Alexy: <b>‘quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro’</b> (ALEXY, Robert. ‘On balancing and subsumption: a structural comparison’ <i>in Ratio Juris</i>, vol. 16, no 14, Oxford, dezembro-2003, p. 436 - tradução livre do original). É a <b>lei da ponderação</b>. Pretende-se, com ela, aquilatar a importância dos bens jurídicos em jogo, fundamentando juridicamente a calibragem das restrições derivadas da intervenção estatal” (p. 122-123). “Verifico, na espécie, que o <b>grau de prejuízo imposto à liberdade de iniciativa e à</b></li> </ul>	<p>Voto do ministro Gilmar Mendes (ADI 4451, p. 79-81):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Mas aqui é muito difícil para o Tribunal, de fato, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de uma expressão como veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação a seus órgãos ou representantes, a partir de um referencial, porque qualquer notícia negativa – Vossa Excelência disse-o muito bem – será interpretada como contrária a esses interesses. Agora, eu não excluo a possibilidade – que fica no plano daquilo que nós chamamos <b>proporcionalidade em concreto</b> – de se fazer uma avaliação. Se uma dada empresa de comunicação faz editoriais em relação a um dado candidato, isso pode ser avaliado pela Justiça Eleitoral no campo da <b>proporcionalidade em concreto</b>.</li> </ul>

**liberdade de expressão** das empresas estrangeiras é ínfimo, na medida em que o legislador não impediu, em qualquer momento, a comercialização de conteúdos audiovisuais de outros países nem o acesso de agentes econômicos estrangeiros ao mercado pátrio. O que fez a Lei foi apenas garantir uma demanda mínima por conteúdos audiovisuais nacionais, inclusive independentes, fortalecendo a produção audiovisual e as programadoras brasileiras, bem como estimulando a diversificação do conteúdo oferecido ao assinante. Como bem observado pela PGR, *“tais diretrizes não obstam a exibição de quaisquer programas estrangeiros, mas impõem uma obrigação comissiva de inclusão de um percentual mínimo de conteúdo brasileiro nas suas grades de programação”* (p. 123). “Soma-se a isso o fato de que as cotas brasileiras são extremamente tímidas quando comparadas (i) com a grade total de programação das empresas e (ii) com as praticadas em outros países do mundo. Veja-se, inicialmente, que o art. 16 da Lei do SeAC exige apenas 3h30 (três horas e trinta minutos) por semana do horário nobre para conteúdos gerados por produtora brasileira independente. Trata-se de menos de 10% (dez por cento) do horário nobre semanal de 6h (seis horas) diárias fixadas pela IN-ANCINE no 100 /2012. Já o art. 17 estabelece que, em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado. Nesse contexto específico, um terço do total de canais não parece ser fração excessiva, sobretudo porque as programadoras remanescem livres para escolher qualquer canal brasileiro. Considerada a moderação do legislador, não se pode – como fazem os requerentes – afirmar que a Lei tenha imposto uma *“linha de programação”* (p. 124) [grifo em negrito acrescido].

Porque, é evidente, qualquer candidato vai avaliar uma notícia como contrária aos seus interesses, desde que ela tenha alguma repercussão de caráter negativo. Mas eu não excluo a possibilidade de que se faça a avaliação, porque pode ocorrer (p. 79).

[...] Mas é preciso ter muito cuidado, portanto, com essa temática, claramente: nem proibir e nem dizer que aqui é o campo em que tudo é permitido. Porque, de fato, isso pode ser decisivo para comprometer o processo eleitoral, de maneira definitiva, com a sofisticação hoje inclusive de mecanismos (p. 79).

[...] É evidente que a liberdade de imprensa faz parte daquele núcleo básico – com a liberdade de associação, de reunião, de manifestação de pensamento – dos direitos funcionalmente democráticos. Sem ela, não existe a democracia; mas é fundamental que se tenha aqui essa visão. De modo que, a despeito de, eventualmente, declarar-se a legitimidade ou a inconstitucionalidade dessas normas dos incisos II e III, temos que **reconhecer que, in concreto, poderá, sim, o Judiciário fazer as devidas avaliações.** Chamo a atenção de que, não raras vezes, o **Tribunal já aplicou a proporcionalidade em concreto.** Um exemplo que sempre cito, no debate sobre **proporcionalidade, é o caso do exame de DNA.** Em um dos primeiros casos de análise precedente, o *leading case* cujo relator é o Ministro Marco Aurélio, assentou-se, de maneira muito clara, que seria proibida a exigência do exame. Ficaram vencidos o Ministro Rezek e o Ministro Pertence, que entendiam, que, tendo em vista os valores em colisão, era adequada a prova. Houve um segundo caso, também importante, em que a Justiça decretou que alguém que se

declara pai de alguém, de uma relação extraconjugal, deveria se submeter ao exame. Aqui, o Relator foi Pertence, que disse: Não, o exame – ainda que ele defendesse a obrigatoriedade – neste caso não pode, porque a configuração fática do caso leva a impor a alguém um vexame. Mesmo ele, portanto, que tinha defendido a tese da obrigatoriedade do exame, aqui, posicionou-se em sentido contrário. Na jurisprudência internacional, é célebre o caso de assassinato em Lebach, em que houve a morte de soldados. Alguém, depois de ter cumprido a pena – iria receber liberdade condicional ou coisa que o valha -, viu que se anunciava um filme, um documentário sobre o caso. Em princípio, na jurisprudência mundial, é pacífica a orientação de que reportagem sobre fatos ocorridos não têm relevo, não pode ser proibido. Não obstante, este indivíduo suscitou a questão: Como vai estar o meu direito de ressocialização neste momento? E a Corte Constitucional Alemã deu-lhe razão; claro **caso de proporcionalidade in concreto**” (p. 80-81) [grifo em negrito acrescido].

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Na aplicação técnica da ponderação, mais uma vez, o ministro Luiz Fux utiliza a teoria conforme foi desenvolvida por Alexy, fazendo a aplicação da lei da ponderação – “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 167) – ao caso concreto.

Acerca do caráter atécnico da máxima parcial da ponderação, o ministro Gilmar Mendes chama de “proporcionalidade em concreto” a “avaliação em concreto para se estipular se a liberdade de expressão deve ser limitada ou não”, mas o termo técnico correto a ser utilizado, de acordo com a teoria de Alexy, é ponderação, pois se faz um juízo hermenêutico sobre os dois princípios

colidentes, a fim de se definir qual deve prevalecer no caso concreto. Por essa razão, este trecho selecionado foi enquadrado no quadro sob aplicação atécnica. Ademais, muitos ministros utilizam a proporcionalidade em sentido amplo como sinônimo de ponderação, razão pela qual esta foi considerada a citação mais representativa de sua aplicação atécnica.

Embora se possam selecionar argumentos representativos de todos os elementos que compõem a máxima da proporcionalidade, quando se depara com os critérios relativos às variáveis da fórmula do peso, isso não ocorre. Conforme apontado acima, em 88% (oitenta e oito por cento) dos votos, não houve menção a nenhum dos critérios relativos às variáveis que fazem parte da estrutura lógica criada por Alexy, mesmo que de forma atécnica. Portanto, o preenchimento dos próximos quadros restou incompleto nos casos em que os ministros foram silentes.

**Quadro 8:** Argumentos mais representativos da menção ao grau de interferência no princípio preterido

#### GRAU DE INTERFERÊNCIA NO PRINCÍPIO PRETERIDO

Utilização de forma técnica	Utilização de forma atécnica
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 123 e 125):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “Verifico, na espécie, que o <b>grau de prejuízo</b> imposto à liberdade de iniciativa e à liberdade de expressão das empresas estrangeiras é <b>ínfimo</b>, na medida em que o legislador não impediu, em qualquer momento, a comercialização de conteúdos audiovisuais de outros países nem o acesso de agentes econômicos estrangeiros ao mercado pátrio. O que fez a Lei foi apenas garantir uma demanda mínima por conteúdos audiovisuais nacionais, inclusive independentes, fortalecendo a produção audiovisual e as programadoras brasileiras, bem como estimulando a diversificação do conteúdo oferecido ao assinante” (p. 123) [grifo em negrito acrescido].</li> <li>• “Além de impor um <b>sacrifício leve</b> à liberdade de iniciativa, observo que esse sacrifício é <i>temporário</i> e deverá ser</li> </ul>	<p>Voto do ministro Eros Grau (RE 511.961, p. 113):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “A resposta é óbvia: evidentemente, a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista <b>não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios</b>, sem culpa das vítimas” (p. 113) [grifo em negrito acrescido].</li> </ul>

suportado de modo *progressivo* pelos agentes econômicos, resguardado que lhes foi período razoável de adaptação e planejamento. Com efeito, a política de cotas de conteúdo nacional foi criada com data para terminar, consoante dispõe o art. 41 da Lei no 12.485/11 (*‘Os arts. 16 a 23 deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei’*). Mais que isso: a política vem sendo implementada de forma gradual, visando a não causar nenhum impacto instantâneo no setor, *ex vi* do art. 23 da Lei do SeAC, o qual dispõe que, nos dois primeiros anos de vigência do diploma, o número de horas de que trata o *caput* do art. 16 serão reduzidos nas seguintes proporções: 2/3 (dois terços) no primeiro ano de vigência da Lei, e 1/3 (um terço) no segundo ano de vigência da Lei”. “Cuida-se, pois, de medida *transitória* e *cautelosa* arquitetada pelo legislador como resposta *temporária* à fragilidade do mercado audiovisual brasileiro frente ao poder econômico internacional. Espera-se que, uma vez fortalecida, a indústria pátria possa caminhar por suas próprias pernas e ofertar produtos competitivos interna e externamente” (p. 125) [grifo em negrito acrescido].

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

**Quadro 9:** Argumentos mais representativos da menção ao grau de importância da satisfação do princípio preponderante

#### GRAU DE IMPORTÂNCIA DA SATISFAÇÃO DO PRINCÍPIO PREPONDERANTE

Utilização de forma técnica	Utilização de forma atécnica
<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 125):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>“De outra banda, <b>o grau de importância</b> dos fins visados pela legislação <b>é elevado</b> e seus efeitos permanentes. Como já ressaltado, o que está em jogo são mandamentos constitucionais e supralegais expressos de valorização da cultura e da identidade nacional (CRFB, art. 221, II c/c art. 222, §3º; Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, art. 6º), com enormes desdobramentos para a indústria audiovisual do país e</li> </ul>	<p>Voto do ministro Luiz Fux (ADI 2.404, p. 52):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>“Foi com os olhos nesses riscos, e com o fim de assegurar a <b>posição preferencial</b> da liberdade de expressão do sistema das liberdades fundamentais, que a Constituição de 1988 conferiu à atividade de classificação do conteúdo dos programas de rádio e televisão o caráter, pelo Estado, exclusivamente indicativo, como resulta da previsão expressa do artigo 21, inciso XVI, do texto</li> </ul>

para os interesses do consumidor de serviços de TV por assinatura. Todas essas repercussões foram apontadas *supra*” (p. 125) [grifo em negrito acrescido].

constitucional” [grifo em negrito acrescido].

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

A respeito da aplicação técnica dos elementos formadores da fórmula do peso, mais especificamente sobre o grau de interferência no princípio preterido e grau de importância do princípio preponderante, o ministro Luiz Fux comparou os princípios colidentes para se concluir sobre o tamanho do prejuízo no âmbito de aplicação do primeiro princípio e o nível de importância do segundo princípio. Assim, percebe-se a utilização de termos como prejuízo *ínfimo* e grau de importância *elevado* para se tratar sobre os dois critérios, conforme exposto nos quadros 8 e 9 acima.

Destarte, ao se referir ao grau de prejuízo ínfimo, pode-se comparar com o grau de prejuízo “leve” utilizado por Alexy quando da comparação entre os princípios colidentes; por outro lado, ao se referir ao elevado grau de importância, pode-se também comparar com o grau de importância grave colocado pelo autor alemão.

Em contrapartida, as aplicações atécnicas do grau de interferência no princípio preterido e do grau de importância do princípio preponderante, não obstante haja a menção ao prejuízo no âmbito de aplicação do primeiro princípio e/ou à importância de satisfação do segundo princípio, são feitas sem a análise comparativa entre as duas espécies normativas colidentes. Portanto, não há propriamente a estipulação dos graus – de interferência e importância – essenciais para a constatação das variáveis da fórmula do peso, por essa razão, esse enquadramento foi inserido no quadro sob a forma atécnica.

**Quadro 10:** Argumentos mais representativos da menção à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas

<b>CONFIABILIDADE EPISTÊMICA DAS PREMISSAS EMPÍRICAS</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>
Voto do ministro Luiz Fux (ADI 4.923, p. 117-118):	

- “Com efeito, tanto a veiculação mínima de conteúdo brasileiro nos canais de TV por assinatura quanto a exigência de um número também mínimo de canais brasileiros nos pacotes ofertados aos assinantes estimulam a demanda pelos produtos da indústria audiovisual nacional, o que, em consequência, aquece a cadeia produtiva do setor e favorece seu desenvolvimento e consolidação. **Esse raciocínio intuitivo é corroborado por evidências empíricas trazidas ao debate durante a audiência pública realizada perante o STF**” (p. 117) [...] **“Segundo a ANCINE, a quantidade de veiculações mensais de obras audiovisuais brasileiras em 15 canais selecionados cresceu quase quatro vezes, comparando-se o primeiro quadrimestre de 2012 (quando as cotas de conteúdo nacional ainda não estavam em pleno vigor) e o último quadrimestre de 2012 (quando a novel disciplina já era inteiramente aplicável a todos os players do setor).** Ainda segundo a agência, **a quantidade de requisições de Certificados de Registro de Títulos (CRTs) referentes a obras brasileiras não publicitárias aumentou quase três vezes entre o primeiro e o segundo semestre de 2012.** Já em agosto de 2013, a ANCINE divulgou, em seu portal na internet, um balanço dos efeitos gerados pela Lei no 12.485/11 sobre o mercado audiovisual, revelando que **a nova regulação triplicou o total de horas de conteúdo brasileiro exibido por mês na TV por assinatura.** Por sua vez, a ABPITV relatou ter testemunhado, desde a entrada em vigor da Lei no 12.485/11, **um crescimento de mais de 60% de produtoras nacionais independentes associadas a seus quadros, cuja magnitude saltou de 175 em dezembro de 2011 para 283 em fevereiro de 2013**” (p. 117-118). **“Esses dados revelam, de um lado, que o novo modelo regulatório tem sido eficaz no estímulo à indústria audiovisual brasileira, bem como que, de outro lado, tem favorecido a ampliação e a diversidade do conteúdo oferecido ao assinante de**
-

**TV paga no Brasil, o que denota a idoneidade da medida à promoção dos fins a que se destina”** (p. 118) [grifo em negrito acrescido].

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Quanto à aplicação técnica da confiabilidade epistêmica empírica, o ministro Luiz Fux investiga o nível de segurança das proposições empíricas acerca da realização ou não dos princípios analisados, a partir das evidências empíricas trazidas ao processo constitucional durante a audiência pública realizada perante o próprio Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, tais proposições foram examinadas e destacadas pelo ministro durante seu voto, tendo sido feito um enquadramento técnico da variável em questão.

**Quadro 11:** Argumentos mais representativos da menção ao grau de à confiabilidade epistêmica das premissas normativas

<b>CONFIABILIDADE EPISTÊMICA DAS PREMISSAS NORMATIVAS</b>	
<b>Utilização de forma técnica</b>	<b>Utilização de forma atécnica</b>

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Ainda acerca dos elementos “confiabilidade epistêmica empírica” e “confiabilidade epistêmica normativa”, por falta de argumentos construídos pelos ministros, não se pode retirar outras conclusões definitivas a respeito desses critérios, a não ser àquela já registrada no tópico anterior sobre a não aplicação, de forma geral, das variáveis fórmula do peso. Logo, quanto à confiabilidade epistêmica das premissas empíricas, a ausência de menção corresponde a 98% (noventa e oito por cento) dos votos; e quanto à confiabilidade epistêmica das premissas normativas, a 100% (cem por cento) dos votos.

Pela análise das tabelas, dos gráficos e dos quadros, percebe-se, em primeiro lugar, que, quando os ministros utilizam a máxima da proporcionalidade de forma técnica, eles, em geral, descrevem um conceito rápido da máxima objeto do comentário e, posteriormente, fazem o seu enquadramento ao caso concreto.



Dessa forma, visualiza-se que as partes em negrito (acrescidas) se referem a explicação do conceito e da utilização, por exemplo, da máxima parcial da adequação, por outro lado, as partes em itálico (acrescidas) se referem ao enquadramento da mesma ao caso concreto e, por conseguinte, a justificativa de como o ministro entendeu pela adequação da medida estatal. Portanto, esse é o padrão visualizado na utilização técnica da máxima da proporcionalidade analisada neste estudo, embora haja decisões que não fazem referência ao conceito de forma expressa; mas elas, ao menos, ao aplicarem a máxima, acabam por descrever a finalidade a que pretendeu Alexy.

Como exposto, a análise de aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade, por sua vez, deu-se com base nos seguintes critérios: o voto apenas menciona a teoria, de forma retórica, sem explicar suas nuances; o voto apenas menciona a teoria, sem enquadrá-la ao caso concreto; o voto menciona a palavra concernente à teoria, mas aplica significado totalmente diverso; e, por último, o voto menciona a teoria, a explica, mas a enquadra erroneamente dentro dos critérios propostos por Alexy. Por exemplo, neste último caso, diversos ministros citam a proporcionalidade, em sentido amplo, mas fazem apenas um juízo concernente à ponderação (máxima da proporcionalidade em sentido estrito), nos termos demonstrados no quadro 4.

Ainda sobre a aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade, há um padrão interessante quanto à sua comparação ao conceito de razoabilidade<sup>15</sup>, conforme acima exemplificado, uma vez que, alguns ministros costumam equiparar as duas definições. Com isso, por exemplo, na decisão do Recurso

---

<sup>15</sup> Silva (2002, p. 28-31) explica essencialmente a distinção entre *razoabilidade* e *proporcionalidade*, expondo que “[...] quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. [...] A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”. “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade” (SILVA, 2002, p. 28-31).

Extraordinário n° 414.426 de 2011 que trata sobre liberdade de expressão e o exercício da atividade de músico, Ellen Gracie, em seu voto, assevera que:

Jorge Miranda, em seu Manual de Direito Constitucional (Tomo IV, 4o ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 282), destaca que, na Constituição Portuguesa, chega a estar expresso que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem 'limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18º, nº 2, 2ª parte)'. Esse expediente se impõe em qualquer Estado de Direito Democrático, servindo a **razoabilidade e a proporcionalidade** como critérios para a análise da validade de eventuais restrições aos direitos fundamentais (p. 15) [grifo em negrito acrescido].

No entanto, cumpre registrar que não são todos os ministros que fazem esse tipo de confusão, mas se percebe que há um padrão de equiparação desses termos, de uma forma geral.

Ainda acerca de diferenças nas nomenclaturas, alguns ministros utilizam o termo "concordância prática" quando fazem um juízo de ponderação, ao buscarem a melhor solução para o caso de colisão posto em juízo. Nesses termos, é o voto do ministro Maurício Corrêa, no Habeas Corpus n° 82.424 de 2003 que trata sobre a liberdade de expressão e o crime de racismo:

A **aparente colisão de direitos essenciais** encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o 'direito à incitação ao racismo', até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra. 78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma **ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente**. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, **para que se possa operar a chamada 'concordância prática'**, a que se refere a doutrina. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco (p. 61) [grifos em negrito acrescidos]

A respeito da aplicação técnica dos elementos formadores da fórmula do peso, mais especificamente sobre o grau de interferência no princípio preterido e grau de importância do princípio preponderante, o ministro Luiz Fux, em um de seus votos, foi o único a verdadeiramente comparar os princípios colidentes para

se concluir sobre o tamanho do prejuízo no âmbito de aplicação do primeiro princípio e o nível de importância do segundo princípio. Portanto, há um padrão bem claro quanto à não aplicação das variáveis da fórmula do peso, nos votos ministeriais, principalmente no que se refere aos elementos da confiabilidade epistêmica empírica e confiabilidade epistêmica normativa, sendo que a ausência de menção corresponde, respectivamente, a 98% (noventa e oito por cento) dos votos e a 100% (cem por cento) dos votos.

Por essas razões, como as variáveis da fórmula do peso representam a máxima parcial da ponderação e elas não são, em regra, mencionadas nos votos do Supremo Tribunal Federal, ou, quando são, ocorre uma aplicação atécnica, pode-se concluir que a lei da ponderação não é aplicada tecnicamente neste tribunal e, por conseguinte, a máxima da proporcionalidade também não o é.

## CONCLUSÃO

A pesquisa realizada foi dividida em duas partes: a primeira, teórico-bibliográfica, buscou investigar as definições essenciais para a realização do estudo, examinando-se a fixação das estratégias lógicas traçadas por Robert Alexy para a máxima da proporcionalidade, a fórmula do peso e o direito à liberdade; a segunda parte consistiu em pesquisa empírico-jurisprudencial, analisando-se as decisões constitucionais que utilizaram o método da proporcionalidade e, por conseguinte, da fórmula do peso para resolver conflitos de valores e interesses baseados na contraposição de princípios de direitos fundamentais com o princípio da liberdade de expressão.

O objetivo central deste trabalho foi a verificação da tecnicidade de aplicação da máxima da proporcionalidade e das suas máximas parciais, bem como da fórmula do peso, nos julgados do Supremo Tribunal Federal que mencionaram o direito à liberdade de expressão. Tanto a máxima da proporcionalidade quanto a fórmula do peso são formulações construídas dentro da teoria dos princípios, por Robert Alexy. Foi então necessário destacar os principais aspectos de cada uma dessas formulações para, em seguida traçar um caminho lógico para a elaboração do conceito de “liberdade de expressão”, direito fundamental disciplinado como princípio constitucional.

Sendo assim, entendeu-se que o conceito específico do direito especial à liberdade de expressão corresponde ao direito de exteriorizar qualquer forma de manifestação humana, independentemente de censura ou licença.

Em sequência, a partir do desenvolvimento da pesquisa jurisprudencial, algumas conclusões foram retiradas sobre a tecnicidade e atecnicidade de aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso, assim, pode-se destacar:

- em 67% (sessenta e sete por cento) dos casos analisados, o princípio da liberdade de expressão, em conjunto com outros princípios correlatos (como, por exemplo, o do livre exercício profissional), foi o preponderante;
- em todos os casos em que o princípio da dignidade humana foi o contraposto ao princípio da liberdade de expressão, o primeiro prevaleceu. Isso porque o peso abstrato da dignidade humana é mais

elevado, tendo em vista que ela constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

- os ministros do STF se referem à máxima da proporcionalidade e às suas máximas parciais com uma frequência bem maior do que aos critérios determinantes para o preenchimento das variáveis da fórmula do peso. A máxima da proporcionalidade e as máximas parciais foram aplicadas, de forma técnica, em 7% (sete por cento) dos votos apurados nos 12 (doze) acórdãos analisados e, de forma parcialmente técnica, 23% (vinte e três por cento); enquanto, os elementos essenciais para a construção da fórmula do peso foram aplicados tecnicamente em apenas 1% (um por cento) dos votos e, de forma parcialmente técnica, também em apenas 1% (um por cento) dos 94 votos proferidos;
- a aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade e das máximas parciais (17% dos votos) se deu em um percentual maior do que em sua aplicação técnica (7% dos votos); o percentual relativo à aplicação atécnica dos critérios relativos à fórmula do peso também foi em um percentual maior do que sua aplicação técnica, totalizando a importância de 10% (dez por cento) contra 1% (um por cento) dos votos, respectivamente;
- os percentuais de *não utilização* da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso mostram-se *bastante expressivos, sendo de 53% (cinquenta e três por cento) quanto à primeira e 88% (oitenta e oito por cento) quanto à segunda*. Assim, mesmo quando os ministros observam uma colisão principiológica, na maioria dos votos, eles sequer citam as teorias alexianas;
- a máxima da proporcionalidade e, dentro desta, a fórmula do peso não são cogentes dentro do direito brasileiro. Quando os ministros do Supremo Tribunal Federal não usam essa construção teórica desenvolvida por Alexy, eles adotam caminhos diferentes, seja por meio da construção de argumentos morais, éticos, científicos ou doutrinários, baseados em outros pensadores. No entanto, a despeito

do cumprimento do dever de fundamentação, não há um padrão na forma de elaboração desses votos, pois, por vezes, um mesmo tipo argumento pode ser utilizado por diferentes ministros para fundamentar posições diversas dentro de um mesmo processo.

- uma teoria em que as etapas do raciocínio jurídico são discriminadas de uma forma padronizada, conforme a elaborada por Alexy, pode auxiliar no controle da fundamentação das decisões e na diminuição da subjetividade.
- a utilização parcialmente técnica da proporcionalidade e de suas máximas parciais (23% dos votos) supera sua aplicação técnica (7% dos votos), em relação aos critérios essenciais relativos às variáveis da fórmula do peso, esse fator de análise não se mantém, pois os ministros os utilizaram de forma parcialmente técnica em 1% dos votos e de forma técnica também em apenas 1% dos votos;
- quando os ministros optam pela utilização da teoria alexyana, exige-se necessariamente que todas as etapas pré-definidas pelo autor sejam seguidas para que o resultado seja o mais correto procedimentalmente possível. Então, tanto a aplicação parcial quanto a aplicação atécnica da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso representam votos que utilizam, de certa forma, a doutrina de Robert Alexy como argumento de autoridade. Isso porque não há a aplicação das etapas que o autor considerou como necessárias para a utilização procedimentalmente correta de ambas as teorias, quando da colisão entre princípios; e nem foi justificado o porquê da omissão de qualquer dessas etapas no decorrer do voto.
- os ministros aplicam mais frequentemente, de forma técnica, máxima parcial da ponderação (26% dos votos) do que as demais máximas parciais: da adequação (9% dos votos), da necessidade (10% dos votos); bem como da própria proporcionalidade em sentido amplo (15% dos votos). Logo, na jurisprudência brasileira, se dá ênfase ao aspecto normativo – baseado na análise dos próprios princípios, ou seja, no exame das possibilidades jurídicas postas em colisão –, e não ao aspecto fático – na análise das possibilidades fáticas empregadas visando as finalidades pretendidas.

- considerando também a aplicação da máxima da proporcionalidade e de suas máximas parciais, em conjunto, ressalta-se que o ministro que mais tratou, de forma técnica, do tema foi o ministro Luiz Fux;
- quando os ministros utilizam a máxima da proporcionalidade de forma técnica, eles, em geral, descrevem um conceito rápido da máxima objeto do comentário e, posteriormente, fazem o seu enquadramento ao caso concreto;
- há um padrão nos votos quanto à equiparação dos conceitos de proporcionalidade e de razoabilidade. Ademais, alguns ministros utilizam também o termo “concordância prática” quando fazem um juízo de ponderação;
- o ministro Luiz Fux, em um de seus votos, foi o único a verdadeiramente comparar os princípios colidentes para concluir sobre o grau de interferência no princípio preterido e o grau de importância da satisfação do princípio preponderante;
- não obstante em 1% e 9% dos votos, respectivamente, haja a menção ao prejuízo no âmbito de aplicação do princípio preterido e à importância de satisfação do princípio preponderante, não há a abordagem técnica do tema, não sendo feita a análise comparativa entre as duas espécies normativas colidentes. Portanto, não há propriamente a estipulação dos graus de interferência (no primeiro princípio) e de importância de satisfação (do segundo princípio). Tal graduação é essencial para a construção das variáveis da fórmula do peso;
- por falta de argumentos elaborados pelos ministros, não se pôde retirar conclusões definitivas a respeito dos critérios “confiabilidade epistêmica empírica” e “confiabilidade epistêmica normativa”, ambos relativos às condições do caso concreto julgado.

Destarte, diante de todas as conclusões levantadas, vê-se que há um padrão bem claro nos acórdãos, no sentido de que os ministros do STF se referem à máxima da proporcionalidade e às suas máximas parciais com uma frequência bem maior do que aos critérios determinantes para o preenchimento

das variáveis da fórmula do peso. No entanto, como as variáveis da fórmula do peso representam a máxima parcial da ponderação e elas não são, em regra, mencionadas nos votos do Supremo Tribunal Federal, ou, quando são, ocorre uma aplicação atécnica, pode-se concluir também que a lei da ponderação não é aplicada tecnicamente neste tribunal e, por conseguinte, a máxima da proporcionalidade também não o é.

Ademais, os índices de ausência de aplicação de ambas as teorias são os mais expressivos, pois 53% (cinquenta e três por cento) dos votos nem mencionam a máxima da proporcionalidade e apenas 7% dos votos o fizeram de forma técnica e completa; e 88% (oitenta e oito por cento) não trataram da fórmula do peso e apenas 1% dos votos a mencionaram de forma técnica e completa.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). Porto Alegre: livraria do advogado, 3 ed., 2011.

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

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al.* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

BERTOLDO, Jaqueline. SALLA, Mariana Fenalti. A liberdade de expressão versus os direitos de personalidade na blogosfera: uma análise ao encontro da teoria de Dworkin. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. 04, 05 e 06 jun. 2013, p. 212. Santa Maria: RS. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/2-4.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 17/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautela da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal**. Min. Carlos Ayres Britto. DJ: 27/02/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Relator: Min. Carlo Ayres Britto. DJ: 29/05/2008. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. DJ: 30/09/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 511.961 São Paulo**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 17/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 414.426 Santa Catarina**. Relatora: Min. Ellen Grace. DJ: 01/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>. Acesso em: 06 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 08/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081184>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 109.676 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 11/06/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 01/07/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 10/06/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 17/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 09 jul. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898.450 São Paulo**. Relator: Luiz Fux. DJ: 17/08/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.577 Distrito Federal**. Relatora: Rosa Weber. DJ: 25/08/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222697>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.487 Distrito Federal**. Relatora: Rosa Weber. DJ: 25/08/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222692>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404 Distrito Federal**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 31/08/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312302190&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062 e 5.065**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 27/10/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 566.622 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 23/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413211>. Acesso em: 19 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 05/04/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 24/08/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937 São Paulo**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 24/08/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.923, 4747, 4756 e 4923**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 08/11/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio De Janeiro**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874 Distrito Federal**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 01/02/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Reclamação 22.328 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 06/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 26 abri. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 141.949 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 13/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 23 abri. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. DJ: 21/06/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 16 abri. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Ag. Reg. no Habeas Corpus 143.968 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 29/06/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747859216>. Acesso em: 15 abri. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.142.567 São Paulo**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 30/11/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748841680>. Acesso em: 12 abri. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.225.968 São Paulo**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 29/11/2019. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751647061>  
. Acesso: 08 abri. 2020.

BOMFIM, Bruna. Os desafios da pesquisa empírica no âmbito do direito.  
**Revista Direito UNIFACS**. Salvador, n. 242, ago. 2020, p. 14-15.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Leituras Complementares de Processo Civil. Fredie Didier Jr (org.), 9ª ed., ver., amp., e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

CELLARD, André. A análise documental. *In*: POUPART, J. *et al.* **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 295-316.

CRUZ; Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. A evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010, p. 402-421.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Universitas Jus**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.  
Disponível em:  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318159/mod\\_resource/content/1/metodologia%20de%20analise%20de%20deciso.es.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318159/mod_resource/content/1/metodologia%20de%20analise%20de%20deciso.es.pdf). Acesso em: 03 nov. 2020.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência - Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, n. 66, jul. 2013, p. 327-355.

GODOY, William. **Argumento de autoridade**. 2019, p. 01. Disponível em:  
<https://filosofianaescola.com/logica/argumento-de-autoridade/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Apontamentos sobre a liberdade de expressão na Constituição Federal e na sociedade brasileira. **Revista Videre**, Dourados, v. 04, n. 07, jan./jun.2012, p. 24-38.

LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. 2014, p. 02. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>. Acesso em: 26 out. 2020.

MAGALHÃES, Wellington. A liberdade de expressão e o direito de reunião na sociedade plural. **Revista Esmat**, Palmas, Ano 5, n° 6, jul./dez. 2013, p. 63 a 100.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. RJ: Forense. SP: Método, 2012.

NORMANDO, Pablo Edirmando Santos. **O direito à liberdade de expressão e as biografias não autorizadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815**. 2016, p. 01. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46505/o-direito-a-liberdade-de-expressao-e-as-biografias-nao-autorizadas-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-4-815>. Acesso em: 26 out. 2020.

PAIXÃO; Alessandro Gonçalves; SILVA, Debora Pereira; CABRAL, Nuria Micheline Meneses. Liberdade de expressão e *Hate Speech* no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito de Viçosa**, v.10 n.01, 2018, p. 23-51.

PONTIERI, Alexandre. **Uma breve lembrança sobre a liberdade de expressão na Constituição Federal**. 2020, p. 01. Disponível: [https://jus.com.br/artigos/83254/uma-breve-lembranca-sobre-a-liberdade-de-expressao-na-constituicao-federal#\\_ftn3](https://jus.com.br/artigos/83254/uma-breve-lembranca-sobre-a-liberdade-de-expressao-na-constituicao-federal#_ftn3). Acesso em: 28 out. 2020.

POUPART, J. *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 295-316.

SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: Um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. **E-publica - Revista Eletrônica de Direito Público**. v. 5 n° 1, jan. 2018. Disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v5n1/pdf/a12n1v5.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais: RT**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo, ano 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz. **O princípio da reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFJF. UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil, 2019.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais: conteúdo, princípio da proporcionalidade e efetivação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 27, n. 2, p. 225-236, jul./dez. 2011.

TOLEDO, Cláudia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 213-239, jul./dez. 2019.

TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus- Elsevier, 2013.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição**: PIDCC, Aracaju, v. 11, n. 1, p. 102-119, fev. 2017a.

TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 4 ed., p. 1-17, 2017c.

TOVAR, Alejandro Nava. Não positivismo e a pretensão de correção. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 223-246.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. **Teoria dos direitos fundamentais**: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*- Rio de Janeiro, n. 28, p. 73-96, dez. 2015.