

DISCURSOS DISCRIMINATÓRIOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO CASO ELLWANGER

*Cássia Rayana do Nascimento*¹
*Rogério Roberto Gonçalves de Abreu*²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a teoria da ponderação na perspectiva da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal em 17/09/2003 ao chamado Caso Ellwanger (Habeas Corpus nº 82.424/RS). Sigfried Ellwanger era acusado de práticas racistas e antisemitas em publicações, vindo a impetrar HC junto ao Supremo Tribunal Federal, argumentando que, não sendo 'judeu' uma 'raça', o caso não seria de racismo e o próprio fato, sendo prescritível, estaria prescrito. Após a rejeição da premissa sob o fundamento de que a ideia de 'raça', no caso, seria uma construção político-social, a discussão orientou-se à colisão entre os princípios da liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e igualdade jurídica. O artigo pretende responder ao seguinte problema: como o Caso Ellwanger estabeleceu um precedente para a limitação da liberdade de expressão em face de outros direitos fundamentais, como a dignidade e a igualdade? O trabalho adota como marco teórico a teoria da ponderação de Robert Alexy. Considerando que a posição afinal adotada pelo STF vem orientando a jurisprudência dos tribunais em matéria de ponderação nos conflitos entre direitos e princípios fundamentais, conclui-se que a decisão estabeleceu um precedente histórico para o direito brasileiro, definindo as bases do conceito jurídico de racismo e a harmonização de direitos fundamentais indispensáveis à democracia.

Palavras-chave: Ponderação, Liberdade de expressão, Discursos discriminatórios, Precedente.

1 Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa, Bolsista CAPES/PROSUP, cassiarayanaadv@gmail.com;

2 Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, abreu.rrg@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Considerado um *hard case* do direito brasileiro, o Habeas Corpus nº 82.424/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003 constitui um verdadeiro símbolo da aplicação da teoria da ponderação. O Caso Ellwanger, como também é conhecido, representou um novo paradigma para o ordenamento jurídico nacional ao redesenhar a conceituação jurídica de racismo e reconhecer limitações ao exercício da liberdade de expressão.

O caso trata da publicação de ideais racistas e antissemitas no livro de Siegfried Ellwanger intitulado 'Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século'. Além disso, Ellwanger também editava e publicava livros de outros autores que compartilhavam dessas mesmas convicções. O que se debatia, portanto, era a conformidade desses escritos com os mandamentos constitucionais, levantando a questão sobre a ponderação dos princípios fundamentais. Ao final do julgamento o Habeas Corpus foi negado, contudo não por unanimidade, tornando o caso um precedente para o direito brasileiro, especialmente por ter tratado de direitos humanos e limitação de garantias constitucionais.

É sobre este caso que se dedica a presente pesquisa que se propôs a responder o seguinte problema: como o Caso Ellwanger estabeleceu um precedente para a limitação da liberdade de expressão em face de outros direitos fundamentais, como a dignidade e a igualdade? Para tanto, delimitou-se como objetivo geral: analisar a teoria da ponderação na perspectiva da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal em 17/09/2003 ao chamado Caso Ellwanger (Habeas Corpus nº 82.424/RS).

Com o fito de alcançar o objetivo geral, formulou-se por objetivos específicos: (a) descrever o conteúdo decisório do HC, a partir da análise da descrição dos fatos, fundamentos jurídicos e argumentos apresentados; (b) avaliar como o STF ponderou a liberdade de expressão em relação à proteção contra discursos discriminatórios e o direito à igualdade; (c) analisar a teoria da ponderação de Robert Alexy no HC; e (d) discutir como o precedente estabelecido no Caso Ellwanger influenciou decisões posteriores e a interpretação jurídica de discursos discriminatórios no Brasil.

Para o desenvolvimento do trabalho elegeu-se por metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, de natureza básica, com viés descritivo. As bases de

dados utilizadas foram a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações e o SciELO, a partir da pesquisa dos termos: ‘Caso Ellwanger’, ‘teoria da ponderação’, ‘racismo’ e ‘discursos discriminatórios’. Tendo em vista que o julgamento data do ano de 2003, considerou-se pertinente analisar trabalhos publicados entre os anos 2003 e 2024, como forma de verificar a relevância do caso à época de seu julgamento e sua pertinência na atualidade.

O critério para seleção dos artigos foi a relação com o Caso Ellwanger, ou seja, foram selecionados artigos e trabalhos que abordaram o caso objeto desta pesquisa e/ou algum caso que também foi relevante para o ordenamento jurídico brasileiro. A fonte primária desse estudo é o HC nº 82.424/RS, o qual se analisa a fundamentação para estudo da teoria da ponderação. Ainda, constitui marco teórico a teoria de Robert Alexy, utilizada para compreender limitação do princípio da liberdade de expressão frente a outros princípios fundamentais.

O caráter descritivo da pesquisa está no fato de que será analisada a decisão judicial que negou a liberdade a Ellwanger com o objetivo de descrever como se apresenta a teoria da ponderação no conteúdo decisório. Dessa forma, ao final da pesquisa, foi possível concluir que a decisão estabeleceu um precedente histórico para o direito brasileiro, definindo as bases do conceito jurídico de racismo e a harmonização de direitos fundamentais indispensáveis à democracia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O *Habeas Corpus* em análise foi impreterado em favor de Siegfried Ellwanger com o objetivo de desconfigurar o tipo penal de racismo por conta de publicações supostamente preconceituosas feitas por ele contra o povo judeu, sob a alegação de que não sendo ‘judeu’ uma ‘raça’, o caso não seria de racismo e o fato, portanto, estaria prescrito. O Supremo Tribunal Federal denegou a ordem, reconhecendo a prática do racismo e, após a rejeição da premissa sob o fundamento de que a ideia de ‘raça’, no caso, seria uma construção político-social, a discussão passou a examinar a colisão entre os princípios da liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e igualdade jurídica.

A fundamentação da decisão inicia traçando delimitações conceituais sobre raça humana, com o objetivo de sedimentar que não há distinções entre os homens, “seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por

quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003). Assim, biologicamente todos são iguais, de modo que “A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003) que se origina na intolerância dos homens, de modo que qualquer tipo de ação que objetive discriminar ou segregar neste contexto configuraria racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003).

As publicações preconceituosas do paciente eram claramente destinadas ao povo judeu, de modo que se enquadravam no tipo descrito pelo artigo 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990, que hoje não vigora com a mesma redação: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (Brasil, 1989). Nesse contexto, o que se colocava em pauta, agora, era a limitação – ou não – da liberdade de expressão, tendo em vista ser uma garantia constitucional.

O choque entre princípios constitucionais é um debate que comumente se revela polêmico, pois pode parecer que um princípio se sobreponha a outro(s) devido a sua importância, por exemplo, contudo, isso não é o que de fato acontece. No Caso Ellwanger, ficou sedimentado que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, principalmente quando sua utilização é desvirtuada e são feridos direitos das outras pessoas, implicando em ilicitude penal. Em resumo, o entendimento afirma que “As liberdades públicas não são incondicionais e, por isso, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003). A decisão efetiva, portanto, a teoria da ponderação.

A garantia fundamental da liberdade de expressão faz parte dos chamados ‘direitos de primeira dimensão’ e constitui um princípio basilar da democracia brasileira que teve sua história marcada pela ditadura militar há pouco mais de

30 anos. Encontra-se consagrada na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), no rol dos direitos fundamentais – artigo 5º – (Brasil, 1988), garantindo a livre manifestação do pensamento, crença, religião, opinião, entre outros, sob a forma artística, científica, intelectual, por livros, escritos, vídeos etc (Mendes; Branco 2013). Contudo, apesar do seu caráter fundamental e constitucional, ele não é ilimitado e tampouco pode sobrepor-se aos demais.

Sobre esse ponto, o Ministro Gilmar Mendes trabalhou mais detalhadamente em seu voto no julgamento do HC 82.424/RS, de modo que suas contribuições são consideradas um marco para os estudos da ponderação dos princípios a partir deste caso. Tendo em vista que não há garantia absoluta, o que se buscava era o ponto de equilíbrio entre os princípios, uma vez que as garantias em choque são constitucionalmente legítimas e tuteladas. Sendo nesse ponto que existia a problemática do Caso Ellwanger: como dimensionar e limitar uma garantia constitucional, base do Estado Democrático de Direito?

Robert Alexy, em ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ (2008), trabalha a ponderação através da qual é possível “definir qual princípio deve prevalecer no caso concreto, e preservar ao mesmo tempo, ao máximo, o conteúdo do princípio que não foi consagrado como preponderante” (Brito, 2018). Ou seja, não há a prevalência de um princípio em detrimento total do outro, pois todos são valores democráticos brasileiros.

Todavia, essa operacionalização hermenêutica significa sim que mesmo a liberdade de expressão encontra limites e deve respeitar determinados parâmetros delimitados pelo princípio da dignidade humana e pelo direito à igualdade e não discriminação.

E considerando-se que a liberdade de expressão, quando em colisão com o direito à igualdade e não discriminação, acaba sendo relativizada tendo em vista a preponderância do princípio da igualdade na verificação do critério da proporcionalidade em sentido estrito. (Brito, 2018, p. 111).

Na obra acima citada, antes de adentrar a ‘máxima da proporcionalidade’, como Alexy denomina, o autor conceitua norma a partir da distinção entre regras e princípios. Em linhas gerais, pode-se afirmar que, enquanto os princípios são considerados ‘mandamentos de otimização’ e sua concretização comporta graus de satisfação, as regras precisam ser totalmente satisfeitas para serem consideradas cumpridas, pois, nesse caso, não há margem para grau de satisfação.

O que há em casos de conflitos de regras é que uma delas será aplicada em detrimento da outra, observando a aplicação do princípio da especialidade. Por outro lado, em casos de choque entre princípios, “o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os benefícios em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros” (Moraes, 2002, p. 61). Nas palavras de Alexy (2008, p. 93): “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”. Assim, o que acontece é o sopesamento, de modo que um princípio cede em face de outro sem que o princípio cedente seja invalidado (Sobral, 2012).

Para Alexy (2008, p. 116) a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade estão intimamente ligados, de modo que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. Em seu voto no HC 82.424/RS, o ministro Gilmar Mendes destaca que o princípio da proporcionalidade contempla a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Brasil, 2004a), assim:

O princípio da adequação consiste em se verificar se o meio adotado para realização de algo atingiu sua finalidade. (...) Pelo princípio da necessidade, dentre todos os meios adequados de se promover um dos princípios em colisão deve ser escolhido aquele de menor interferência no princípio antagônico, isto é, o meio menos danoso e com igual eficácia. Desta forma, se ainda assim a colisão for inevitável deve-se buscar o sopesamento, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, se verifica o grau de violação de um princípio e a importância de satisfação do outro princípio, bem como a justificativa da satisfação de um princípio em detrimento de outro. (Sobral, 2012, p. 6).

Desse modo, o princípio da proporcionalidade está para os demais princípios como mandamentos de otimização para a aplicação da norma jurídica, enquanto o princípio da necessidade e da adequação balizam a aplicação dos princípios frente à realidade fática (Alexy, 2008, p. 116). Assim, a teoria é desenvolvida a partir da metáfora do peso (Sobral, 2012, p. 7), utilizada nos julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão, na qual, matematicamente, o peso é resultado da massa vezes a gravidade: é sabido, portanto, que a massa não varia independentemente de onde esteja, enquanto a gravidade pode variar. Assim são os princípios

que podem ter “gradações de peso a depender das condições do caso concreto” (Sobral, 2012, p. 7).

No julgamento do Caso Ellwanger o voto do Ministro Gilmar Mendes ganhou uma notoriedade especial pelos estudos jurídico-científicos por fazer a análise do limite da liberdade de expressão utilizando o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a colisão entre aquele e a proibição do abuso de direito. Para a compreensão dessas limitações, Pinho (2024) diz que “A constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental depende da fundamentação constitucional e ela é controlada a partir da regra de proporcionalidade”. A partir desse trecho é possível perceber claramente a materialização do que ensina Alexy: o princípio da proporcionalidade é um mandamento de otimização para os demais princípios, utilizado para o sopesamento em casos de conflito entre princípios constitucionais.

Em seu artigo, Pinho (2024) destaca a importância de se observar o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal, de modo que ele concluiu não haver uma uniformidade no tratamento da liberdade de expressão, tendo em vista o contexto social e político à época do caso: pós-ditadura militar e restabelecimento da democracia com a Constituição Federal de 1988. A forma de apresentação da decisão do colegiado permite que a sociedade possa conhecer os posicionamentos individuais dos ministros, que “não permitem uma compreensão uníssona sobre sua dimensão” (Pinho, 2024). Este é um ponto interessante pois é possível verificar como o princípio da liberdade de expressão pôde ser moldado, analisado e pesado no caso em concreto, operacionalizando a teoria da ponderação.

O próprio termo ponderação é citado no julgamento quando se analisa a incitação ao racismo como um limite à liberdade de expressão, deixando claro que nenhuma garantia constitucional é incondicional, tampouco a liberdade de expressão abarca o direito à incitação ao racismo. É o que ensina Novais (2011), ao dizer que o princípio da igualdade abarca a não discriminação e não incitação a atos discriminatórios. Um direito constitucional individual não pode, jamais, ser fundamento para a prática de ilícitudes.

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 a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’, a que se refere a doutrina. (Brasil, 2003)

No Caso Ellwanger os princípios conflitantes eram uma garantia individual que desvirtuada de sua finalidade atingia garantias coletivas, de modo que essa variável também foi colocada ‘na balança’ para verificar qual princípio cederia em face ao outro. O que estava em risco era a cidadania, a igualdade e a dignidade de um povo. Assim, “Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos” (Brasil, 2003).

O julgamento do HC nº 82.424/RS se tornou um *hard case* para o direito brasileiro, de modo que tem repercutido na jurisprudência desde 2003 até os dias atuais. Sua relevância está no fato de que além de delinear o conceito jurídico de racismo, também foram discutidos os limites de uma garantia constitucional, isso num contexto recente de restabelecimento da democracia. As discussões levantadas no julgamento do Habeas Corpus ainda hoje influenciam em casos semelhantes como no Recurso Ordinário no Habeas Corpus do Padre Jonas Abib.

O RCH 134.682/BA, julgado em 2016, atacava a decisão Superior Tribunal de Justiça, que mantinha o prosseguimento da ação penal contra o religioso, o qual era autor do livro ‘Sim, sim, não, não – Reflexões de cura e libertação’, onde escreveu declarações agressivas sobre as religiões africanas e espíritas. Percebe-se que se trata de um contexto semelhante ao Caso Ellwanger: o que se colocava em pauta era também a configuração do crime de racismo e a proteção ou limitação da liberdade de expressão.

A tese central do recurso do religioso encontrava-se no fato de que os acontecimentos que lhe foram imputados estariam acobertados pela liberdade de expressão e religião, de modo que o proselitismo religioso seria uma repercussão direta do direito ao livre exercício da religião. Assim sendo, não restaria configurado crime de racismo, mesmo que dirigido a uma comunidade religiosa específica. (Pinho, 2024)

A decisão guiou-se na mesma perspectiva da conclusão do Caso Ellwanger. O ponto a se destacar aqui é que ao mencionar o referido caso o relator, ministro Luiz Edson Fachin, diferenciou a liberdade de expressão da liberdade religiosa. Esta última também compreendeu-se não ser ilimitada, contudo para o seu exercício é mais tolerante em alguns aspectos, uma vez que “tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais

configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa” (Brasil, 2016, p. 16). Dessa forma,

(...) o Relator abrangeu que, mesmo que o discurso religioso possa incidir em comparações incômodas ou até mesmo preconceituosas, não estaria configurado o delito de racismo ou de intolerância religiosa. Para a verificação dos limites do discurso religioso, é preciso analisar a legitimidade dos métodos de persuasão; ou seja, o convencimento por meio da utilização da fé, sem a realização da violência e com o respeito à dignidade da pessoa humana. (Pinho, 2024)

Outro caso que referenciou o HC 82.424/RS foi o Inquérito 4694/DF, de 2018. Na lide a Procuradoria Geral da República havia denunciado Jair Messias Bolsonaro, na época deputado federal, pelas declarações feitas durante uma palestra em 2017 no Rio de Janeiro, onde teria sido acusado de atacar as populações negras, quilombolas, refugiados, indígenas e LGBTQIA+, bem como pela suposta prática de racismo. A defesa alegou a atipicidade da conduta tendo em vista estar em exercício do seu mandato parlamentar, e que por isso tais declarações deveriam ser consideradas no contexto da imunidade, sendo esta a sua tese: imunidade material, consoante artigo 53 da Carta Magna brasileira.

O ministro Marco Aurélio entendeu pela atipicidade do racismo, de modo que as manifestações do parlamentar estariam abarcadas pelos limites da liberdade de expressão. Em divergência, o ministro Luís Roberto Barroso reconheceu o racismo contra a comunidade quilombola, e citou o Caso Ellwanger: “o Supremo já o fez no caso ‘Ellwanger’, em que a Corte entendeu - e fez muito bem - que a liberdade de expressão não protege o *hate speech* contra os judeus, de modo que manifestações antissemitas podem constituir prática do crime de racismo” (Brasil, 2018, p. 21). Por fim, a denúncia contra o parlamentar foi rejeitada por maioria.

Em seu artigo Arguelhes (2022) faz um comparativo da jurisprudência do STF antes e depois do julgamento do Caso Ellwanger. Ao citar vários casos, o autor destaca a timidez com que o Supremo julgava os processos que colocavam em pauta direitos fundamentais. Um dos casos citados é o da servidora pública Fátima Nascimento de Oliveira que tentava reconhecer o seu direito à licença maternidade tendo em vista ter adotado uma criança. Em apertada síntese, a 1ª Turma do STF se limitou apenas a debater a redação do texto constitucional se atendo ao termo ‘gestante’, assim negando o direito pleiteado em um voto de duas páginas

e meia, mesmo nas instâncias inferiores tendo sido debatido sobre a efetividade e proteção da infância e adolescência. O único voto que consta no acórdão é o do relator.

O marco para essa mudança teria sido de fato o Caso Ellwanger e todo o contexto que lhe fez um *hard case*: aqui destaca-se que foi o primeiro caso a ser televisionado, mesmo que gravado e editado antes de ir ao ar. “Diante das câmeras, o STF passava também por uma transformação geracional. (...) A exposição em múltiplas sessões de julgamento revelou concepções divergentes sobre o papel do STF” (Arguelhes, 2022). A forma como Corrêa estruturava seu voto tornava o Ministro Moreira Alves vulnerável a opinião pública e “A retomada da palavra por Alves, para desfazer a impressão de que seria “inimigo do povo judaico”, é um marco inicial da pressão da opinião pública sobre o STF” (Arguelhes, 2022). Esse embate repercutiu interna e externamente, de modo que era perceptível uma mudança na forma de decidir do Supremo.

Era notório que, neste ponto, alguns ministros se preocuparam em analisar em seus votos o conflito sob a perspectiva dos direitos humanos, reconhecendo o STF como instituição que deve proteção “aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade” (BRASIL, 2003). Esse era um posicionamento defendido mais fervorosamente pelo Ministro Celso de Mello que, de acordo com Gomes, 2020) já vinha se mostrando preocupado com tais direitos e com o respeito ao devido processo legal ao longo dos anos 90.

De acordo com Basile (2013) o Caso Ellwanger foi um marco inicial para as transformações que acontecerão nos anos seguintes do STF, quando o tribunal começou “a deixar de lado as decisões tecnicistas para colocar em prática sentenças humanistas, mais próximas dos anseios da população”. Ayres Britto (2013 *apud* Arguelhes, 2022) chega a afirmar que o STF dos anos 2000 teria se tornado uma nova corte, “um militante da Constituição (...) humanista, democrática, contemporânea, eminentemente antipreconceituosa [e] densamente principiológica para se adaptar aos novos fatos e ideias”.

É nítido, portanto, a relevância do Caso Ellwanger para o direito brasileiro, tendo representado um marco inicial de mudanças de estrutura decisória do tribunal, que passara do tecnicismo com tímidos debates sobre direitos fundamentais a uma instituição que efetiva os mandamentos constitucionais em

concordância com os tratados internacionais sob a perspectiva de proteção aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O HC 82.424/RS, não por acaso, tornou-se um *hard case* emblemático para o direito brasileiro. Todo o contexto que envolveu a lide deu-lhe a visibilidade necessária para que o Poder Judiciário, na época, fosse incentivado a mudar o estilo decisório. A ponderação dos princípios, até então pouco utilizada nos julgamentos, ganhou notoriedade especial, principalmente o voto do ministro Gilmar Mendes, que se debruçou mais demoradamente na compreensão e aplicação do princípio da proporcionalidade. Seu voto é, até hoje, objeto de estudos jurídicos científicos.

A teoria da ponderação de Robert Alexy, analisada neste trabalho, permite que um princípio seja aplicado sem que o outro seja descartado, a partir da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – diferentemente do que acontece com a escolha da norma jurídica a ser aplicada, que é eleita através do princípio da especialidade. Alexy chama os princípios de ‘mandamentos de otimização’, de modo que tendo abertura para aplicação com graus de satisfação é possível que um seja aplicado sem que se invalide totalmente o outro.

Com base nessa teoria, o julgamento do referido Habeas Corpus utiliza o princípio da ponderação para ‘pesar’ o princípio da liberdade de expressão frente à igualdade jurídica e dignidade humana de uma coletividade. Ambos enquadram-se como princípios e garantias constitucionais. É possível notar que o Supremo, frente aos casos trazidos, reconhece seu papel de instituição guardiã também dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil em matéria de direitos humanos. Os dois casos trazidos com exemplo por Arguelhes (2022) mostram como o STF se comportava antes do julgamento do Caso Ellwanger e qual postura passa a adotar após o *hard case*.

O julgamento do Caso Ellwanger inovou consideravelmente no mundo jurídico, não só pela utilização da teoria da ponderação, reconhecendo limitações a garantia constitucional da liberdade de expressão, mas também por ter delimitado o conceito jurídico de ‘racismo’. Além disso, a partir do reconhecimento de que só há uma raça, a raça humana, deixa claro que o racismo surge da mera

intolerância do homem. Tais delimitações ainda hoje refletem nos julgamentos do Poder Judiciário e na academia, que se debruça sobre a compreensão da teoria da ponderação de Robert Alexy, a partir do princípio da proporcionalidade, bem como sobre o fenômeno político-social do racismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal: um novo começo?. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 13, Jul-Set. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/54758>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8mNZggkY6vgDHQb8DSyVK5p/?lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BASILE, Juliano. **Posse no STF em dia de protesto consolida mudança de rota. Valor Econômico**, 26 jun. 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/posse-no-stf-em-dia-de-protesto-consolida-mudanca-de-rota.ghtml>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. **Aditamento do Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 82424**, Relator p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRASIL. **RHC 134682**, Relator: EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191.

BRASIL. **INQ 4694**, Relator: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de Janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Lei.** Brasília, 05 jan. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 20 dez. 2024.

BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação:** o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/25815>. Acesso em: 23 dez. 2024.

GOMES, Juliana. Celso de Mello, liberdade e processo: o legado de um relator bissexto para os direitos fundamentais. In ARGUELHES, Diego; RECONDO, Felipe (orgs.). **O Supremo de Celso de Mello: Trajetória, decisões e legado.** Belo Horizonte: Letramento, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 101.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. A atualidade do caso Ellwanger para os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 03, n. 15, 22 abr. 2024. Jul-Set. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Vbk4BdGL7dx8XT3J6spTx8x/?lang=pt>. Acesso em: 23 dez. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002, p. 61.

SOBRAL, Jeana Silva. Teoria dos direitos fundamentais por Robert Alexy: norma jurídica e princípio da proporcionalidade, aplicação no direito do trabalho. **Revista Direito UNIFACS**, [s.l.], n. 147, 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/156>. Acesso em: 23 dez. 2024.