

SOPESAMENTO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS: A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO LÓGICA NA PONDERAÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Irineu Francisco Barreto Junior

Pós-Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (São Paulo – SP). Coordenador do Grupo de Pesquisa Ética e Democracia na Sociedade. Analista de Pesquisas da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade (São Paulo – SP). *E-mail:* neubarreto@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1322-6909>.

Roberto Montanari Custódio

Advogado. Foi bolsista de pesquisa no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (São Paulo – SP). Desenvolveu monitoria em Teoria e História do Direito. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos da Sociedade da Informação (São Paulo – SP). *E-mail:* montanari@outlook.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9868-5065>.

Resumo: Este artigo analisa a adoção da técnica do sopesamento entre princípios e garantias na solução de conflitos originários pela colisão entre institutos jurídicos fundamentais. Adota a teoria de Robert Alexy para distinção analítica entre regras e princípios e elege a liberdade de expressão enquanto garantia primordial na sociedade contemporânea, cuja proteção se mostra mais premente com o advento da sociedade da informação. O artigo adota o enfoque jurídico-dogmático que considera o direito com autossuficiência metodológica, trabalha com elementos internos e externos ao ordenamento jurídico e com a linha investigativa jurídico-sociológica, que se propõe a compreender o fenômeno jurídico, no ambiente social mais amplo. Conclui que princípios poderão estar sujeitos ao mesmo tratamento dado às regras, isto é, se subsumirem a uma decisão em vez de serem ponderados. Isso ocorrerá quando houver restrições estabelecidas pelo próprio texto constitucional ou quando os tribunais superiores já propalarem, anteriormente, decisões para casos pretéritos e similares de colisão.

Palavras-chave: Teoria dos direitos fundamentais. Alexy. Proporcionalidade. *Information society*. Liberdade de expressão.

Sumário: Introdução – **1** Considerações a respeito do conceito e objeto da liberdade de expressão – **2** Liberdade de expressão enquanto direito fundamental de primeira dimensão interligado aos direitos de quarta dimensão – Democracia e pluralidade – **3** A distinção entre regras e princípios e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (*sopesamento*) – Conclusão – Referências

Introdução

A Constituição Federal promulgada em 1988 nasceu após um longo período de embates em prol da redemocratização do país e reivindicações de direitos, garantias e liberdades individuais e coletivas. Conforme a perspectiva histórica que lhe antecedeu, contempla robusto instrumentário com o fim de proteger os indivíduos do arbítrio estatal e garantir os direitos fundamentais. No *caput* do art. 5º, que contempla um rol extenso de direitos fundamentais em seus incisos, são consagrados valores primordiais aos seres humanos, como a vida, a segurança, a propriedade, a igualdade e a liberdade geral, compreendendo suas várias formas de exercício.

Este artigo analisa a liberdade de expressão enquanto direito fundamental de primeira dimensão e sua relação com direitos fundamentais de quarta dimensão – democracia e pluralidade – com o intuito de avaliar a adequação da técnica do sopesamento entre princípios como solução de conflitos que envolvam a colisões entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, como os relativos à honra, imagem, personalidade.

Nessa perspectiva, faz-se necessária a análise da teoria dos direitos fundamentais, que serve de alicerce ao objeto do artigo, tendo em vista a premência de conceituação e classificação de institutos jurídicos correlatos ao escopo do artigo. A questão de maior relevância é a distinção que pode ser aplicada hermeneuticamente entre as regras, princípios e quais as consequências advindas dessa diferenciação, bem como onde se deve classificar a liberdade de expressão. Apesar da gama de possibilidades teóricas a serem adotadas com o intuito de examinar o tema, o artigo adota de forma substancial os escritos de Robert Alexy como referencial teórico basilar.

A abordagem situa-se no contexto da sociedade da informação, advento contemporâneo que produz forte repercussão na liberdade de expressão, tendo em vista que as novas mídias digitais permitem que os próprios usuários das aplicações tecnológicas sejam produtores de conteúdo e opinião, com alcance imensurável, rompendo certo monopólio que outrora foi dos grandes veículos de comunicação e, concomitantemente, oferecendo aos indivíduos maior poder de participação democrática.

O presente trabalho analisa o problema de investigação pautado na premissa da liberdade de expressão, enquanto garantia primordial na sociedade contemporânea, e os desafios a ela impostos com o surgimento das modernas tecnologias da informação. Considera na abordagem desse problema hermenêutico a análise de forma e conteúdo, necessária na formulação de um direito que resguarde, con-

comitantemente, a proteção à privacidade e à liberdade de expressão no mundo digital.

O artigo adota a premissa de que há uma relação entre liberdade de expressão e a garantia da democracia e do pluralismo político. São, no fundo, dois primados que se retroalimentam e se exigem mutuamente, isto é, não há democracia sem liberdade de expressão nem liberdade de expressão plena sem democracia. Assim, chega-se à conclusão de que tanto as regras, quanto os princípios são caracterizados por modais deônticos que se consubstanciam pela imperatividade autorizante. Sendo ambas espécies de normas jurídicas, é necessário então que se proceda à observação de suas peculiaridades para a devida compreensão e aporte ao que tange à liberdade de expressão.

A ponderação de princípios pode ser melhor compreendida a partir de casos concretos que já foram objeto de análise de tribunais, por isso será observado como caso paradigma – pois de certa forma inaugura essa forma de tratamento dos princípios – o caso *Lebach*, um dos mais relevantes e comentados pela academia julgados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e que tem semelhança com outros casos julgados pelos tribunais superiores brasileiros.

A metodologia do artigo adota a linha jurídico-dogmática que considera o direito com autossuficiência epistemológica e trabalha com os elementos internos ao ordenamento jurídico. Essa abordagem desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do direito e com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico. Concomitantemente, o artigo examina ainda as noções de eficiência e eficácia da relação entre princípios colidentes que, em decorrência desse entrechoque, exigem a extrapolação da análise do discurso normativo para além dos limites do ordenamento (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

Aborda de forma complementar a linha investigativa jurídico-sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Esse enfoque analisa as normas jurídicas como variáveis dependentes da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações entre direito e os demais campos: sociocultural, político e antropológico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

1 Considerações a respeito do conceito e objeto da liberdade de expressão

A Constituição Federal promulgada em 1988 nasceu de um longo período de lutas e reivindicações de liberdades contra a ditadura militar. Pela perspectiva

histórica que lhe antecedeu, ela contempla um forte complexo instrumentário com a finalidade de proteger os indivíduos do arbítrio estatal e garantir os direitos fundamentais. Por isso, no *caput* do art. 5º,¹ que contempla um rol extenso de direitos fundamentais em seus incisos, são consagrados valores primordiais aos seres humanos, como a vida, a segurança, a propriedade, a igualdade e a liberdade geral, compreendendo suas várias formas de exercício. Trata-se de um dos artigos mais importantes da constituição e que irradia sua força por diversas partes do ordenamento jurídico brasileiro, como se pode notar pelos princípios norteadores do Marco Civil da Internet e várias outras leis esparsas, transpondo as barreiras do direito público com a denominada constitucionalização do direito privado.

Apesar da consagração da liberdade, não há unanimidade em sua definição que determine quais são seus alcances e limites. Segundo Robert Alexy (2011, p. 218), “o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser ilimitado”. Em linhas gerais, a dificuldade encontrada na definição ocorre em virtude das infinitas possibilidades que surgem a partir do direito de liberdade, pois este compreende a possibilidade de que indivíduos façam ou deixem de fazer tudo aquilo que não seja proibido pelo ordenamento jurídico ou não atinjam outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p. 14-15) defende que a liberdade tem duas concepções possíveis no que diz respeito à sua força jurídica, perpassando tanto pelo direito público, quanto pelo privado – em que pese ser uma dicotomia atualmente questionada pela evolução do direito. A concepção negativa de liberdade decorre da proibição de interferência em seu exercício, impondo limites sobretudo à atuação estatal no sentido de que seja possível seu exercício de forma plena sem embaraços, posto que isso é uma condição mínima de existência da liberdade.

Por outro lado, a concepção positiva da liberdade decorre da autonomia dos indivíduos, consagrando os direitos necessários para que se assegure a participação política dos cidadãos, de modo efetivo e todos em condições de igualdade. Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 538), ao se debruçar sob a temática específica da liberdade de expressão em suas concepções negativas e positivas, corrobora as perspectivas de Norberto Bobbio no seguinte sentido:

¹ Sabe-se que o Ato Institucional nº 5 foi um dos mais duros da ditadura militar, em que foram suprimidas diversas garantias fundamentais, como a liberdade de expressão e de imprensa, justamente por isso, segundo Ulisses Guimarães, durante a Assembleia Nacional Constituinte, o art. 5º da Constituição Federal foi o consagrador de tantos direitos fundamentais. Seria, outrossim, um contraponto direto ao autoritarismo, guardando uma mensagem simbólica.

A liberdade de expressão, nas suas diversas manifestações, engloba tanto o direito (faculdade) de a pessoa se exprimir quanto o de não se expressar ou mesmo de não se informar. Assim, em primeira linha, a liberdade de expressão assume a condição precípua de direito de defesa (direito negativo), operando como direito da pessoa de não ser impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões, sem prejuízo, todavia, de uma correlata dimensão positiva, visto que a liberdade de expressão implica um direito de acesso aos meios de expressão, o que não significa necessariamente um direito de acesso livre aos meios de comunicação social.

Contudo, apesar da dificuldade conceitual, é possível estreitar o conceito *liberdade* para tratar das chamadas *em espécie*, em que há possibilidade de maior clareza quanto aos limites e alcance. Nessa perspectiva, a liberdade de expressão é um direito fundamental que se caracteriza pela reunião de um complexo de outras liberdades que são relacionadas com a comunicação e a manifestação do pensamento. Dentro desse conjunto de liberdades estão a *de manifestação do pensamento* (por todos os meios possíveis, inclusive por meio de manifestações artísticas), de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. José Afonso da Silva (2000, p. 247) também trabalha com essa perspectiva, segundo seu magistério:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial.

A razão pela qual se dá o tratamento como um complexo de liberdades é porque se cada uma delas for reduzida ao seu núcleo duro, o mínimo irreduzível de manifestação do deôntico jurídico com sentido completo, verificar-se-á que existe uma mesma essência comum que traduz a vontade da constituinte e, portanto, a teleologia das liberdades abarcadas pela liberdade de expressão.

Ainda nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 118), ao analisar a divergência doutrinária quando à classificação e abrangência da liberdade de expressão, partindo inclusive do que se encontra nas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal, robustece o afirmado por José Afonso da Silva e afasta outras considerações que coloquem a liberdade de expressão separada de outras liberdades:

Nesse contexto e em caráter ainda preliminar, importa frisar que, nos termos da doutrina dominante e da jurisprudência, incluindo o STF, optamos por utilizar o termo genérico liberdade de expressão, como noção que abrange tanto a livre manifestação do pensamento, prevista nos artigos 5º, inciso IV, da CF, quanto a outras dimensões da liberdade de expressão. A liberdade de expressão, portanto, tal como o sugeriu Jónatas Machado, será aqui trata como uma espécie de “direito mãe”, refutando-se uma abordagem compartimentada, tal como parte da literatura especializada costuma estabelecer entre as liberdades de comunicação e de expressão.

Portanto, liberdade de expressão deve ser tratada como gênero do qual decorrem as espécies de manifestação. Todas elas são, portanto, “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total” (MAGALHÃES, 2008, p. 74). Nesse sentido, nota-se que há outros diversos direitos espalhados pela Constituição Federal e pelo Marco Civil da Internet que são conexos à liberdade de expressão, o que demonstra a necessidade de uma interpretação de forma ampla. Essa interpretação de forma ampla nos leva à conclusão de que devemos compreender por liberdade de expressão não só as expressões orais ou escritas, mas também pela perspectiva de manifestações não verbais, conforme exposto por Gilmar Mendes (2012, p. 397):

Por vezes, um comportamento, por si mesmo, constitui meio de comunicação, dando margem a que se indague sobre a abrangência da garantia constitucional sobre essas hipóteses. [...] Os termos amplos como a liberdade de expressão é tutelada no Direito brasileiro – que reconhece a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX, da CF) – permitem afirmar que, em princípio, manifestações não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida.

A teoria dos direitos fundamentais fornece balizas hermenêuticas que nos levam à impossibilidade de interpretação restritiva dos direitos fundamentais, que tem como contrapartida sua interpretação sempre da maneira mais abrangente dentro das possibilidades jurídicas de ser exercício. Não há previsão constitucional ou infraconstitucional a respeito de como será a *forma* de expressão, portanto, é de rigor compreender todas essas formas de exercício da liberdade de expressão, verbais ou não. Essa também é a forma que o Supremo Tribunal Federal trata a

questão, conforme pode-se extrair de casos julgados, como o utilizado de exemplo por Sarmiento e Sarlet (2011, p. 399) em obra que analisa o tratamento dado aos direitos fundamentais pela corte:

Para ilustrar, v. o reconhecimento, pelo STF, de proteção para manifestações não verbais: no HC 83.996/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2004, tratava-se de habeas corpus impetrado por um réu em ação penal, o qual se utilizou de gestos obscenos após um espetáculo teatral, incorrendo no art. 288 do CP. O STF decidiu, por maioria, que manifestações não verbais, como gestos e exhibições, podem ser abarcadas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando considerado o contexto em que se insere a manifestação. Segundo o relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, “um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada”.

A sociedade da informação produz forte eco na liberdade de expressão, tendo em vista que as novas mídias digitais permitem que os próprios usuários sejam produtores de conteúdo e opinião que podem alcançar milhares de outras pessoas, quebrando certo monopólio que outrora era dos grandes veículos de comunicação e dando aos indivíduos maior poder de participação democrática. Conforme Barreto Junior (2015, p. 2), a sociedade da informação:

apresenta como marco inicial, a ruptura dos padrões de sociabilidade típicos do Século XX, provocada por uma série de eventos sistêmicos e concatenados em escala mundial, aos quais se convencionou denominar como Sociedade da Informação. Inaugura-se um novo estágio do modo de produção capitalista, instaurado pela convergência tecnológica e digital, pelo exponencial crescimento – e consequente diminuição dos custos – da produção de equipamentos informáticos e, principalmente, pela disseminação em escala mundial da Internet.

O presente trabalho tem como objeto de análise justamente a liberdade de expressão com recorte que evidencia a sociedade da informação, sendo indispensável a primeira parte conceitual aqui trabalhada, da qual se extrai seu conceito e alcance. Ante os desafios impulsionados pela sociedade em rede, é necessário ressaltar que a liberdade de expressão deve ser analisada sob dois aspectos no que diz respeito à sua proteção, portanto, observa-se tanto seu *conteúdo*, quanto a *forma* pela qual é exercida.

A forma de exercício da liberdade de expressão adquire bastante relevo com as novas possibilidades que surgiram com a tecnologia da informação, principalmente as mídias sociais, que se tornaram formas usuais de expressão popular, sendo utilizadas, inclusive, por parte de órgãos governamentais e políticos para informar a população. Pela análise de forma e conteúdo, portanto, será necessário levar em consideração uma proteção abrangente que resguarde também a liberdade de expressão no mundo digital.

2 Liberdade de expressão enquanto direito fundamental de primeira dimensão interligado aos direitos de quarta dimensão – Democracia e pluralidade

Os direitos fundamentais possuem a historicidade como uma de suas principais características, disso decorre que eles nascem de processos históricos de reivindicações e mudanças no seio da sociedade. São, portanto, construídos e não dados, de modo que são sempre precedidos por alguma circunstância fática que fez emergir necessidade de proteção de determinado valor. Norberto Bobbio (1992, p. 9) defende a tese da historicidade dos direitos fundamentais afirmando:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Disso se depreende também que os direitos surgem gradativamente, compondo as diversas dimensões existentes defendidas pelos estudiosos dos direitos fundamentais, cada qual com seu axioma. Ao tratar da liberdade de expressão, devemos observar que ela compõe o conjunto de direitos de primeira dimensão, surgidos no século XVIII, estando intimamente ligados à liberdade de cada um dos indivíduos para sua autodeterminação, ao mesmo tempo em que os protege de intervenções estatais, já que é oponível principalmente ao Poder Público de maneira geral:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2016, p. 563-564)

Nesse sentido, a liberdade de expressão encontra maior efetividade quando exercida com abstenção do Estado, de forma positiva ou negativa. Ressalvado o direito de resposta, o exercício da liberdade de expressão em meios privados pode encontrar limites diferentes, como afirma Mendes (2012, p. 393):

Tratando-se de um típico direito de abstenção do Estado, essa liberdade será exercida, de regra, contra o Poder Público. Ela não enseja, ordinariamente, uma pretensão a ser exercida em face de terceiros. A liberdade constitucional não pode ser invocada para exigir a publicação, por exemplo, de uma dada opinião, num jornal privado, em situação não abrangida pelo direito de réplica.

O termo *dimensões* para se referir aos direitos fundamentais começou a ser utilizado em detrimento do termo *gerações*, porque este dava ideia de que, surgida uma nova geração, as outras estariam superadas, mas se trata de uma ideia equivocada. Por isso, é perceptível que a liberdade de expressão tem estreita interação com os direitos relacionados à quarta dimensão. Os direitos de quarta dimensão, segundo o magistério de Bonavides (2016, p. 571):

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Essa dimensão é caracterizada pelo pluralismo, pela democracia, pelo direito à informação, ou seja, pelo direito de ser diferente. Deve-se notar que não há democracia sem que tenha acesso à informação, ao mesmo passo que também é pressuposto da democracia que exista pluralidade, pois, caso todos fossem iguais não seria necessária democracia. Como também é característica dos direitos fundamentais, estes estão todos inter-relacionados. O ponto central que liga a liberdade de expressão (primeira dimensão) aos direitos da quarta dimensão é a forma do exercício destes, isto é, o que possibilita a existência de uma democracia plena em que os indivíduos possam coexistir em harmonia na pluralidade e o direito à informação é, em grande medida, a liberdade de expressão.

Principalmente na sociedade da informação a liberdade de expressão pode ser classificada entre os direitos de quarta dimensão, pois a democracia, para muito além do voto, é um conjunto de formas de crítica e participação popular nos rumos da política que se expande com as mídias sociais e com outras iniciativas, como o portal “e-cidadania” do Senado Federal. Essa estreita interação entre a

liberdade de expressão e a democracia em sentido amplo pode ser percebida por exemplos inversos, pois em regra regimes autoritários costumam limitar ou até mesmo abolir a liberdade de expressão, como aconteceu no Brasil com o Ato Institucional nº 5 durante a ditadura militar. Isso porque a possibilidade de as pessoas formarem opinião e as artes em geral têm grande poder de mobilização da opinião pública contra determinadas políticas específicas ou governos de uma maneira geral.

O Brasil durante o regime militar manteve, por exemplo, censores nas edições de jornais e músicas e os teores comunicativos passavam por análise prévia. E, ainda assim, dentro de um contexto de repressão a liberdade de expressão, imprensa e cultura desempenharam papel estratégico na reação ao autoritarismo e defesa da democracia. A título de exemplo, entre tantas produzidas no período, a música *Cálice*, de Chico Buarque e Gilberto Gil, ao mesmo tempo denuncia os abusos ocorridos e ressalta a importância da liberdade de expressão dizendo: “Pai, afasta de mim esse cálice/De vinho tinto de sangue”.

O *cálice* a princípio parecia se referir ao recipiente que se utiliza para beber vinho, contudo, era apenas uma metáfora para ludibriar a censura, pois se referia a *cale-se*, no sentido de calar alguém, então o afastar buscava distância da censura. Ao passo que o trecho que diz *de vinho tinto de sangue* denuncia os abusos cometidos por meio de torturas e mortes de opositores ao regime, o que caracterizaria o sentido do sangue na música. Pela importância demonstrada, durante o julgamento da ADI nº 4.815, que tratava da publicação de biografias não autorizadas, quando tratando da liberdade de expressão, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, afirmou em seu voto:

Palavra é liberdade, é convivência para a libertação das pessoas e dos povos. Na ciranda de roda da minha infância, alguém ficava no centro gritando “cala a boca já morreu quem manda na minha boca sou eu” e o tempo me ensinou que era só uma musiquinha, não uma realidade. Tentar calar o outro é uma constante, mas na vida aprendi que quem por direito não é senhor do seu dizer, não se pode dizer senhor de qualquer direito.

Na manifestação da ministra é perceptível que a liberdade de expressão tem condão de ir muito além de uma mera expressão, o que reforça a necessidade de uma interpretação de forma ampla, contemplando um conjunto de liberdades, pois é um instrumento de exercício da cidadania e de reivindicação de outros direitos e de participação na democracia, daí decorre o sentido da afirmação de que “não

se pode dizer senhor de qualquer direito”. Nesse sentido, Ilton Robl Filho e Ingo Wolfgang Sarlet (2016 p. 119) corroboram o exposto no seguinte sentido:

Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, essa liberdade também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias e assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político com dimensão nitidamente transindividual, pois a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. Assim, embora não seja o caso aqui de aprofundar a questão, importa sublinhar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, porque, como regra, a democracia significa mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), não se desconsiderando, de outro lado, que certo uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta eventualmente produz danos à liberdade de expressão.

Portanto, observa-se que *há uma relação da liberdade de expressão com a garantia da democracia e do pluralismo político*. São, no fundo, dois primados que se retroalimentam e precisam um do outro para sua manutenção, isto é, não há democracia sem liberdade de expressão nem liberdade de expressão plena sem democracia. O modelo ideal de democracia defendido por Robert Dahl² é o que reuniria duas condições, quais sejam, o máximo de inclusão dos cidadãos para participação política e o de competição pelo poder (oposição). Para que isso ocorra é necessário que se reúnam dois pressupostos. O primeiro é o de que o governo seja transparente com os cidadãos e esteja em nível político hierárquico igual. O segundo é o de que os cidadãos devem ter possibilidade e liberdade para formular preferências, expressar às outras suas preferências formuladas, individualmente

² Em verdade, Dahl não utiliza o termo *democracia*, refere-se aos regimes políticos da seguinte maneira: a) *hegemonia fechada*: quando há pouco espaço de participação e ausência de concorrência pelo poder; b) *hegemonias inclusivas*: quando não há possibilidade de concorrência pelo poder, mas é possível a participação política; c) *oligarquias competitivas*: oposto da hegemonia inclusiva, aqui há possibilidade de disputar o poder, mas pouca participação política; e d) *poliarquia*: conceito em que caberia a democracia em seu apogeu (o mais avançado em que chegamos), pois aqui existe a concorrência pelo poder e ampla possibilidade de participação política.

ou coletivamente, e ter essas preferências consideradas pelo governo de forma igual.³ O autor afirma (2005, p. 25-26):

Parto do pressuposto de que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. [...]

Para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo, às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas: 1. De formular suas preferências. 2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva. 3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

Depreende-se da formulação proposta pelo cientista político citado que a liberdade de expressão é parte essencial das duas condições para que se alcance a democracia ideal. Em primeiro lugar, porque a transparência do governo em relação aos cidadãos está ligada à liberdade de informação, espécie da liberdade de expressão; em segundo lugar porque a formulação e expressão das preferências por parte do cidadão estão umbilicalmente ligadas com a manifestação do pensamento. Portanto, o raciocínio traçado demonstra que a liberdade de expressão é fundamental para a democracia.

3 A distinção entre regras e princípios e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (*sopesamento*)

É necessário que se proceda à análise da teoria dos direitos fundamentais que serve de alicerce ao objeto do artigo, tendo em vista a necessidade de conceituação e classificação de alguns institutos. A questão de maior relevância em perspectiva é a distinção existente entre as regras e os princípios e quais as consequências advindas dessa diferenciação, bem como onde se deve encaixar a liberdade de expressão. Apesar da gama de possibilidades teóricas a serem

³ Contudo, para que isso ocorra é necessário que haja a garantia de oito condições, quais sejam: liberdade de formar e aderir a organizações; liberdade de expressão; direito de voto elegibilidade para cargos públicos; direito de líderes políticos disputarem apoio; garantia de acesso a fontes alternativas de informação; eleições livres e idôneas; instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

adotadas para trabalhar o tema, adotar-se-á de forma substancial os escritos de Robert Alexy (2011, p. 85) que a respeito do tema assenta:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

As concepções clássicas da teoria geral do direito a respeito das normas jurídicas não faziam claramente distinções entre regras e princípios, não havia formas de tratamento diferente para cada direito envolvido em litígios, contudo, a complexidade que começou a tomar conta da sociedade reclamou por um aprimoramento da dogmática para que fosse possível a solução dos problemas emergentes (e, principalmente, complexos). Robert Alexy (2011, p. 87) assevera que ainda há polêmica e incerteza a respeito da distinção, existindo uma pluralidade desconcertante de critérios para diferenciar as regras dos princípios. Em razão disso ele propõe uma distinção que foi amplamente aceita pela doutrina e aplicada pelos tribunais brasileiros em que tanto as regras quanto os princípios são espécies de normas jurídicas tendo em vista seus modais deonticos. Conforme preceitua o autor:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2011, p. 87)

A definição é aplicada pelo Judiciário brasileiro na solução de colisões, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula a quem cabe a guarda da Constituição Federal, por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, conforme pode se depreender das discussões que ocorrem nos julgamentos:

Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmiento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade. (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 120 *apud* SARMENTO, 2013, p. 252-258)

O caso discutido no Supremo Tribunal Federal demonstra a adoção do conceito proposto por Robert Alexy, pois, ainda que haja discussão a respeito dos limites legais e restrições da liberdade de expressão, ambas as posições compreendem uma solução da colisão a partir da ponderação dos princípios, modelo oposto ao das regras. A referida distinção entre as regras e os princípios se baseia na observação de que ambos possuem as qualidades que definem o que é uma norma jurídica por estabelecerem prescrições de conduta que podem acarretar sanções em caso de descumprimento.

É de se observar que não apenas o Supremo Tribunal Federal do Brasil adota esse conceito, outras cortes constitucionais, tanto latino-americanas quanto europeias, também o seguem na medida de sua aplicação aos diferentes sistemas jurídicos de cada país, o que demonstra a importância da teoria. Nesse sentido, atestando a presença da técnica da ponderação nas mais diversas cortes constitucionais, Manuel Atienza (2010, p. 3) afirma:

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos –especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales–, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo deba realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes).

Essa assertiva nos remete às lições de Gofredo Teles Júnior (2008),⁴ que se deteve ao debate das características das normas jurídicas e com precisão conclui que elas são imperativas-autorizantes. Trata-se de um binômio, sendo que a imperatividade é intrínseca às normas, consoante afirma o referido autor: “Todas as normas são imperativas porque, de uma ou outra maneira, todas as normas são mandamentos, como abordado no tópico anterior. Mas somente as normas jurídicas são autorizantes” (TELES JÚNIOR, 2008, p. 44).

Caso as normas jurídicas não fossem imperativas, tornar-se-iam meros aconselhamentos desprovidos de qualquer força de impor consequências em caso de descumprimento. Não obstante, dentro de uma sociedade há vários tipos de normas que são igualmente imperativas, como as morais e religiosas. O que então distinguirá as normas jurídicas de outros tipos de normas será seu caráter autorizante, aquele que permite que sanções legais sejam aplicadas contra aquele que descumpriu. Nesse sentido, continua Gofredo Teles Junior (2008, p. 43) ao afirmar que somente as normas jurídicas são autorizantes:

[...] ela autoriza quem for lesado por violação dela a empregar, pelos meios competentes, as sanções da lei, contra o violador (violador efetivo ou provável), para fazer cessar ou obstar a violação, ou para obter, do violador, reparação pelo mal que a infringência causou; ou para forçar o violador a repor as coisas no estado em que estavam antes da violação; ou, por último, nos casos de crime, para submeter o violador às penas da lei e às medidas legais de segurança social.

Assim, chega-se à conclusão de que tanto as regras quanto os princípios são caracterizados por modais deônticos que se consubstanciam pela imperatividade autorizante. Sendo ambas espécies de normas jurídicas, é necessário então que se proceda à observação de suas peculiaridades para a devida compreensão e aporte ao que tange à liberdade de expressão.

Para Robert Alexy (2011, p. 90-91), essa distinção está em um critério qualitativo (e não quantitativo), sendo que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente”, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Por meio da definição apresentada, observa-se

⁴ Encontram-se em livros e trabalhos duas formas de grafia do nome do referido autor, a primeira com dois “f” e dois “l”, a segunda e correta com apenas uma de cada dessas letras. Isso se deve ao fato de que enquanto em vida o nome era escrito conforme a certidão de nascimento, mas após o falecimento do professor seu nome deverá ser escrito de acordo com as normas ortográficas vigentes, motivo pelo qual o trabalho utilizará essa grafia.

que regras se sujeitam a um sistema de aplicação binária, isto é, ou são aplicadas ao caso concreto (satisfeitas) ou não são aplicadas ao caso concreto (não satisfeitas). Esse fenômeno é denominado subsunção para tratar do encontro do fato com a norma – no momento em que um fato se adequa ao enunciado prescritivo de uma regra ele será aplicado.

Ao passo que os princípios são mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida possível e estão sujeitos à análise das possibilidades fáticas do caso concreto, pois poderão ceder em determinados pontos em nome de outros princípios. Diferente das regras onde há a subsunção, no caso dos princípios o que temos é a ponderação, pois além de encontrarem os fatos, eles colidem com outros princípios e precisam ser ponderados de acordo com o caso concreto para que se tenha uma solução da colisão. A esse respeito, Robert Alexy (2002, p. 31) asseverou:

En cuanto mandatos de optimización, los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas. Estas últimas se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario.

Pelo raciocínio até aqui estabelecido, a liberdade de expressão se enquadrará nas normas jurídicas como um princípio por ser um mandamento de otimização e ter a possibilidade de colidir com outros direitos, como os relativos à honra, imagem, personalidade. A consideração a esse respeito também é defendida por Norberto Bobbio (1992, p. 24):

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer

qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.

Portanto, a aplicação na maior medida possível se dá por meio da análise dos casos concretos em que haja colisão entre dois princípios para buscar uma solução que permita a coexistência de ambos, reduzindo o mínimo possível o âmbito de incidência de cada um. Segundo Alexy (2011, p. 93):

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

A complexidade reclama um arcabouço teórico para solução das colisões, que deve levar em consideração os casos concretos.⁵ Isso ocorre porque em se tratando de princípios deve-se buscar uma solução por meio da ponderação dos interesses conflitantes em que haja o menor grau de lesão,⁶ posto que não há hierarquia entre eles, isto é, no plano abstrato estão no mesmo nível, mas diante de um caso concreto haverá um maior peso.

Justamente por isso Alexy defende a hipótese de que, na colisão entre dois ou mais princípios, não deve haver declaração de invalidade de um ou mais deles nem de exceção, pois um princípio não aniquila o outro, a ponderação entre eles busca uma concordância prática em que sejam aplicados todos na maior medida possível, cada qual cedendo em partes sem que haja o esvaziamento de seu núcleo fundamental.

A ponderação de princípios pode ser melhor compreendida a partir de casos concretos que já foram objeto de análise de tribunais, por isso será observado como caso paradigma – pois de certa forma inaugura essa forma de tratamento dos princípios – o caso *Lebach*, um dos mais relevantes e comentados pela

⁵ A doutrina que trata da ponderação de princípios leva em conta os casos concretos e denomina como *hard cases* aqueles de alta complexidade, que envolvem valores muito fortes na sociedade (em suma, todos os direitos fundamentais).

⁶ Justamente por isso são mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida possível.

academia julgados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e que tem semelhança com outros casos julgados pelos tribunais superiores brasileiros.

No caso, uma emissora de televisão vinha planejando um documentário no qual seria contada a história de um crime bárbaro que chocou a sociedade alemã na época de sua ocorrência. Um dos condenados pelo crime estava próximo de ter sua liberdade concedida e era citado pelo nome e mostrado no documentário por meio de fotos, situação que o fez considerar que tinha direitos fundamentais, garantidos pelos arts. 1º, §2º,⁷ e 2º, §1º,⁸ da Constituição alemã, violados e sua ressocialização ameaçada (ALEXY, 2011, p. 100).

Sem que haja necessidade de análise de questões processuais relativas ao caso e ao sistema alemão, pois não importam para a compreensão da liberdade de expressão enquanto princípio, analisaremos a solução material dada ao caso concreto, até porque os direitos envolvidos no caso também são encontrados no rol de direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

A argumentação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para solucionar o caso foi feita em três etapas; na primeira se constatou uma situação de tensão entre os direitos envolvidos, na segunda demonstrou a precedência de um dos direitos em relação ao outro (visto que, apesar de os princípios estarem no mesmo grau hierárquico no plano abstrato, podem ter maior peso nos casos concretos) e, por fim, na terceira etapa consolidou a decisão realizando a efetiva ponderação entre os direitos fundamentais sem esvaziar seus núcleos.

Na primeira etapa, verificou-se que há colisão entre princípios, quais sejam, os direitos fundamentais citados do condenado relativos à sua personalidade e os da emissora de televisão relativos à liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, §1º, 2º da Constituição alemã. Caso fossem analisados

⁷ Trata de forma conjunta com o art. 2º, §1º da proteção da personalidade, com a seguinte redação: “Artikel 1 [Menschenwürde – Menschenrechte – Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte] [...] (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt”, em tradução para o português: “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] [...] (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”.

⁸ “Artikel 2 [Persönliche Freiheitsrechte] (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”, em tradução para o português: “Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

⁹ “Artikel 5 [Freiheit der Meinung, Kunst und Wissenschaft] (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt. (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre”, em tradução para o português: “Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência]

isoladamente pela via da subsunção, um desses princípios seria levado à invalidade, como é o caso das regras nas quais a solução de um conflito aparente entre elas gera a invalidade de uma, com base na hierarquia, especialidade ou temporalidade. Contudo, quando as normas jurídicas em conflito envolvidas são princípios, assevera Robert Alexy (2011, p. 100) que a solução deve ser diferente do modelo utilizado no caso das regras:

Esse “conflito” – como o Tribunal Constitucional Federal costuma chamar esse tipo de colisão – não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios – nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de “valores constitucionais” – “pode pretender uma precedência geral”. Ao contrário, é necessário “decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais”.

O que se busca por meio do sopesamento é uma maior harmonia possível entre os princípios, sem que haja prevalência absoluta entre eles, isto é, a liberdade de informar não pode prevalecer de forma absoluta sobre os direitos de personalidade, mas deve ocorrer uma precedência geral que coloque os valores constitucionais em um necessário recuo diante de outros valores, sem que haja o esvaziamento completo de um dos valores.

Sobre a precedência geral, é forçoso reconhecer que a liberdade de expressão, em linhas gerais, apesar de não ser absoluta, é comumente tratada preferencialmente em caso de colisões com outros princípios em razão do seu eminente papel dentro do Estado democrático de direito, como defendido por Ilton Robl Filho e Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 132):

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina no Brasil e nos Estados Unidos da América - assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais. [...] não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”.

de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais.

Disso se extrai que a liberdade de expressão é condição essencial para a existência do pluralismo, pois se manifesta pela expressão. O controle realizado pelo Poder Judiciário deve buscar, portanto, uma forma menos interventiva, até mesmo porque, excetuados os casos de clareza, é difícil estabelecer o limite da liberdade de expressão, caindo na possibilidade de se realizar um ato repressivo a um exercício legítimo. Por isso, os autores também afirmam:

Por sua vez, os magistrados, em termos gerais, têm se revelado fortes defensores da liberdade de expressão, com destaque para a liberdade de imprensa ou, em seu sentido mais alargado, para a liberdade de comunicação social, de modo a sugerir até mesmo – em que pese conhecida controvérsia que grassa em torno do ponto – que também no Brasil se estaria a sufragar (pelo menos na perspectiva do Supremo Tribunal Federal – doravante apenas STF) uma posição preferencial da liberdade de expressão no contexto mais amplo dos direitos e garantias fundamentais. (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 114)

Após essas considerações, chega-se à terceira etapa das considerações do Tribunal Federal Constitucional alemão, em que efetivamente se realiza a ponderação dos princípios em colisão por meio da lei do sopesamento, com a análise minuciosa da situação fática e a importância e afetação deles. Conforme expõe Alexy (2011, p. 594):

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Verifica-se que é necessário seguir uma estrutura lógica de raciocínio para chegar em uma solução. A observância do grau de não satisfação ou afetação serve de base para que se extraia do conflito o quanto um ou mais princípios não estão sendo aplicados ou estão sendo afetados, serve, em outras palavras, para conhecer quão forte é a colisão. No caso *Lebach*, a liberdade de expressão da emissora de televisão afetava seus direitos de personalidade, tendo em vista que a exposição de sua imagem e nome causará prejuízo à ressocialização e direitos

de personalidade, enquanto a liberdade de expressão da emissora não é satisfeita se observados de forma absoluta os direitos da personalidade de *Lebach*.

Ao observar-se essa situação, a análise da não satisfação e da afetação leva em conta que o alcance das emissoras de televisão é imensurável e conta com forte credibilidade junto ao público telespectador, o que constitui uma ameaça à ressocialização do condenado, já que ficará tão exposto. Por outro lado, há diversas razões que sustentam ser importante e de interesse público as notícias relacionadas aos crimes que são cometidos (ALEXY, 2011, p. 172).

Com o suporte da situação fática e a observância do grau de não satisfação ou afetação, parte-se, então, para a observância da importância dos princípios colidentes e da justificativa para que um princípio seja, em partes, observado em detrimento de outro. A liberdade de imprensa e de informação do cidadão é importante e há interesse público no fato, mas esse interesse pode ser adstrito apenas e tão somente ao fato, deixando-se de lado as imagens e o nome do autor do crime.

No que diz respeito aos direitos da personalidade e a ressocialização, o exercício da liberdade de expressão para veicular o documentário causará um grau de não satisfação a eles, mesmo que sejam reproduzidos apenas os fatos, pois ainda sim haverá quem se recorde do autor do crime, mesmo sem a menção de seu nome ou exibição de sua imagem, contudo, apenas a exibição do fato em si diminui as lesões à personalidade, mas restringe em partes a liberdade de expressão.

Essa foi a solução adotada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha: deixou-se que o documentário fosse produzido e veiculado, desde que se restringisse a narrativa apenas dos fatos sem menção ao nome ou a imagem de *Lebach*. Nesse diapasão, a liberdade de expressão cedeu em partes para que fossem resguardados os direitos de personalidade, ao mesmo passo que os direitos de personalidade cederam em partes para que houvesse o exercício da liberdade de expressão. A não satisfação e afetação de ambos se justifica, portanto, uma pela outra.

Ponderou-se os dois princípios, aplicando-os ao caso concreto na maior medida possível, sem que houvesse esvaziamento do núcleo fundamental de nenhum dos dois, isto é, apesar da afetação os direitos fundamentais continuaram sendo exercidos de modo harmônico. Essa construção teórica e analítica consolidada com base no caso *Lebach* serve de respaldo para a análise posterior da forma com que a liberdade de expressão é tratada nos tribunais quando se encontra em colisão com outros direitos fundamentais.

Em casos concretos no direito brasileiro a liberdade de expressão tem possibilidade de colidir com qualquer um dos outros direitos fundamentais

assegurados constitucionalmente, como a honra, a liberdade religiosa, a dignidade humana. Assim como o caso *Lebach*, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, que teve como objeto a análise da recepção ou não da Lei nº 5.250, de 9.2.1967, denominada “Lei de Imprensa”, pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988, também serve de paradigma.

Isso porque o julgamento analisou a questão da possibilidade de censura prévia à liberdade de imprensa, e a colisão dela com os direitos de imagem, honra, intimidade e vida privada partindo da mesma estrutura teórica aqui sustentada, conforme pode se depreender da ementa:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA *A POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO *A POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. [...].¹⁰

O posicionamento do tribunal considera não ser permitida a censura prévia, pois a liberdade de expressão não pode conter uma cláusula de exceção. Por outro lado, também fez a ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito de imagem, honra, intimidade e concluiu que a liberdade de expressão, conforme já demonstrado anteriormente, tem precedência sobre outros direitos.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto considerou que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”. A precedência, contudo, não deve ser vista como uma elevação da liberdade de expressão a direito absoluto, pois aqueles que abusarem dela estarão sujeitos a sanções do direito como o pagamento de indenização por danos morais e materiais, como ressaltado na ementa do julgamento. Portanto, será necessário levar em consideração cada caso concreto por meio da proposta teórica para solução das colisões que ocorram.

Deve-se, contudo, fazer a ressalva de que o ordenamento jurídico traz hipóteses em que os princípios poderão estar sujeitos ao mesmo modo de aplicação concernente às regras, isto é, se subsumirem a uma solução preestabelecida a respeito do caso específico em vez de serem ponderados.

Isso ocorrerá quando as próprias normas constitucionais estabelecerem restrições ou impuserem requisitos capazes de, em tese, solucionar de pronto algum conflito decorrente daquela previsão. A título de exemplo, o art. 5º, inc. IV da Constituição Federal que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, então caso alguém manifeste seu pensamento de maneira anônima não haverá ponderação entre a intimidade do agente e a liberdade de expressão, mas, sim, subsunção à restrição constitucional que impedirá o exercício.

Existe também a possibilidade de existência no sistema jurídico de enunciados de súmulas e decisões vinculantes dos tribunais a respeito de um conflito de direitos fundamentais que possa vir a ocorrer, hipóteses que apenas em casos excepcionais deixarão de serem aplicadas ao caso concreto.¹¹

¹⁰ STF, Tribunal Pleno. ADPF nº 130/DF. Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.4.2009, divulgação 5.11.2009, publicação 6.11.2009, Ementário nº 2381-1.

¹¹ Essas exceções se traduzem pelos institutos a) do *distinguishing*, quando o enunciado de súmula ou decisão vinculante não for aplicável ao caso concreto por conter diferenças em relação ao caso *sub judice*; e b) do *overruling*, quando, por alguma razão jurídica que possa inovar no entendimento estabelecido, as

Inserida na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45,¹² que consagrou a reforma do Poder Judiciário, a súmula vinculante é editada pelo Supremo Tribunal Federal e seu enunciado vincula todo o Poder Judiciário e a Administração Pública. A partir dessa vinculação, as ponderações de direitos fundamentais feitas reiteradamente e editadas na forma de súmula vinculante, observados seus requisitos, vincularão novos casos idênticos a serem decididos da mesma maneira, hipótese em que os princípios serão, portanto, subsumidos ao enunciado e não ponderados.

Com relação às decisões judiciais, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe da tradição da *common law* os precedentes por meio das decisões proferidas em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Nessas hipóteses, todos os processos em trâmite que tratem do mesmo assunto serão sobrestados até que se tenha uma decisão dos tribunais superiores e, após exarada, a decisão será aplicada a todos os casos em trâmite vindouro.

Nessas hipóteses, por evidente, se a decisão do Tribunal tratar da ponderação de direitos fundamentais, vinculará outros casos, trazendo novamente a hipótese de subsunção dos princípios. Nesse sentido, a partir da análise da obra de Alexy, Benhossie e Fachin (2014, p. 216) afirmam:

Esse enunciado de preferência corresponderia, de acordo com a teoria dos princípios de Alexy, a uma regra atribuída a direitos fundamentais, segundo a qual seria permitida a interdição parcial de vias públicas, para fins do exercício do direito de livre manifestação do pensamento e de reunião, que permita o fluxo de pessoas e veículos, ainda que causando certo transtorno àqueles que desejam transitar pelas vias afetadas, que deveria ser aplicada sempre que verificadas as mesmas condições do enunciado.

Portanto, quando houver as mesmas condições do enunciado no caso concreto em que já tenha decisões anteriores a respeito da colisão ou súmula vinculante editada, elas deverão ser aplicadas no modelo de regras, isto é,

partes envolvidas na colisão de direitos fundamentais sustentarem a superação do que já fora previamente definido para o caso.

¹² “Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: ‘Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei’”.

aplicar-se-á diretamente a decisão, sem que haja ponderação. A regra atribuída a direitos fundamentais se justifica pela busca da segurança jurídica, tendo em vista a necessidade de previsibilidade dos atos estatais – neste caso, decisões para solucionar colisão de princípios. Não se pode admitir que dentro do sistema jurídico dois casos idênticos, com as mesmas condições factuais, tenham soluções diferentes, sob pena de violar a segurança jurídica e o próprio princípio da igualdade.

Além disso, a regra atribuída aos direitos fundamentais também é parte do dever de coerência e integridade do ordenamento jurídico, exigido pelo art. 926 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Conclusão

Em conclusão, nota-se que liberdade de expressão é um conceito amplo que abarca diversas outras liberdades que se relacionam com a comunicação e manifestação do pensamento, seja qual for a sua forma. Trata-se, portanto, de um direito humano fundamental de primeira dimensão que guarda estreita relação com a democracia, direito fundamental de quarta dimensão, que tem sua garantia indissociável da liberdade de expressão, que também não é garantida sem democracia.

Como direito humano fundamental, o trabalho demonstrou que é uma norma jurídica imperativa-autorizante classificada como princípio, pois colide com outros direitos humanos fundamentais, tão relevantes quanto e com igual proteção constitucional. Posto isso, os conflitos são solucionados com base na técnica da ponderação que buscará a coexistência entre os direitos conflitantes.

Além da solução, o trabalho demonstrou a existência do instituto da responsabilidade civil para compensar os danos causados pelos excessos no exercício da liberdade de expressão e pela inércia dos provedores quando não cumprem decisões judiciais que determinam a retirada de conteúdo.

A colisão desses direitos fundamentais – entre os quais se inclui a democracia – se acirra com o advento das novas tecnologias que dão às pessoas maior possibilidade de participação no debate público. Participação essa que o trabalho demonstrou que enfrenta novos desafios com as possibilidades trazidas pelas novas tecnologias.

Isso se dá pelo crescimento do discurso de ódio e, principalmente, pela atividade de robôs em redes sociais, já que são utilizados para propagar notícias falsas e perseguir opositores. Uma das principais características demonstradas

pelo trabalho é que a manutenção da democracia se dá pelo acesso à informação, parte da liberdade de expressão.

Tendo em vista que os robôs que movimentam contas falsas com conteúdo inverídico embaraçam o debate público e perseguem os que expressam opiniões diferentes, o acesso à informação resta prejudicado junto com a democracia. Conclui-se isso porque a democracia é a expressão da vontade da maioria qualificada, observados os direitos fundamentais das minorias.

Não é possível que se tenha maioria qualificada quando o debate público tem esse embaraço na informação, tampouco se resguardam direitos fundamentais quando há contas automatizadas que perseguem, ofendem e hostilizam aqueles que pensam diferente.

Como liberdade em sentido positivo e negativo, o trabalho demonstra que é necessária atuação do Estado tanto para não intervir no exercício da liberdade de expressão, quanto para garantir que ela seja exercida. Em síntese, parece haver omissão do Estado em relação a essa questão (também uma violação da liberdade de expressão), pois as obrigações estabelecidas para os provedores – onde atuam os robôs – é demasiadamente frágil sem qualquer exigência de combate a essa prática.

Striking a balance between rules and principles: the proportionality criterion when considering conflicts between fundamental rights norms

Abstract: The paper analyzes the feasibility of adopting the technique of proportionality between principles and guarantees in the resolution of conflicts originated by the collision between fundamental legal institutes. It points to Robert Alexy's theory for analytical distinction between rules and principles and elects freedom of expression as a basic guarantee in contemporary society whose protection is most pressing with the advent of the Information Society. The paper uses the legal-dogmatic approach that considers the law with methodological self-sufficiency, works with elements internal and external to the legal order and the Juridical Sociological research line, which proposes to understand juridical decisions in the wider social context. It concludes that principles may be subject to the same treatment given the rules, that is, if they subsume a decision instead of being weighted. This will happen when there are restrictions established by the constitutional text itself or when the superior courts have already decided cases of identical collisions.

Keywords: Fundamental rights theory. Alexy. Proportionality. Information society. Freedom of expression.

Summary: Introduction – **1** Considerations regarding the concept and object of Freedom of Expression – **2** Freedom of Expression as a first-dimensional Fundamental Right and its connection with fourth-dimensional rights – Democracy and Plurality – **3** The distinction between rules and principles and the idea of proportionality in the strict sense (proportionality) – Conclusion – References

Referências

- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ATIENZA, Manuel. A vueltas con la ponderación. La razón del derecho. *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, v. 1, 2010.
- BALBONI, Mariana Reis. *Por detrás da inclusão digital: uma reflexão sobre o consumo e produção de informação em centros públicos de acesso à internet*. 2007. 222 f. Tese (Doutorado) – Curso de Ciências da Comunicação, Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: o Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA; Cintia Rosa Pereira de (Org.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, XX, n. 3, out. 2019.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco Civil da Internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, p. 114-133, jan./jun. 2018.
- BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. Direitos fundamentais e responsabilidade: uma análise da colisão entre a liberdade de expressão, informação e pensamento versus inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. *Direitos Fundamentais e Democracia III: XXJJ Congresso Nacional do Conpedi*, João Pessoa, p. 131-160, nov. 2014. ISSN 978-85-68147-98-6. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>. Acesso em: 7 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.
- DAHL, Robert. *Poliarquia*. Participação e oposição. São Paulo: Edusp, 2005.
- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, jan./jun. 2016.

RUEDIGER, Marco Aurélio *et al.* *Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018*. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18695/Robos-redes-sociais-politica-fgv-dapp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TELES JUNIOR, Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Sopesamento entre regras e princípios: a máxima da proporcionalidade como lógica na ponderação de conflitos entre direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 303-330, jul./dez. 2020.

Recebido em: 02.07.2019

Pareceres: 02.01.2020, 06.01.2020, 05.03.2020, 09.03.2020

Aprovado em: 09.03.2020