

RECEBIDO EM: 01/04/2022

APROVADO EM: 09/08/2022

ASPECTOS DESTACADOS DO DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS

*HIGHLIGHTED ASPECTS OF THE THE FREEDOM OF PRESS RIGHT IN THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT IN THE LIGHT OF POST-POSITIVIST
THEORIES*

Orlando Luiz Zanon Júnior¹

Rafael Espíndola Berndt²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A concepção pós-positivista do direito fundamental à liberdade de

- 1 Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Dupla Titulação de Doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e também pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Autor da Teoria Complexa do Direito e criador do método de gestão judicial de Triagem Complexa
- 2 Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Fundação Getúlio Vargas (FGV), Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina

imprensa. 2. Teses centrais dos autores pós-positivistas.
3. Liberdade de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz das teorias pós-positivistas. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo consiste em apresentar aspectos destacados do tratamento de dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis. No tocante à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. A conclusões centrais foram as seguintes: a) os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim ponderáveis com outros de mesma estatura no sistema; b) há uma distinção conceitual entre as liberdades de expressão (gênero) e de imprensa (espécie), está última referente à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (fake news), com posição privilegiada no esquema constitucional; c) as teorias pós-positivistas fornecem instrumental teórico útil para a resolução de casos complexos, diante do vácuo do Positivismo Jurídico; d) o STF, em síntese, adotou a preferência valorativa abstrata (preferred position) do direito à liberdade de imprensa e, também, fixou outros critérios para a resolução de contradições desta perante as demais prerrogativas constitucionais, em empreendimento decisório diferente de uma mera subsunção, consoante descrito pelas teorias pós-positivistas.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Liberdade de Imprensa. Direitos Fundamentais. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Teorias Pós-positivistas. Balanceamento.

ABSTRACT: The main objective of this article is to present highlighted aspects of the opinion given to the fundamental right to freedom of expression (specifically freedom of the press), by the Brazilian Federal Supreme Court (FSC), in its recent judgments, considering the post-positivists legal theories, which explain the relationship between law and morality, as inseparable judgment criteria. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the cartesian method and

the final text was composed on the basis of deductive logics. The central conclusions were the following: a) fundamental rights are not absolute, but weighable with others of the same stature in the system; b) there is a conceptual distinction between freedom of expression (genre) and freedom of the press (species), the latter referring to the prerogative of social communication, that is, the right to inform, observing professional criteria aimed at avoiding partial versions and falsehoods (fake news), with a privileged position in the constitutional scheme; c) post-positivist theories provide useful theoretical tools for solving complex cases, given the vacuum of Legal Positivism; d) the STF, in short, adopted the *preferred position* of the right to freedom of the press and, also, set other criteria for the resolution of contradictions of this right with other constitutional rights, in a decision-making enterprise different from a mere subsumption, as described by post-positivist theories.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Freedom of Press. Fundamental Rights. Precedents. Brazilian Supreme Court. Post-positivist Theories. Balancing.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar aspectos destacados do tratamento dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis³.

Esse texto foi produzido na linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial (Doutorado) do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

3 A opção teórica de conferir *status* científico para os estudos sobre o direito está fundada no argumento de se entender altamente recomendável um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas nesta área específica, de modo a que os juristas ultrapassem discussões superficiais baseadas em slogans arraigados, carentes de embasamento fático, para buscar a justificação empírica de suas teses, ainda que mediante o emprego de ferramentas geralmente utilizadas por economistas, psicólogos, sociólogos e outros pesquisadores. De qualquer modo, a negação de cientificidade a este campo de estudo não prejudica a discussão proposta, a qual prossegue ainda que o leitor opte por classificar esta área de estudos como um ramo da filosofia ou mesmo uma teoria carente de algum componente de cientificidade. Outrossim, o conteúdo deste artigo não se perde se o leitor substituir a expressão ciência jurídica por teoria ou filosofia jurídica.

A abordagem se justifica diante dos desafios que constantemente se colocam perante a jurisdição, no sentido de resolver contradições de direitos fundamentais, especialmente entre, de um lado, a liberdade de expressão, de particulares ou no exercício da comunicação jornalística, e, de outro, a defesa da honra e da intimidade da pessoa sobre quem se forma a discussão.

Desse modo, cabendo ao poder judiciário dirimir as colisões entre as prerrogativas constitucionais, importa apresentar o modo pelo qual a suprema corte brasileira vem tratando o tema da liberdade de imprensa, mormente quanto aos seus limites perante a honra e intimidade, em busca de paradigmas que possam nortear a interpretação de casos similares.

Ao efetuar essa análise, importa discorrer sobre os modelos teóricos de perfil pós-positivista que podem contribuir na fundamentação sobre a harmonização entre os direitos de liberdade de expressão e de honra e privacidade. Com esse desiderato, optou-se por trazer elementos do substancialismo de Ronald Dworkin, do procedimentalismo de Robert Alexy e do pragmatismo de Richard Posner que possam ser relevantes para a discussão em tela, considerando a ampla projeção dessas doutrinas nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

Feitas essas considerações, a título de justificação da presente pesquisa, o primeiro item do artigo destina-se a apresentar os caracteres essenciais acerca do direito fundamental à liberdade de expressão, em especial, à liberdade de imprensa, além de, a título introdutório, estabelecer seu caráter relativo (não absoluto) e, portanto, passível de temperamentos.

A segunda parte, por sua vez, objetiva apresentar, em linhas gerais, as teses centrais dos autores pós-positivistas que possam ser relevantes para a temática da contradição de prerrogativas fundamentais, optando-se pelas doutrinas de Dworkin, Alexy e Posner.

Por derradeiro, no terceiro item, serão apresentados exemplos que explicitam os principais aspectos sobre como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo os casos que envolvem contradições entre, de uma margem, o direito à liberdade de expressão, especialmente na sua vertente de liberdade de imprensa, e, de outra, o direito à honra e intimidade.

Ao assim proceder, busca-se demonstrar o atual estado da arte da conformação da Liberdade de Imprensa por parte do Supremo Tribunal

Federal, bem como, no particular, a exposição dos parâmetros de análise de ponderação e seu fundamento dentro das linhas interpretativas, quando da ocorrência de conflitos de direitos fundamentais envolvendo da Liberdade de expressão, na vertente abordada.

Pretende-se assim, sem esgotar a temática, estabelecer um ponto inicial de análise das veredas jurisprudenciais, as quais daqui por diante podem se seguir, do Supremo Tribunal Federal em relação à temática exposta, contribuindo com os debates acadêmicos e desafios que se apresentam à Suprema Corte acerca da conformação da Liberdade de Imprensa, devido a um fator, que ao tempo da promulgação da constituição de 1988 não se podia prever, justamente, o advento da internet e das redes sociais.

Feitas essas considerações iniciais, quanto à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2021, p. 55-62).

1. A CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE IMPRENSA

Inicialmente, é relevante fixar a premissa, para fins de compreensão do que se pretende expor acerca do conceito de liberdade de expressão, de que há uma separação conceitual entre uma disposição normativa (texto) e uma norma jurídica (critério de julgamento). As disposições legais, de acordo com Vale (2009, e-book), são construções gramaticais que visam fixar as diretrizes e os limites para a tomada de decisão (letra dos códigos), enquanto as normas jurídicas são os critérios de julgamento resultantes da sua interpretação em determinado contexto fático, considerando os valores envolvidos (direito interpretado e aplicado).

Diante dessa consideração, percebe-se que a função precípua do poder judiciário é conduzir o empreendimento de tomada de decisões, mediante a articulação de textos legais e constitucionais, visando à construção de normas jurídicas que resolvam o caso concreto e, depois de registradas no seu acervo jurisprudencial, possam orientar as condutas futuras. Nessa atividade hermenêutica, a contradição não ocorre entre textos legais propriamente ditos, mas entre potenciais interpretações normativas, ensejando o esforço de concordância prática entre as prerrogativas fundamentais.

Feita essa observação, cabe prosseguir lembrando que há tradicional doutrina constitucionalista referindo que os direitos fundamentais têm como uma de suas características básicas a natureza absoluta, pelo fato de ocuparem assento no patamar máximo do ordenamento jurídico, não podendo, dessa forma, sofrerem restrições. Este pensar tem mirada na escola jusnaturalista de outrora, que pregava a necessidade de proteção estatal aos direitos naturais, principalmente a vida, a liberdade e a propriedade (ZANON JUNIOR, 2021, p. 156-159).

Com o advento das correntes pós-positivistas, passou-se a admitir a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, especialmente quando entram em conflito com outros valores de mesma estatura normativa. Nessa senda, Sanchis (1994, p. 86) argumenta que “não existir direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”.

Outrossim, trazendo essas considerações para o objeto deste artigo, os fundamentos expostos nas decisões do Supremo Tribunal Federal revelam uma justificação para determinada conformação entre as prerrogativas de liberdade de expressão e de honra e vida privada, em determinados contextos específicos, observados os limites fixados no sistema jurídico e os valores envolvidos. Nessa linha, a contradição entre esses direitos fundamentais reside apenas no nível discursivo até a sua resolução pela jurisdição, oportunidade em que o sistema jurídico é integrado ou suplementado pela orientação jurisprudencial (ZANON JUNIOR, 2019, p. 201-204). E, no curso da justificação dessa harmonização prática, os direitos colidentes acabam sofrendo algum grau de restrição, justamente para viabilizar sua coexistência com os demais de mesma estatura jurídica.

Tecidas essas linhas iniciais, cabe abordar o direito fundamental à liberdade de expressão, com especial enfoque na imprensa livre. Mais precisamente, o sistema jurídico compreende a prerrogativa de liberdade de expressão de ideais (ou livre manifestação de pensamento), em favor de todas as pessoas, como um corolário do modelo de estado democrático. Contudo, esse direito assume a feição específica de liberdade de imprensa quando se refere à importante atividade de propagação de ideias, perante o grande público, por profissionais dedicados à comunicação social. A diferença entre o gênero (liberdade de expressão) e a modalidade específica (liberdade de imprensa) reside na posição constitucional privilegiada desta última, desde que observados os parâmetros técnicos de busca do

contraditório antes da apresentação da verdade, inerentes ao jornalismo profissional (ZANON JUNIOR, 2010, p. 157-159).

Sobre o tema, cabe referir que o termo imprensa, modernamente, consubstancia a atividade de disseminação profissional de informação, independentemente do meio utilizado pela sua divulgação.

Sobre isso, cabe referir com amparo em Zanon Junior (2010, p. 173) que:

Os veículos de comunicação evoluíram no sentido de uma conjugação de veículos e técnicas, para se criar uma rede complexa e global, que conglomerava empresas de produção de comunicação (imprensa, rádio, televisão, cinema), empresas de distribuição dos produtos, a indústria da informática ou a computação eletrônica (compreendendo hardware e software) e o vasto setor de telecomunicações [...]

De outra margem, no plano legislativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) circunscreveu-se a adotar o substantivo “imprensa” no seu art. 139, inciso III, somente, havendo reserva de uma seção normativa dedicada e nomeada de “Da Comunicação Social”. Há, ainda uma distinção operada pela CRFB no que tange aos veículos de comunicação, especialmente na mídia radiodifusora, outorgando-lhe regime jurídico de serviço público.

Do texto proposto pelo constituinte, pode se interpretar no sentido da necessidade de atuação diferenciada do estado no tocante aos órgãos de comunicação, havendo ascendência de uma intervenção negativa, ainda que não exclusiva, na interface estatal nas imprensas escrita e eletrônica, com atuação ativa apenas no espectro de evitar monopólio ou oligopólio de grupos econômicos, ainda que, lateralmente, tenha que promover um ambiente de livre circulação de informações e de debate público.

Diante do aqui exposto, principalmente da combinação de bens tutelados pela liberdade de expressão, tem-se que alguns teóricos passaram a desenvolver o argumento da posição preferencial que ostenta a liberdade de imprensa, no sentido específico, diante de eventuais contradições com os demais valores de hierarquia constitucional.

Sobre isso, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz (2011, p. 402) refere que:

A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se inicialmente, nos EUA. Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania* (319 US 105 – 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que ‘freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position’.

Complementando essa informação, da decisão do caso *Branzburg vs. Hayes*, 408 US 665, julgado pela Suprema Corte em 29.06.1972, extrai-se:

A imprensa tem uma posição privilegiada em nosso esquema constitucional [norte-americano], não para permitir que ganhe dinheiro, não para separar os jornalistas como uma classe favorecida, mas para integralizar o direito do público de saber. O direito de saber é crucial para os poderes de governo do povo e, parafraseando Alexander Meiklejohn, conhecimento é essencial para decisões informadas (tradução livre).

Nessa linha, Orlando Luiz Zanon Junior (2010, p. 160) esclarece os contornos da preferência normativa abstrata conferida à liberdade de imprensa:

Tal posição privilegiada tem como fundamento basilar a importância da comunicação social para a promoção da democracia e consiste, sob a ótica do jornalista, numa maior margem de manobra contra eventuais restrições (censuras) decorrentes da ponderação com os direitos fundamentais de outros.

Considerando essa articulação de ideias, verifica-se que a liberdade de expressão (gênero) se refere à livre exteriorização do pensamento por quaisquer meios, dentre eles a criação artística ou literária, incluindo-se o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e as opiniões em redes sociais, abrangendo, inclusive, a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo de comunicação. De outra margem, a liberdade de imprensa (especificidade) diz respeito à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (fake news), com posição privilegiada no esquema constitucional (CARVALHO, 1999, p. 25).

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2004, p. 18) afirma que não se questiona a liberdade de imprensa (ou de informação) como

inserida no conceito de liberdade de expressão num sentido lato, no entanto, a diferenciação feita se mostra útil na medida que possui inegável interesse prático, relativamente às diferentes exigências para a limitação de cada uma dessas liberdades, bem como de seus requisitos.

Assim, o direito de informação não pode estar apartado do compromisso de seguir balizas técnicas voltadas à construção do repasse de informação com oitiva das versões dos envolvidos. Ou seja, a sua tutela depende do esforço de busca por algum grau de verdade. Essa é a especificidade que o aparta e confere posição constitucional privilegiada perante o direito mais geral e amplo de liberdade de expressão. Daí que quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, no quais a sua caracterização repousa sobremaneira no critério de sua veracidade, estar-se-á diante do exercício do direito de informação (BARROSO, 1999, p. 18).

Fixados esses contornos do direito de liberdade de expressão, em especial na sua versão de livre imprensa, importa prosseguir com o desenho de alguns elementos teóricos das correntes pós-positivistas mais conhecidas que informam quanto à fundamentação das decisões judiciais em questões controvertidas, as quais são relevantes para se compreender a resolução das contradições da prerrogativa em tela com a privacidade e intimidade.

2. TESES CENTRAIS DOS AUTORES PÓS-POSITIVISTAS

No presente item, buscar-se-á explanar alguns aspectos das correntes de pensamento pós-positivistas mais difundidas no Brasil, diante do seu potencial explicativo das decisões tomadas pelo STF quanto ao tema da harmonização entre os direitos à liberdade de expressão (e de imprensa) e à honra e intimidade. Para tanto, foram selecionadas as teorias substancialista de Ronald Dworkin, procedimentalista de Robert Alexy e pragmatista de Richard Posner.

Inicia-se pela teoria substancialista de Ronald Dworkin, que se caracteriza pela defesa da aplicação dos direitos conforme uma interpretação construtivista, que visa a aprimorar os aspectos morais da constituição, observada a história institucional e a integridade do sistema. Desde o início, não se pode desconsiderar que tal pensamento foi construído sob a ótica do sistema jurídico da família *common law*, no qual se atribuí a função de criação de normas preponderantemente para a jurisdição (*judge made law*) (ZANON JUNIOR, 2019, p. 278-280).

Dworkin (2014, p. 118-119) critica a proposição convencionalista do juspositivismo, principalmente nos pontos em que esse modelo de pensamento convencionalista, segundo ele, estabelece a separação entre o direito e a moral, limita os direitos ao conjunto de prerrogativas formalmente previstas e admite o emprego da discricionariedade judicial para a resolução dos casos não expressamente antecipados no sistema, consoante a doutrina de Hart. Em outro extremo, também rejeita o pragmatismo jurídico, que foca sua linha mestra de decisão no alinhamento das melhores consequências previsíveis, ainda que com desconsideração eventual da segurança jurídica e das prerrogativas das minorias, a exemplo da teoria defendida por Posner.

Acerca do conceito de direito, o autor expõe que não é possível a compreensão no sentido de ser um conjunto estanque de padrões de julgamento, senão um catálogo não taxativo dos mais variados argumentos empregados pelos juízes no esforço de fundamentação de suas decisões, dentre os quais se sobressaem as regras, as políticas e, principalmente, os princípios jurídicos, embora não exclusivamente (ou seja, trata-se de um sistema aberto, na sua opinião) (DWORKIN, 2010, p. 119-120).

Para Dworkin (2014, p. 264), as regras são diretrizes com elevado grau de determinação que operam segundo o critério da validade. Logo, “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

O princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36). Trata-se, outrossim, de uma espécie de trunfo moral do indivíduo (inclusive minorias) perante os demais e o estado (a maioria).

Desta maneira distingue princípio de política, que segundo o mesmo autor, é uma modalidade de padrão de julgamento que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (DWORKIN, 2010, p. 36).

No que toca à sua teoria da decisão judicial, Dworkin (2010, p. 132-134) afirma que as decisões devem ser originadas precipuamente por princípios, afastando argumentos de política, ainda que se esteja diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*), uma vez que a justificação deve garantir os direitos individuais, ainda que pareçam não atender aos interesses da maioria de uma comunidade.

Assim, o juiz, diante dos casos difíceis, deve se atentar ao papel primordial que os princípios desempenham na sustentação dos argumentos expostos no julgado, pois, após a decisão do caso, darão origem e justificativa para o advento de uma regra particular, a qual não estava inserida no sistema previamente ao caso em julgamento (DWORKIN, 2010, p. 40).

Diante dessa diversidade de fontes e da forma como elas são consideradas quando da decisão judicial, esta matriz teórica sugere que as decisões sejam tratadas como uma teia inconsútil dos padrões de julgamento produzidos ao longo da história institucional em determinada comunidade (DWORKIN, 2010. p. 182).

Prosseguindo, cabe iniciar a breve exposição de aspectos da proposição procedimentalista de Robert Alexy relevantes para o assunto desse artigo, mais precisamente as questões da vinculação entre direito e moral e da ponderação de princípios jurídicos, segundo a lei da colisão.

Para o autor, o direito pode ser conceituado como:

[...] um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 151).

De acordo com Alexy (2009, p. 92) com esse conceito, o positivismo jurídico deixa de perceber a relação necessária entre direito e moral:

O positivismo acentua, justamente, que o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em princípios morais. Mas, com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram a moral.

Essa relação entre moralidade e juridicidade é perceptível na necessária pretensão à correção das decisões, segundo a qual os juízes devem ser valer de argumentos de cariz principiológico na construção da fundamentação de cada caso. Outrossim, quando há uma regra jurídica aplicável, devem verificar se ela é formal e materialmente compatível com os princípios constitucionais, antes de efetuar a sua aplicação ao caso concreto. De outra margem, mesmo na ausência de regras específicas (lacunas), ainda assim os magistrados não devem exercer ampla discricionariedade, pois sua margem de manobra é atenuada pela observância do plano secundário e suplementar dos princípios, ainda que de forma mais tênue.

Segundo esse programa de trabalho, a pretensão de correção revela uma argumentação prática de fundo moral, que visa a evitar injustiças extremas, alinhando-se com a chamada fórmula Radbruch (ALEXY, 2009, p. 62-64).

Diante dessa relação necessária, Robert Alexy esclarece que o gênero norma abrange tanto regras como também princípios. A diferenciação entre essas modalidades normativas é perceptível, principalmente, na forma de resolução de eventuais antinomias, ponto que é relevante para o objeto de pesquisa desse artigo.

Sobre as antinomias, o autor (ALEXY, 2015, p. 65) esclarece que:

À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direito fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não aplicável ou correspondente e, terceiro, o encaixe, livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas.

Especificamente sobre os critérios para a resolução da antinomia do tipo conflito de regras, Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 69) explicita que são utilizadas metarregras tradicionais, que operam na dimensão da validade, mais precisamente referindo que a “decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica ([...] critério hierárquico, [...] critério da especialidade, [...] critério cronológico)”.

Segundo Alexy, a operação na dimensão da validade implica remover a regra que não atende à incidência dos três requisitos referidos, com

a finalidade de se manter a coerência interna do sistema jurídico. Isso porque, segundo ele:

A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída. Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas regras cujas hipóteses de incidência ocorrem em um caso, regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso significa que sua consequência vale. Se ambas as regras deveriam ser simultaneamente consideradas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em uma decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem. Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída (ALEXY, 2014, E-book).

De outro lado, a colisão entre princípios decorre de sua natureza axiológica aberta, pois suas órbitas de abrangência tendem a se invadir reciprocamente, em diversos contextos fáticos. Por isso, cabe ao legislador efetuar a ponderação principiológica, estabelecendo regras que estruturam critérios mais densos para a resolução de eventuais controvérsias. Contudo, na ausência dessa antecipação legiferante, o magistrado será forçado a efetuar a resolução da contradição entre princípios, de modo a viabilizar a resolução do caso concreto (*non liquet*).

Contudo, em ambos os casos (atuação do legislativo ou do judiciário), a discussão não gira em torno da validade dos princípios colidentes, porquanto representam valores integrados à história institucional do sistema, de forma expressa ou implícita (se não for assim, não se está diante efetivamente de um princípio). Mais precisamente, a discussão gira em torno do peso ou importância de cada princípio em determinado contexto de aplicação. Daí que, “em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto prevalece, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido” (ALEXY, 2014, E-book). Por isso a afirmação de que a resolução da contradição principiológica não é uma operação de validade, mas sim uma análise relacionada com a dimensão do peso.

Na sequência, cabe traçar linhas gerais do pensamento de Richard Posner, alinhado à tese pós-positivista de caráter pragmático e, também, importante autor da escola da Análise Econômica do Direito.

O autor argumenta que os estudos filosóficos sobre moralidade política oferecem pouca contribuição à atividade jurisdicional. Alternativamente,

a academia jurídica deveria se dedicar a pesquisas científicas empíricas, de cunho interdisciplinar (com a economia, a psicologia e a sociologia, principalmente), visando à produção de subsídios que possam efetivamente auxiliar os magistrados na sua atividade deliberativa, de modo que estejam devidamente informados sobre as potenciais consequências de suas decisões para os jurisdicionados (POSNER, 2012, p. 358).

Ou seja, o referido doutrinador (2010, p. 47) é refratário ao desenvolvimento da teoria moral e política abstrata, ante sua parca utilidade para efetivamente subsidiar o processo de tomada da decisão pelos juízes.

Mais precisamente, nos dizeres do autor:

A academia não produz o conhecimento de que juízes, advogados e legisladores necessitam a fim de operar um sistema jurídico moderno, e não existe outra instituição capaz de produzi-lo. A menos que essas graves deficiências do direito acadêmico sejam sanadas, os programas ambiciosos de se aperfeiçoar o direito estão condenados ao fracasso (POSNER, 2007, p. 626).

Por isso que, de acordo com ele (POSNER, 2007, p. 367), o processo de tomada de decisão não é apenas um esforço de equacionamento de princípios, podendo ser visualizado sob uma forma flexível, como uma reconstrução imaginativa dos fatos, diante dos quais cabe ao magistrado elaborar a decisão judicial mais razoável possível, considerando as consequências sistêmicas e as peculiaridades do caso, com olhos em definir o futuro da política pública em questão.

O autor explicita o roteiro para a tomada de decisão judicial, considerando um exemplo de caso concorrencial difícil:

O primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair (não – desnecessário dizê-lo – através de um processo dedutivo), da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem é preciso dizer,

de uma opção contestável. Tendo feito essa opção (a Suprema Corte atual quase a fez por ele, mas não inteiramente), o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o segundo passo. O terceiro passo é um juízo sobre políticas públicas – em alguns casos, contudo, pode assemelhar-se a uma dedução lógica – que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto passo retorna aos precedentes, mas estes agora são vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por nenhum precedente vinculante (POSNER, 2007, p. 177-178).

De acordo com esse entendimento, a missão dos juízes consiste em uma reconstrução imaginativa, levando em consideração o objetivo principal de maximizar benefícios, mormente os econômicos, sem descuidar das consequências concretas e razoáveis do resultado da decisão lavada a cabo.

O ponto principal, para Posner (2010, p. 42), é que tenham em mente as consequências, abstraindo-se razoavelmente da retórica formalista e não levando tão a sério os termos de uma filosofia, mesmo que de cunho pragmática (os juízes são pragmáticos cotidianos). O foco reside nos resultados práticos das decisões judiciais prolatadas pelos tribunais, ou seja, seus efeitos perante os cenários econômico e social, embora não despreze a importância dos precedentes e o valor da preservação da segurança jurídica. Sob essa ótica, o grande desafio que se apresenta é encontrar o “equilíbrio entre os valores da continuidade e da criatividade no processo judicial” (POSNER, 2012, p. 386).

Como se pode perceber, o autor em tela não acredita na possibilidade de eliminação da discricionariedade judicial, conferindo valor à adaptabilidade da jurisdição para o enfrentamento dos mutáveis desafios econômicos e sociais:

O destino de um litigante pode ser determinado pela ocasionalidade com a qual um juiz ou juízes calham de se pronunciar nos sucessivos estágios do seu processo, conforme este vai seguindo seu caminho pelo sistema judicial. Porém, as únicas soluções inimagináveis – um Judiciário homogêneo, no qual juízes sendo parecidos, tenderiam a exercer seu arbítrio da mesma forma ou um corpo de doutrina legal tão detalhado e rígido que juízes não teriam arbítrio – são tão indesejáveis quanto inimagináveis (POSNER, 2010, p. 93).

Efetuada a apresentação dos aspectos relevantes, para este estudo, das teorias dos três autores antes referidos, verifica-se que oferecem soluções aplicáveis, porém diferentes, para a resolução de questões judiciais controvertidas, a exemplo dos diversos casos de contradições entre os direitos de liberdade de expressão e de honra e privacidade. Enquanto Dworkin valoriza a prevalência dos princípios construídos ao longo da história institucional do direito, Alexy estabelece um procedimento discursivo para a resolução das colisões entre princípios constitucionais e Posner defende certa flexibilidade decisória, pautada pelas consequências futuras.

Apresentado esse instrumental teórico, cabe prosseguir para a discussão quanto à conformação dada pela jurisprudência do STF, em seu empreendimento jurisdicional voltando ao estabelecimento do equilíbrio entre as prerrogativas constitucionais de liberdade de expressão (e, bem especificamente, de imprensa) e de honra e vida privada.

3. LIBERDADE DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS

Esse terceiro subitem versa sobre a análise das decisões do STF sobre a tutela do direito à liberdade de expressão, mais especificamente na modalidade imprensa, considerando suas contradições com outras prerrogativas constitucionais, principalmente a honra e a intimidade, à luz dos critérios decisórios fornecidos pelas teorias pós-positivistas mencionadas no item anterior.

Para tanto, analisar-se-á dois julgamentos proferidos pelo referido tribunal de vértice, quais sejam, primeiro a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 130, julgada em 30 de abril de 2009, considerada o *leading case* sobre a temática da liberdade de imprensa, e, a segunda, a mais recente deliberação na reclamação n. 22.328/RJ, julgada pela primeira turma da corte, em 6 de março de 2018.

Quanto à primeira delas, cabe destacar que a decisão exarada na ADPF n. 130 veio a declarar a não recepção da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela CRFB/1988, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O primeiro aspecto a ser destacado do mencionado julgado é no sentido de que, apesar de ter havido a extirpação da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico brasileiro, dentre os vários fundamentos expressados,

houve uma convergência para que se levasse a entender a existência de uma reserva qualificada para a disciplina da matéria referente aos direitos fundamentais que envolvem a liberdade de imprensa e de informação jornalística.

Nesse particular, cabe extrair os fundamentos apresentados pelo ministro relator Carlos Ayres Britto, *in verbis*:

Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem.

Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, esta Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 93-94).

O segundo aspecto a ser destacado, por outro lado, é a questão referente à resolução das contradições entre prerrogativas fundamentais, mais especificamente considerando os direitos à liberdade de imprensa e de honra e intimidade, observada a conformação da dignidade da pessoa humana. É nesse particular que se sobressaem elementos teóricos auxiliares, obtidos das teorias pós-positivistas antes referidas, dada a insuficiência do instrumental juspositivista para a redução da discricionariedade judicial para auxiliar nesta tarefa.

A tratar dessa questão, os ministros consideraram ser viável a equalização das prerrogativas constitucionais, em um primeiro plano, pela prevalente função legislativa, embora tenha externado algum grau de preocupação em fixar o entendimento de que a atividade legiferante não deve criar condições de intimidação ou embaraço à informação jornalística. Nesse ponto, o acórdão do julgado fez constar que o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística não seria passível de atingimento por qualquer regulação estatal, ou seja, referiu a proteção quanto à limitação do tempo, da extensão, da duração e do tamanho da liberdade de informação.

Acerca desse ponto, cabe reproduzir os fundamentos expostos pelo ministro relator:

Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 55).

Ao tratar dessa proteção ao conteúdo fundamental da liberdade de imprensa, o ministro relator adotou fundamento relacionado com a

tese da preferência valorativa abstrata perante as demais prerrogativas fundamentais, consoante a teoria e os precedentes estrangeiros referidos no primeiro item desse artigo. Afirmou-se acerca de um algum grau de preferência hierárquica entre direitos do patamar constitucional, ao ponto de referir o termo “sobredireito”.

Para esclarecer esse aspecto, novamente se faz imprescindível trazer os exatos contornos conferidos ao tema pelo relator:

Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (façamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobredireitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo “observado”, referido pela Constituição no caput e no § 1º do art. 220, é de ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º. Proibição de se fazer tabula rasa desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 46).

Entretanto, é muitíssimo importante registrar que, nesta assentada, tal premissa (referente à preferência valorativa abstrata), não foi referendada pelos demais integrantes do plenário. Outrossim, a teoria da *preferred position* da liberdade de imprensa não foi adotada no sistema jurídico brasileiro naquele momento.

Fixados esses pontos cruciais da temática, importa observar a evolução da discussão, passando para aspectos destacados do julgamento da reclamação n. 22.328 perante o STF.

O referido caso trata de possível descumprimento do que decidido pelo STF por ocasião do julgamento antes examinado, precisamente a ADPF n. 130, uma vez que decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) havia determinado que uma reportagem fosse retirada do sítio eletrônico de certa empresa jornalística, sob o fundamento de que teria atingido a honra e a dignidade do cidadão objeto da reportagem (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL n° 22.328/RJ, DJe 10/05/2018).

Nesse julgado, exacerba a temática referente à contradição entre prerrogativas de igual hierarquia constitucional, mais precisamente a liberdade de imprensa e a honra e intimidade. Outrossim, a oportunidade fez emergir novamente a questão referente à preferência valorativa abstrata da liberdade de imprensa, ou, em outros termos, sua preferência perante outros direitos de igual estatura no sistema jurídico.

Sem embargo, novamente nesse caso, o ministro relator trouxe a tese de que a liberdade de expressão, na vertente da liberdade de imprensa, possui posição privilegiada em nosso ordenamento jurídico (as expressões empregadas foram “prioridade *prima facie*” e “posição preferencial (*preferred position*)”), fazendo menção ao mesmo posicionamento também ostentado em tratados internacionais.

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL n° 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 11):

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

Denota-se aqui uma relevante mudança de paradigma em relação ao que decidido na ADPF n. 130, a fim de se efetivamente adotar a teoria que confere uma posição privilegiada à liberdade de informação perante outros direitos fundamentais e, portanto, impondo ônus argumentativo maior àquele que pretende restringi-la.

Importa referir que, em seu voto de relatoria, o ministro Luís Roberto Barroso especificamente invocou o instrumental teórico pós-positivista proposto por Robert Alexy para a resolução de colisões entre direitos fundamentais, mormente diante do vácuo do juspositivismo nesse particular.

A referida opção hermenêutica fica clara na seguinte passagem do voto:

Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 11).

Com o fito de subsidiar o enquadramento para solucionar conflitos dessa natureza, o relator ainda propõe a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados quando da aplicação da máxima da proporcionalidade em casos que envolvam a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Importa delinear essas oito diretrizes fixadas pela corte de superposição:

No estudo acima referido, defendi a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao menos uma boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida pelo STF ao julgar a ADPF 130, Rel. Min.

Ayres Britto, no acórdão ora invocado como paradigma (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 18).

Encerrando o destaque dos pontos centrais dos referidos julgados, é possível estabelecer, em síntese, que o STF admite o emprego da estratégia de ponderação para a resolução de contradições entre direitos fundamentais e, adicionalmente, também ressalta a possibilidade de determinadas prerrogativas alçarem uma posição privilegiada perante as demais de mesma hierarquia.

No caso específico em análise, a liberdade de imprensa tende a conflitar com o direito à honra e à intimidade, oportunidade em que ostenta uma posição privilegiada, impondo ônus argumentativo mais severo para viabilizar eventuais restrições, visando a equalização (concordância prática) entre valores morais, considerando oito diretrizes específicas para tanto.

Adicionalmente, segundo uma abordagem pós-positivista, a tomada de decisão pelo STF, mormente no caso de contradição entre prerrogativas fundamentais, não é passível de ser descrita como apenas uma simples subsunção, em que um critério preponderante (norma jurídica), cotejado por circunstâncias fáticas (reconhecimento conforme as provas), permite uma conclusão lógica (decisão). Além de estabelecer silogismos, a atividade decisória pode ser descrita como um empreendimento complexo, guiado pelas fontes do sistema jurídico e voltado à segurança jurídica, mas sem fornecer respostas prontas e objetivas, mormente porque envolve valores morais de interesse social (ZANON JUNIOR, 2019. p. 188-190).

Com efeito, a análise dos casos acima demonstra que o sistema não consiste em um acervo de respostas preestabelecidas para a resolução de questões controvertidas, a exemplo das colisões entre liberdade de imprensa e a honra e intimidade. Outrossim, “o enunciado interpretativo emitido por um juiz não descreve algo pré-existente, mas tampouco pode ver-se como uma prescrição, visto que se trata mais exatamente de uma criação peculiar, um desenvolvimento guiado – embora não pré-determinado em todos os seus aspectos – por certos critérios (algo intermédio entre criar e aplicar) e que, de certo modo, tem algo de descritivo e prescritivo” (ATIENZA, 2014, p. 69).

Nessa linha de raciocínio, o magistrado tem a função constitucional de analisar as situações concretas segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando a construir

a solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica. A tarefa judicial consiste, assim, no empreendimento criativo e flexível de construir a ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser) (ZANON JUNIOR, 2019, p. 414-416).

CONCLUSÕES

O objetivo deste artigo consistiu em apresentar aspectos destacados do tratamento dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis.

Inicialmente, abordou-se a tese de que os direitos fundamentais não mais carregam a característica clássica de serem absolutos e, portanto, insuscetíveis de serem submetidos a restrições. Tais direitos passaram a ter uma conformação que permite a sua ponderação em face de outros direitos de mesma hierarquia, diante da complexidade inerente às relações sociais. Essa equalização não prescinde da ponderação de seu peso moral no tecido social, seja pelo legislador ou, no respectivo vácuo, pelo poder judiciário, dada a inafastabilidade da jurisdição (*non liquet*).

Também se esclareceu uma distinção conceitual quanto à prerrogativa constitucional central do texto. De um lado, a liberdade de expressão (gênero) se refere à livre exteriorização do pensamento por quaisquer meios, dentre eles a criação artística ou literária, incluindo-se o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e as opiniões em redes sociais, abrangendo, inclusive, a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo de comunicação. De outra, a liberdade de imprensa (espécie) diz respeito à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (*fake news*), com posição privilegiada no esquema constitucional.

Foram também abordados aspectos centrais das teorias pós-positivistas mais conhecidas nos cenários acadêmico e forense brasileiro, consistentes nas proposições substancialista de Dworkin, procedimentalista de Alexy e pragmatista de Posner. Das referidas teorias, foram extraídos elementos que poderiam servir de instrumental teórico para auxiliar e informar a tomada de decisões em casos controversos, a exemplo das

situações de contradições entre prerrogativas fundamentais, que envolvem o balanceamento de princípios éticos relevantes.

Com base nas premissas teóricas antes referidas, foi iniciada a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal visando a destacar aspectos relevantes quanto à aplicação da prerrogativa constitucional da liberdade de expressão, mais especificamente de imprensa, mormente considerando a tendência de contradição com outros direitos de igual estatura, a exemplo da honra e intimidade. Com essa finalidade, foram enfocadas, primeiro, a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 130, julgada em 30 de abril de 2009, considerada o *leading case* sobre a temática da liberdade de imprensa, e, a segunda, a mais recente deliberação na reclamação n. 22.328/RJ, julgada pela primeira turma da corte, em 6 de março de 2018.

Ao analisar os referidos julgados, foi esclarecido que os casos envolvendo a contradição entre prerrogativas fundamentais provocam a necessidade de a jurisdição efetuar o balanceamento entre valores morais, seja para conferir a conformação preferencialmente estabelecida pelo legislador, como também para preencher eventual vácuo no sistema jurídico. Referiu-se ainda que, em sede de controle concentrado, a corte de superposição afastou os limites fixados pelo legislador ordinário na Lei de Imprensa, esclarecendo que os contornos legiferantes não poderiam derruir o núcleo elemental da liberdade de imprensa. Também foi referido que, inicialmente, a corte suprema não adotou a tese da posição privilegiada da liberdade de imprensa perante as demais prerrogativas constitucionais, mas, posteriormente, tal tese foi expressamente acolhida por um de seus órgãos fracionários. Além disso, foram expostos quais os oito critérios fixados pelo STF para serem considerados pelos julgadores quando diante de contradições entre a liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais, notadamente a honra e a intimidade.

Por fim, após a análise das decisões da suprema corte sobre a temática eleita à luz das teorias pós-positivistas, foi destacado o argumento de que as deliberações em casos controvertidos não consistem somente em uma operação subsuntiva, em que um critério preponderante (norma jurídica) é cotejado por circunstâncias fáticas (reconhecimento conforme as provas) para atingir uma conclusão lógica (decisão). Além de estabelecer silogismos, a atividade decisória pode ser descrita como um empreendimento complexo, guiado pelas fontes do sistema jurídico e voltado à segurança jurídica, que envolve a ponderação de valores morais de interesse social. Nessa linha de raciocínio, o magistrado tem a função constitucional de analisar as situações

concretas segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando a construir a solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica, mediante o estabelecimento da ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, 2004, p. 1-36.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel;

- SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- MENDES, Gilmar. F.; BRANCO, Paulo. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.
- POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SANCHIS, Prieto de. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *ADPF nº 130 DF*, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Data de Publicação: DJe 06/11/2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *RCL nº 22.328/RJ*, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: DJe 10/05/2018.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. e-book.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A posição privilegiada da liberdade de imprensa e o direito à informação verdadeira. *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 17, n. 23, 2010, p. 145-173.

Orlando Luiz Zanon Júnior
Rafael Espíndola Berndt

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Manual de gestão judicial*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

