
A liberdade não tão livre assim e a intervenção do Estado

Paulo André Espírito Santo

Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutorando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2021-2024). Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (1997). Atualmente é juiz federal no Rio de Janeiro - Seção Judiciária do RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Regulatório. E-mail: pa.espirito@hotmail.com

Resumo

Artigo que aborda a relatividade do direito individual de liberdade e a sua necessidade de adequação e conformação a outros direitos igualmente protegidos pela Constituição de um país. Partindo da premissa de que a liberdade não pode ser interpretada de modo absoluto e ilimitado como se fosse aquele direito do período posterior à Revolução Francesa, o trabalho procura abordar casos em que o Estado teve de intervir em tal direito para adequá-lo a outros dotados de mesma fundamentalidade. Normalmente utilizada como forma de contenção contra ingerências indevidas do Estado na esfera individual, a liberdade é mostrada no presente artigo por outro ângulo: a possibilidade de o Estado nela intervir para acomodá-la a outros direitos constitucionalmente protegidos. Dados exemplos concretos dessa intervenção do Estado na liberdade nas esferas civis e econômicas, o artigo se propõe ainda a traçar alguns parâmetros mínimos para essa atuação estatal na esfera de autonomia privada, de modo a aproximá-lo da ideia de Estado Democrático de Direito. Tudo com vistas a mostrar a liberdade como um direito igualmente protegido na Constituição de um país tal como outros direitos fundamentais. Nem mais, nem menos.

Palavras-Chave

Liberdade; limitação; intervenção estatal; parâmetros; legitimidade.

Freedom not so free and state intervention

Abstract

Article that addresses the relativity of the individual right to freedom and its need to adapt and conform to other rights equally protected by the Constitution of a country. Starting from the premise that freedom cannot be interpreted in an absolute and unlimited way as if it were that right of the period after the French revolution, the work seeks to address cases in which the State had to intervene in such a right to adapt it to others gifted of the same fundamental quality. Normally used as a form of containment against undue interference by the State in the individual sphere, freedom is shown in this article from another angle: the possibility of the State to intervene in it to accommodate it to other constitutionally protected rights. Given concrete examples of this State intervention in

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 8, Número 1, 2023, p. 75-97

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.74325

freedom in the civil and economic spheres, the article also proposes to outline some minimum parameters for this State action in the sphere of private autonomy, in order to bring it closer to the idea of a democratic rule of law. All with a view to showing freedom as a right equally protected in the Constitution of a country as other fundamental rights. No more, no less.

Keywords

Freedom; limitation; state intervention; parameters; legitimacy.

Sumário

1. Introdução 2. A ideia da liberdade frente o Estado 3. Os exemplos da liberdade econômica e da regulação 4. Os parâmetros mínimos para uma intervenção legítima do Estado na liberdade individual 5. Conclusão. Referências

1. Introdução

Muito se pensa a liberdade como um fator de limitação do Estado ou para a não intervenção estatal na esfera de atuação dos indivíduos na sociedade. Uma espécie de carta-cardápio para os indivíduos fazerem aquilo que entendem correto em suas vidas.

A liberdade seria para o indivíduo o campo fértil para a criatividade, para a atitude, para o desprendimento. Aquele campo em que o sujeito teria a segurança de fazer e realizar o que bem entende sem a interferência indevida do Estado. Nesse contexto, quando se fala em liberdade individual, pensa-se logo em limitação do Estado, não intervenção estatal, não ingerência da máquina do tipo ou coisas do tipo.

O objetivo do presente trabalho é mostrar que a liberdade, assim como outros direitos individuais de previsão constitucional, também tem um custo, uma ação a ser feita. Num Estado de Direito autodenominado de democrático, muitas vezes, a liberdade não é concretizada apenas com a inação do Estado ou com sua não ingerência indevida, mas também com ação concreta por parte da máquina pública, com o simples objetivo de se proteger outros direitos igualmente reconhecidos na Constituição.

Ao longo deste artigo, procura-se demonstrar que o Estado muitas vezes interfere na liberdade do indivíduo para proteger outros direitos individuais ou simplesmente para regular a vida em sociedade. Por mais paradoxal que possa parecer, a liberdade muitas vezes serve como fundamento para o Estado limitá-la ou mesmo intervir na esfera individual de direitos para proteger outros igualmente reconhecidos. Até porque o uso desmedido da liberdade pelo indivíduo pode lesar outros direitos que devem ser protegidos pelo Estado, como a intimidade, a honra, o meio ambiente, o patrimônio histórico-cultural etc.

O trabalho abordará com destaque o exemplo da liberdade econômica, mostrando que, em diversas ocasiões, o Estado intervém na mesma como forma de proteger ou

salvaguardar outros direitos econômicos constitucionais e igualmente reconhecidos, como a concorrência, o meio ambiente, o trabalho humano etc.

Até que ponto os cidadãos e empresas possuem livre iniciativa e o poder de realizar uma atividade econômica da maneira que lhes convierem? O Estado não poderia intervir numa atividade empresarial com o fito de acomodar a sua realização a outros direitos econômicos também consagrados constitucionalmente, como o direito do consumidor, o trabalho humano, a propriedade privada, a concorrência, o meio ambiente equilibrado, dentre outros?

Nesse viés, o trabalho também se ocupará de trazer o exemplo da regulação estatal como instrumento (e fundamento) do Direito Público para a intervenção na esfera individual de liberdade.

O que seria da regulação econômica se não um tipo de intervenção estatal na esfera privada de atuação para a acomodação e a conformação da livre iniciativa a outros direitos e interesses também individuais e privados?

Mas quais seriam os parâmetros dessa atuação estatal na esfera de liberdade individual para acomodá-la e conformá-la a outros direitos?

Haveria critérios mínimos de uma atuação legítima – e, portanto, democrática – para essa atuação do Estado na esfera individual de liberdade?

Como acomodar direitos alheios?

Esse e outros objetivos é o que se procura discutir no presente artigo, partindo da premissa de que a liberdade como qualquer outro direito individual constitucionalmente consagrado e reconhecido é suscetível a acomodação, relativização e conformação a outros interesses individuais também previstos na Constituição de um país.

Num primeiro momento, o trabalho procura abordar casos em que o Estado teve de atuar para adequar o exercício do direito de liberdade a outros interesses. São trazidas situações que mostram o caráter relativo do direito de liberdade e a possibilidade de ser limitado a favor de outros direitos igualmente dotados de fundamentalidade.

Num segundo momento, a ideia é mostrar que, na seara econômica, tal limitação da livre iniciativa já é feita há tempos a favor de outros interesses constitucionais. A despeito de toda a evolução da Economia e do Direito, o Estado comumente acaba interferindo em atividades empresariais não como forma de sufocá-la, mas como meio de adequá-las a outros interesses também de importância econômica, como o meio ambiente, o trabalho humano, a concorrência, o consumidor, dentre outros.

E finalmente, sem pretensão de esgotá-los, o artigo procura elencar os parâmetros mínimos que possam legitimar essa intervenção estatal de modo a torná-la consentânea com a ideia de Estado Democrático de Direito.

É o que se faz a partir de agora.

2. A ideia da liberdade frente o Estado

Não é o objetivo do presente trabalho, por óbvio, dissecar e aprofundar o conteúdo do direito constitucional de liberdade. A finalidade aqui é tão somente demonstrar o grau de relatividade do direito mencionado e possibilidade de o mesmo sofrer ingerência do Estado para salvaguarda de outros direitos. Nesse raciocínio, a ideia é mostrar situações em que, dado o caráter não absoluto da liberdade, o Estado pode nela intervir de modo a proteger outros interesses igualmente constitucionais.

Segundo George Marmelstein¹, está implícito no direito de liberdade a “proteção à autonomia da vontade”. Embora não haja nenhum dispositivo expresso nesse sentido, está ínsito no direito de liberdade consagrado na Constituição de 1988 que o Estado deve engendrar esforços para garantir o mínimo de autonomia aos indivíduos.

Nesse contexto, o autor² cita uma importante decisão da Suprema Corte norte-americana de 2003, em que o tribunal maior dos Estados Unidos da América anulou uma lei do Estado do Texas que criminalizava o homossexualismo, sob o argumento de que, no âmbito da orientação sexual de cada um, está ínsita a autonomia de vontade do indivíduo a escolha por qualquer tipo de relacionamento.

Sobre o tema, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão de 2019³, buscando proteger a autonomia de vontade na questão da orientação sexual, criminalizou - isso sim - a homofobia, aplicando-se-lhe a pena da injúria racial. A ideia ali foi no sentido de que nenhum indivíduo, a pretexto de exercer a liberdade de pensamento ou manifestação, pode interferir na esfera privada de sentimentos de outro indivíduo. A liberdade de pensamento quando utilizada para ofender e discriminar homossexuais, pode levar o Estado a intervir em tal “liberdade”, utilizando a tutela penal para punir quem assim agir para agredir autonomia alheia.

Além de salvaguardar um grupo social até hoje sem proteção legislativa específica de tutela penal por parte do Congresso Nacional, o STF entendeu que era caso de autorizar o Estado a reprimir, via sanção penal, indivíduos que interferissem na liberdade sexual de outros.

É de se notar aqui um claro exemplo em que a liberdade de uns (agressores) sofre limitação do Estado (via tutela penal, sanção criminal) para proteger a liberdade (sexual) de outros.

¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

² Op. cit., p. 102.

³ STF, ADO 26 e MI 4733, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13 jun. 2019.

Alguns casos concretos também serão trazidos mais à frente como forma de ilustrar essa ingerência estatal na liberdade de uns em prol da liberdade de outros, sem pretensão, é claro, de esgotar o assunto.

Importante destacar também que a liberdade de tempos atrás – que era invocada, por exemplo, até para “legitimar” propriedade sobre escravos seres humanos – não pode ter a mesma conotação nos tempos atuais. Tal como a sociedade evolui, garantindo direitos a pessoas antes excluídas da proteção estatal, o Direito também deve evoluir.

E para contextualizar a diferença entre as liberdades de séculos não tão distantes como o XVIII e dos tempos atuais, a percepção da obra clássica de Thomas Hobbes⁴ (*O Leviatã*), escrita em 1651, é de suma importância.

Na vasta (e clássica) obra de Hobbes, podemos destacar duas partes: uma que trata do indivíduo (capítulos XIII a XIV) e, outra, que trata do Estado frente a esse indivíduo hipoteticamente considerado (capítulo XVII a XXI).

Hobbes trata o indivíduo como egoísta, cercado por outros indivíduos iguais, numa sociedade em que imperam o caos e a insegurança. Na lei da oferta e da procura, com menos bens valiosos do que pessoas, a força de uns sobre outros acaba prevalecendo, porém há a necessidade de que as mesmas façam um pacto para a boa convivência. O convívio e a necessidade de domínio são duas vertentes que dominam a sociedade da época descrita por Hobbes.

Nessa sociedade desenhada hipoteticamente, a natureza humana é regida por 3 discórdias: a competição, a desconfiança e a glória (os homens visam ao lucro, à segurança e à reputação). Nesse contexto, Hobbes traz um ser humano sempre em guerra com outro, com uma visão pessimista da vida (solitária, embrutecida, pobre e sórdida). O medo da morte e a busca de paz e bens materiais faz os homens da época usarem seu livre-arbítrio para dominar outros.

Segundo Hobbes, o direito natural do homem é a liberdade de fazer aquilo que quer. Essa é a natureza do homem. E aí vem a ideia (errada, ainda mais para os tempos atuais). Descreve o autor que todos os indivíduos não podem ter (e querer) todos os direitos. Um deve ceder um direito para o outro, o que denomina como “contrato”. O indivíduo exerce seu poder coercitivo sobre o outro através do medo. Mas Hobbes cita outras leis naturais também importantes, como a gratidão (que o indivíduo deve ter com o outro) e a complacência (de se acomodar com outrem) - aqui, fala em diversidade na sociedade; indivíduos diferentes. São essas outras “leis naturais” que, no contexto atual, podemos

⁴ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

definir como “direitos”, que faz a liberdade ter de se acomodar a outros interesses, não podendo ser o mero quer fazer alguma coisa”.

Hobbes⁵ cita alguns exemplos de “outras leis naturais”, como se pode observar abaixo. Ao lado de algumas delas, faço uma provocação na tentativa de decifrar, ainda que minimamente, a intenção do autor com a enunciação dessas regras. São elas:

1) “como garantia do tempo futuro, os indivíduos devem se perdoar das ofensas passadas. Porque o perdão não é mais do que uma garantia de paz”.

2) “na vingança (isto é, a retribuição do mal com o mal) os homens não devem olhar à importância do mal passado, mas só à importância do bem futuro (a pena como exemplo para futuro e não punição do passado)”.

3) “que ninguém por atos, palavras, atitude ou gesto declare ódio ou desprezo pelo outro” (o desrespeito a essa lei se chama “contumélia”). – Seria aqui o “respeito à diversidade”?

4) “que cada homem reconheça os outros como seus iguais por natureza. A falta a este preceito chama-se orgulho”. Respeito à igualdade?

5) “não reservar para si direito que não possa ser reservado para outrem”. Solidariedade?

6) “que as coisas que não podem ser divididas sejam gozadas em comum, se assim puder ser; e, se a quantidade da coisa o permitir, sem limite; caso contrário, proporcionalmente ao número daqueles que a ela têm direito”. Reconhecimento de Direitos coletivos?

7) “aquelas coisas que não podem ser gozadas em comum, nem divididas, devem ser adjudicadas ao primeiro possuidor”. Reconhecimento da propriedade e da posse como direitos essenciais ao ser humano?

8) “que a todos aqueles que servem de mediadores para a paz seja concedido salvo-conduto. Porque a lei que ordena a paz, enquanto fim, ordena a intercessão, como meio”. Necessidade da jurisdição para salvaguarda de direitos?

9) “como cada um faz as coisas segundo seu próprio benefício, ninguém pode ser um árbitro adequado em causa própria”. Ideia de juiz imparcial como terceiro sujeito?

Note-se que a todas essas leis naturais têm a paz social como escopo, segundo o autor⁶. Ou, nas suas próprias palavras⁷, “a paz como meio de conservação das multidões humanas”.

É de se observar que a ideia de o Estado intervir em relações ou situações privadas para proteger outros indivíduos, ainda que sacrificando um direito individual, não é algo

⁵ Op. cit., p. 52-56.

⁶ Op. cit., p. 56.

⁷ Idem à nota anterior.

propriamente da atualidade. A obra de Hobbes acima citada dá a exata noção do ser humano como integrante de uma coletividade, tendo de conviver com outros semelhantes e outros direitos, a despeito de sua natureza egoísta ou de usar a força para fazer valer seus próprios interesses e vontades. Já naquela época de século XVII, Hobbes já identificava a necessidade de o Estado ponderar um direito individual em (des)favor de outro.

No Capítulo XVII (2ª parte da obra), Hobbes⁸ começa a discutir a essência do Estado, depois de falar do homem (1ª parte). Nela, coloca que “leis da natureza” como “equidade, justiça, modéstia” muitas vezes se contrapõem a desejos individuais, levando os seres humanos a negá-las como o objetivo de dominar os outros. Aduz que, para essas leis serem respeitadas, o indivíduo deve ter certo temor (do Estado e de outros indivíduos) em caso de descumprimento. Para Hobbes, a única forma de evitar que cada ser humano faça o que bem entender é entregar o poder de direcionar o coletivo a um indivíduo ou a uma assembleia. Só isso garantiria paz social e segurança, ainda que com alguns contratempos.

Nesse tipo de exercício abstrato de ideia de Estado e sociedade em harmonia, é forçoso lembrar de trabalho de Luís Roberto Barroso⁹, em que afirma a democracia, mesmo com todos os seus percalços, contratempos e retrocessos, como o regime mais vitorioso dos séculos XX e XXI.

Se nos capítulos XVIII, XIX e XX de sua obra Hobbes¹⁰ inicia a noção do “pacto social”, com algumas pitadas de “Poder Constituinte” (o pacto de constituir uma ordem jurídica superior às vontades e interesses meramente individuais), é a partir do capítulo XXI que o autor¹¹ retrata a “liberdade dos súditos” como algo relativo, limitado, condicionado a outros direitos igualmente importantes.

Segundo Hobbes, liberdade é ausência de oposição. O direito a ela não é tão absoluto assim, pois o indivíduo encontra diversas oposições ao seu exercício ilimitado. Nas suas palavras, para se ter a paz no exercício de liberdade, o ser humano criou a “pessoa artificial”, que é o Estado: aquele com legitimidade para limitar a liberdade de uns em prol do direito de outros. Para ele, a liberdade inscrita num Estado é mais do soberano do que dos indivíduos. Aquele pode fazer o que o pacto lhe autorizou. Mas isso não legitima o soberano a executar atos fora das leis da natureza.

É possível notar a partir desses escritos antigos de Hobbes que o conceito de liberdade mudou no tempo e no espaço.

⁸ Op. cit., p. 59-73.

⁹ BARROSO, Luís Roberto Barroso, O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, p. 14-36, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/25701>. Acesso em: 5 mar. 2021.

¹⁰ Op. cit., p. 61-73.

¹¹ Op. cit., p. 73-77.

Não se pode interpretar a liberdade individual como mera autonomia *hobbesiana* (o “fazer o que quer como algo inerente à natureza humana”).

Também não podemos utilizar, nos dias de hoje, o conceito de liberdade do pós-revolução francesa, cuja ideia era muito mais de permitir ao indivíduo “fazer frente” ao Estado, protegendo-o de ingerências indevidas desse último, garantindo ao ser humano integrante da sociedade o mínimo de dignidade para realizar suas atividades normais de indivíduo sem sofrer restrições injustificadas da Administração Pública.

Pegar um sentido antigo de liberdade para aplicá-lo no contexto atual dos Estados Democráticos modernos – utilizando a expressão de André Cyrino¹² – é, no mínimo, um exercício de “*insinceridade intelectual*” com a própria noção de liberdade. Querer que a liberdade de hoje seja a mesma da liberdade pós-revolução francesa, em que se procurava valorizar o indivíduo diante do poder autoritário do Estado, garantindo-lhe um mínimo de direitos essenciais à sua dignidade enquanto pessoa, é também (mais que um exercício de insinceridade), uma desonestidade moral, um déficit cognitivo quanto à própria ideia do que seja liberdade nos tempos atuais. Um negacionismo jurídico – para utilizarmos uma palavra da moda.

Aplicar um conceito antigo de um instituto – pode ser a liberdade ou qualquer outro direito – e aplicá-lo nos tempos atuais é também um atentado à história e à metodologia jurídica.

Marc Block¹³ afirma que “*nunca se explica plenamente um fenômeno histórico fora do estudo de seu momento*”.

Parecida visão encontramos em Reinhart Koselleck¹⁴, para quem a história deve ser analisada com os olhos do passado, ou melhor, do “*tempo histórico*”. O autor¹⁵ afirma que a análise de um fato histórico não pode ser feita sem a consideração de outros fatos de sua época. Exemplos como “*as decisões políticas tomadas sob pressão*”, “*o efeito da velocidade dos meios de transportes e de informação sobre a economia*” e “*a permanência ou instabilidade de determinadas formas de comportamento social no âmbito das exigências econômicas e políticas temporalmente determinadas*” são alguns dos fatores que devem ser analisados para se estudar um contexto fático do passado. Na sua obra, escrita em 1979, Koselleck¹⁶ trabalha muito com as ideias da “*história dos conceitos*” e da “*teoria da história*”, para que não se investigue fatos históricos com os olhos de hoje.

¹² CYRINO, André Rodrigues. *Delegação legislativa, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹³ BLOCK, Marc. *A apologia da história*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, p. 60.

¹⁴ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do alemão: Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 13.

¹⁵ Op. cit., p. 15.

¹⁶ Op. cit., p. 97–188.

Se o instituto jurídico ou político deve ser analisado com “os olhos do passado” na visão de Koselleck, igualmente não se pode transportá-lo do passado para o presente como se as circunstâncias fáticas, econômicas e sociais do atual momento fossem as mesmas daquele tempo pretérito.

A liberdade é um excelente exercício para esse raciocínio se compararmos os momentos do pós-revolução francesa, em que sequer havia estabelecido ainda a ideia do Estado Democrático de Direito, e do atual, em que, apesar de estabelecida a democracia, ainda sofre retrocessos¹⁷, como veremos mais à frente.

O momento atual é recheado de casos em que o Estado teve de interferir na liberdade individual não só para enquadrá-la como real e atualmente é, como também para adequá-la a outros direitos igualmente consagrados no texto constitucional.

Luís Roberto Barroso¹⁸ cita o problema das manifestações de ódio (*hate speech*) como exemplos de exarcebação do princípio da liberdade, mais precisamente da liberdade de expressão. Exemplos em que o Estado teve de atuar (e reprimir) essas manifestações justamente por agredirem outros direitos (como a honra e a intimidade das pessoas) e a segurança das instituições democráticas.

O autor¹⁹ traz exemplos de manifestações negacionistas do holocausto, preconceituosas contra o povo judeu e contra a comunidade LGBTI+, por se caracterizarem não como liberdade de expressão, mas como racismo e homofobia no último caso. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro²⁰ teve de atuar para reprimir tais manifestações, consideradas exorbitantes do direito de liberdade de expressão.

O autor²¹ cita também os casos de campanha de desinformação, através de grupos previamente ordenados para divulgar notícias falsas (*fake news*) contra pessoas, grupos ou instituições, indo muito além do que se considera como “liberdade de pensamento”. Trata-se de conjunto de notícias falsas deliberada e dolosamente provocadas e disseminadas

¹⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Democracias iliberais y derechos humanos: el papel de los tribunales internacionales. In: SAIZ-ARNAIZ, Alejandro (dir.), CERVANTES, Andrés; MATARRITA, Mario; RECA, Sofia (coord.). *Impacto y desafíos a médio sigilo de Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1. ed, v. 1. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 333.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 119-122.

¹⁹ Op. cit., p. 120.

²⁰ STF, HC 82.424, Relator Ministro Maurício Correa, julgado em 19.03.2004; STF, ADO 26, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26.06.2019.

²¹ Op. cit., p. 120-121. A esse título, conferir também: BARROSO, Luna Van Brussel. Mentiras, equívocos e liberdade de expressão. *JOTA*, Rio de Janeiro, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/mentiras-equivocos-e-liberdade-de-expressao-29052020>. Acesso em 12 jan. 2022; BINENBOJM, Gustavo. Fake news como externalidades negativas. *JOTA*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/fake-news-como-externalidades-negativas-23062020>. Acesso em 12 jan. 2022.

pelos mais diversos meios de comunicação pessoal (internet e aplicativos de mensagens, como o WhatsApp) com o único intuito de confundir, disseminar ódio, instituir mentiras e obter vantagens político-eleitorais, econômicas e morais.

O autor²² cita ainda os casos de censura privada promovida pelas próprias plataformas tecnológicas (redes sociais), cujos exemplos maiores atualmente são o *Facebook*, o *Twitter*, o *Instagram* e o *WhatsApp*. São casos em que as próprias redes sociais (instituições privadas) retiraram do ar postagens feitas por pessoas – algumas até autoridades, como os Presidentes do Brasil e dos Estados Unidos (Donald Trump) – por violarem não só códigos de ética das próprias plataformas (não ofender e não divulgar informações falsas), como também por lesarem outros direitos individuais e coletivos.

João Victor Archegas e Luna Barroso²³ discutem exatamente isso: se a regulação de direitos individuais em prol de outros pode ser concretizada entidades privadas. É o típico caso de regulação de direitos feita por entidade privada e não por órgãos públicos reguladores ou agências²⁴. Sites de busca de informações, as redes sociais e as plataformas digitais de vídeos como o *Facebook*, o *YouTube* e o *Google*, por exemplo, há muito tempo já fazem esse tipo de controle da liberdade de pensamento e manifestação, a ponto de já terem retirado postagens de altas autoridades públicas como o ex-presidente dos EUA Donald Trump e o atual presidente do Brasil.

Como destaca Luís Roberto Barroso²⁵ em outro trabalho, no mundo do entretenimento e das redes sociais, já existem respostas dos organismos internacionais a preocupações com a privacidade dos indivíduos.

Por fim, o autor²⁶ traz o fato de o STF, em junho de 2020, ter autorizado a continuidade de um inquérito que investigava ataques e ameaças ao próprio Tribunal, a seus ministros e seus familiares, além de atentados a instituições democráticas. Buscava-se

²² Op. cit., p. 121.

²³ ARCHEGAS, João Victor; BARROSO, Luna Van Brussel. Trump contra Facebook: um raio-x da decisão do Oversight Board. *JOTA*, São Paulo, 6 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trump-contra-facebook-um-raio-x-da-decisao-do-oversight-board-06052021>. Acesso em: 9 jul. 2021.

²⁴ No mesmo sentido, conferir: HAGGART, Blayne; KELLER, Clara Iglesias. Democratic legitimacy in global platform governance. *Telecommunications Policy* 45, Issue 6, July 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2021.102152>. Acesso em: 10 jul. 2021; FARAH, André. O paradoxo democrático da Internet: uma autorização para regulação. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0*. Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 170-173; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Marco civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0*. Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 140-148.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p.1286-1287, set./dez. 2019. Doi: 10.21783/rei.v5i3.429.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia*: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 122.

reprimir “manifestações de pensamento” que atentavam contra a democracia (pedidos de intervenção militar e volta de atos institucionais dos tempos obscuros da ditadura militar) e contra a segurança das instituições democráticas, como o Judiciário e o Legislativo. O STF²⁷ entendeu cabível o Estado interferir na liberdade individual de pensamento para salvaguardar outros direitos.

No âmbito da saúde da população, mais detidamente no contexto da pandemia da COVID-19, o STF teve de se deparar com situações de resistência de algumas pessoas e grupos à vacinação. Pessoas que negavam a vacinação contra a COVID-19, recusando-se a vacinar sob o argumento de que tinham a “liberdade” de escolher a vacinação ou não. Diante de exigências de autoridades municipais²⁸, estaduais, reitores de universidades públicas etc. – naquilo que a imprensa convencionou chamar de “passaporte da vacina” ou “certificado de vacinação” para frequentar determinados locais públicos –, algumas dessas pessoas negacionistas (primeiro, à própria existência da pandemia decretada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, depois, à própria eficácia das vacinas aprovadas) ingressaram em juízo para se não serem obrigadas a se vacinar. E o fundamento alegado era justamente o direito de liberdade.

No mesmo contexto negacionista da pandemia e da vacinação, o Ministério da Educação, no dia 29/12/2021, proferiu um despacho suspendendo a exigência das Universidades e instituições de ensino federais de pedirem o certificado de vacinação como requisito para frequentar os *campi* universitários/escolares.

O STF²⁹, que em 17/12/2021 já havia considerado legítima a exigência de certificado de vacinação de indivíduos como forma de salvaguardar o direito de saúde de outras pessoas, teve de proferir nova decisão³⁰, agora no dia 31/12/2021, suspendendo a eficácia desse despacho do Ministério da Educação.

Habeas corpus foram ajuizados pelas varas afora no Brasil, em que pessoas pediam para não serem obrigadas a se vacinar, sob pena de a exigência configurar “constrangimento ilegal” e violação ao “direito de liberdade individual”. O STJ³¹, o TJSP³² e a Justiça Federal no Rio de Janeiro³³, por exemplo, deram decisões negativas a esses autores, considerando legítima a exigência de comprovação de vacinação.

²⁷ STF, ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18.06.2020.

²⁸ Como exemplo, os Decretos municipais de São Paulo de nºs 60.488 e 60.989, e o Decreto municipal do Rio de Janeiro nº 49.894, todos de 2021.

²⁹ ADIs 6586, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 17 dez. 2021.

³⁰ ADPF 756, rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 31 dez. 2021.

³¹ STJ, MS 28.346, rel. Min. Assusete Magalhães, decisão de 17 jan. 2022.

³² TJSP, HCs nº 2202717-35.2021.8.26.0000 e nº 2201581-03.2021.8.26.0000.

³³ Processo nº 5006181-88.2021.4.02.5101, sentença proferida pela Juíza Federal Mariana Preturlan, em 3 fev. 2022.

Esse contexto da vacina mostra o quanto o Estado pode intervir na liberdade individual (de não se vacinar) para adequá-lo a outros direitos de outras pessoas.

Vamos agora à análise de algumas dessas situações de interferência estatal na liberdade individual, mais precisamente na seara econômica, apenas como exemplo de como o Estado pode moldar direitos individuais em prol de outros.

3. Os exemplos da liberdade econômica e da regulação estatal

Ao longo da história, sempre se procurou firmar a atividade econômica como algo pertencente aos particulares e não ao Estado.

Se no absolutismo, em que a atividade econômica era sufocada pelo Estado, no liberalismo pós-revolução francesa, começou-se a colocar em prática a ideia de que cabe ao particular precipuamente realizar as atividades econômicas, cabendo ao Estado um papel de mero observador. As crises sociais criadas com o incremento das indústrias e do comércio fez com que o Estado, antes liberal e não afeito a qualquer interferência nas atividades econômicas exercidas pelos particulares, o Estado do início do século XX passa a exercer tais atividades diretamente, tendo como mote a necessidade de obter recursos para a efetivação dos então reconhecidos direitos sociais. Constituições como a mexicana (1917), a russa (1918), a alemã (1919) e as brasileiras (1934 e 1937) foram exemplos dessa preocupação que ligava economia e questões sociais. A crise econômica na Europa e nas Américas no período entre guerras (1ª e 2ª Guerras Mundiais) foi o motivo que faltava para essa mudança de postura estatal.

O Estado sai do protagonismo do exercício de atividades econômicas, deixando-as ao particular, mas, ao contrário do Estado liberal pós-revolução francesa, passa a exercer a regulação dessas atividades, adequando-as a outros direitos individuais e coletivos.

Em outro trabalho³⁴, tive a oportunidade de discorrer mais profundamente sobre o tema.

O Estado moderno não é mero observador de atividades mercantis, passando a intervir na liberdade econômica, a fim de compatibilizá-la com o exercício de outros direitos. Pela regulação, o Estado mostra ao indivíduo que, na seara econômica, a sua liberdade de iniciativa não é tão livre assim.

Na quadra atual, a regulação representa a atuação estatal na atividade econômica na medida certa: respeita a livre-iniciativa e o empreendedorismo, mas atua de modo a planejá-los. Modula o exercício das atividades econômicas para salvaguardar direitos

³⁴ BONFADINI, Paulo André Espirito Santo. *O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 9-33.

fundamentais (individuais, sociais e difusos), notadamente aqueles vinculados à ordem econômica (livre-iniciativa, saúde e trabalho humano, concorrência, meio ambiente etc.).

Sob o ângulo econômico (mercados), já se discute se órgãos reguladores e concorrenciais só atuam no território nacional ou se podem alcançar empresas que também atuam economicamente fora dos limites geográficos brasileiros. A transnacionalidade das atividades econômicas e a desterritorialização das autoridades regulatórias e de defesa concorrência já entraram na pauta do dia de organismos internacionais (de regulação e de defesa da concorrência) e do próprio Direito³⁵.

Tudo isso serve para dizer o seguinte: se adotarmos as doutrinas tradicionais de regulação (estatalidade, verticalização, territorialidade), não resolveremos as questões que (principalmente hoje) surgem na sociedade.

Como diz André Cyrino³⁶, se aplicarmos “*molduras barrocas*” para “*gravuras modernas*”, não teremos a solução (ou a regulação) mais adequada. Afinal, como afirma José Vicente Santos de Mendonça³⁷, “*a regulação do futuro não é subsidiária, [é] complexa*”.

Ana Paula de Barcellos³⁸ destaca que a livre iniciativa, como qualquer direito constitucional (arts. 1º, IV, e 170 da CF/1988) sofre restrições e adaptações a outros direitos. Cita³⁹ que a livre iniciativa até cede espaço a algumas atividades que, por expressa autorização da Constituição, estão sujeitas a regime de monopólio da União – portanto, sem livre iniciativa e concorrência por parte de indivíduos e empresas privadas -, não se falando aqui em liberdade, livre empreendedorismo ou coisa que o valha. A livre iniciativa não é tão livre quanto se pensa.

A regulação, nesse ponto, é um importante instrumento para se concretizar essa intervenção estatal na esfera individual de liberdade (econômica). Agora, como deve se materializar a regulação estatal é o que veremos a partir do item seguinte.

Se a atividade econômica e livre iniciativa, parâmetros essenciais do “Estado moderno e liberal”, podem sofrer interferência estatal para proteção de outros direitos econômicos, por que não o seria a liberdade genericamente considerada?

Para tanto, faz-se necessário estipular alguns parâmetros dessa interferência estatal para que a mesma não se constitua num abuso, numa atuação ilegítima. Para que não se descure da ideia de Estado Democrático de Direito.

É o que veremos a seguir.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 265-347.

³⁶ CYRINO, André. *Direito administrativo de carne e osso*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 195.

³⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 378.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 139.

³⁹ Op. cit., p. 140.

4. Os parâmetros mínimos para uma intervenção legítima do Estado na liberdade individual

Sem pretensão de esgotar o assunto da legitimidade da atuação estatal, é chegada a hora de estipular os parâmetros mínimos de interferência legítima do Estado na liberdade individual. Isso porque de nada adianta um Estado que interfira na esfera individual de liberdade se o mesmo age de modo autoritário ou exacerbado, afastado da noção de Estado democrático de direito.

Um primeiro parâmetro é considerar essa atuação como excepcional. Na visão de Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁰, se cabe ao Estado a eficácia e concretude dos direitos fundamentais, a sua limitação deve bastante restrita, naquilo que denomina como “*limite dos limites*”, expressão extraída do direito alemão, mais precisamente da Lei Fundamental de Bonn.

Um segundo parâmetro nos é fornecido por Ana Paula de Barcellos⁴¹: a atuação do Estado na esfera individual deve sempre se voltar à proteção de outro direito fundamental ou, quando muito, prestigiar um direito em detrimento de outro com base no princípio da razoabilidade. Não sendo um critério previsto normalmente nas Constituições⁴², a ponderação de interesses conflitantes, porém igualmente protegidos pelo texto maior de uma ordem jurídica, deve ser adotada levando em consideração as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto.

Foi o que fez o STF brasileiro (como visto no item 2 deste trabalho) ao julgar os casos atinentes ao certificado de vacinação como condição de entrada do indivíduo em alguns locais frequentados por outras pessoas da sociedade.

O critério da ponderação também é defendido por Jane Reis Gonçalves Pereira⁴³ para se prestigiar um direito em detrimento da liberdade de um indivíduo.

Não tem sentido o Estado intervir num direito essencial à dignidade humana – fundamento de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, cf/1988) – para proteger um outro direito de somenos importância. O pêndulo da balança que retrai o direito constitucional de liberdade deve ser o prestígio a outro direito igualmente dotado de fundamentalidade. Do contrário, não se justificaria a intervenção estatal.

⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 339-343.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194-195 e 384-386.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 257.

⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 262-263.

Um terceiro parâmetro seria o respeito à segurança jurídica e à proteção da confiança. Isso significa não surpreender aquele que sofre a interferência estatal. De outro ângulo, esse indivíduo que sofre a ingerência estatal deve conhecer de antemão os caminhos que o Estado pode tomar.

Valter Shuenquener de Araújo⁴⁴ fala sobre a relevância da proteção da confiança em relação a atos da Administração Pública, dotada de um poder contundente de interferir na vida privada das pessoas (e nas suas atividades econômicas realizadas⁴⁵). Essas pessoas devem ter a exata noção do caminho a ser percorrido pela Administração.

Para Valter Shuenquener de Araújo⁴⁶, os particulares devem conhecer as consequências dos atos estatais, bem como o comportamento que terá a Administração. Sendo outro o caminho percorrido pela Administração que não aquele previamente definido nas normas, o particular pode perder a confiança na mesma, o que é ruim para a economia⁴⁷ e para a vida em geral.

Alice Voronoff⁴⁸ também chama a atenção para a importância de se definir claramente ao indivíduo o caminho a ser seguido pela Administração, não podendo o mesmo ser surpreendido indevidamente pelos órgãos estatais.

Guillermo O'Donnell⁴⁹, ao falar do que considera "Estado de Direito", afirma que se espera das instituições estatais em geral, regras claras quanto ao seu funcionamento.

Joseph Raz⁵⁰, citado por Alice Voronoff⁵¹, diz que o Estado deve "jogar limpo" para ser definido como "Democrático de Direito", sendo capaz de criar regras claras o suficiente a guiar o comportamento das pessoas.

⁴⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 213-216. Ver também: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 186-195.

⁴⁵ A contumácia da interferência do Estado nas atividades econômicas e as suas limitações são vistas também em: STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Emerson Fabiani. São Paulo: RT, 2017, p. 31-33; e POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: RT, 2017, p. 58.

⁴⁶ Op. cit., p. 214-216.

⁴⁷ No mesmo sentido, ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47, jan. 1998.

⁴⁸ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 230.

⁴⁹ O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos estudos CEBRAP*, n. 51, p. 44, jul. 1998.

⁵⁰ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009, p. 213-214.

⁵¹ Op. cit., p. 260.

E, por fim, sem pretensão de esgotar o assunto, um quarto e último parâmetro de legitimidade da restrição estatal à liberdade individual⁵² é a devida e completa motivação da decisão que a limita. Mas não qualquer fundamentação, mas aquela baseada em argumentos extraídos do próprio fato que enseja o conflito de direitos fundamentais. E essa fundamentação não pode ser lastreada apenas em conceitos jurídicos vagos ou princípios genéricos, naquilo que Carlos Ari Sundfeld⁵³ chama de “preguiça intelectual”. O autor⁵⁴ chama a atenção para o fato de que, por preguiça, muitas vezes o Estado justifica uma decisão através de princípios sem se ater às especificidades fáticas do caso concreto. E decidir um caso concreto com base em princípios ou normas abstratas podem gerar insegurança (3º parâmetro acima). A escolha do agente decisório com base num fundamento genérico, além de arbitrária, ainda pode revelar a sua vontade subjetiva.

A motivação da decisão estatal que intervêm na esfera de autonomia do indivíduo e, portanto, na liberdade individual deve ter fundamentos extraídos diretamente dos fatos que a justifica. Tudo conforme hoje preceituado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mais precisamente no seu art. 20.

Tal tipo de fundamentação (mais adstrita aos fatos e menos vinculada a princípios e generalidades jurídicas) conforma mais a decisão aos anseios daquele indivíduo que sofre a restrição de sua liberdade, garantindo não só maior transferência como também controlabilidade. Fica mais fácil, dessa forma, controlar o ato estatal e verificar se foi excessivo.

Com esses critérios, a intervenção estatal na liberdade individual torna-se mais legítima ainda, aproximando-se daquilo que se concebe como “Estado Democrático de Direito”.

5. Conclusão

Muito se discute na doutrina sobre a amplitude da liberdade individual frente o Estado, mas pouco se enfrenta a questão da sua limitação por esse mesmo Estado.

Indubitavelmente uma conquista do mundo moderno do ponto de vista histórico, a liberdade foi estudada durante anos como um nó desatado do Estado absolutista que sufocava direitos dos indivíduos. Uma conquista da sociedade, notadamente após a revolução francesa, a liberdade criou um muro imaginário entre indivíduos e Estado, como se esse último não pudesse atravessar a fronteira para atingir aqueles.

⁵² Para uma leitura mais aprofundada dos critérios de restrição e ponderação de direitos fundamentais em conflito, conferir: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. Capítulos IV e V. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 257-418.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205-229.

⁵⁴ Idem à nota anterior.

Com a complexidade da vida, da economia e da própria sociedade, a ideia de uma liberdade sem limites passa a ser questionada. Na vida civil, em que “o indivíduo pode fazer tudo aquilo que não é proibido”, na vida econômica, em que “a atividade econômica pertence ao particular e ele tem livre iniciativa para desenvolver o que ele quiser e como achar melhor” e na vida social, em que “o indivíduo é livre para trabalhar ou não, para ser remunerado ou não e se inserir no mercado de trabalho como bem pretender”, a ideia da liberdade ilimitada passou a sofrer questionamentos.

O desenvolvimento civil, econômico e social e a própria noção quase que absoluta da liberdade individual trouxeram problemas para sociedade que fizeram repensar a ideia de que a liberdade dos indivíduos possuía um muro intransponível em relação ao Estado.

O próprio desenvolvimento do Direito enquanto ciência e o reconhecimento de que outros direitos individuais, coletivos e difusos também deveriam ser protegidos pelo Estado passaram a exigir desse último uma ingerência maior sobre a liberdade. Não para fulminá-la ou para aniquilá-la, mas para compatibilizá-la a outros direitos fundamentais igualmente importantes e sujeitos a proteção estatal.

A própria ideia de Estado Democrático de Direito, exigindo uma legitimidade e justificação maior do Estado em relação a seus atos, passou a impor aos órgãos públicos uma salvaguarda de direitos dos cidadãos, nem que para isso limitasse a liberdade de alguém. Aliás, os próprios riscos à democracia e seus últimos retrocessos, exigiram do Estado uma postura mais incisiva na ingerência sobre liberdades individuais de maneira a não permitir que seu uso exagerado prejudicasse outros direitos.

O trabalho procurou focar nesse aspecto da intromissão do Estado na liberdade individual para a proteção de outros direitos igualmente dotados de fundamentalidade e previsão constitucional.

Para tanto, sem pretensão de aprofundar o estudo da essência da liberdade humana, procurou trazer exemplos práticos de liberdades individuais utilizadas de modo exacerbado em que o Estado teve de nela intervir para proteger outros direitos. Foram exemplos trazidos de intervenção do Estado na liberdade individual, sendo algumas dessas intervenções realizadas pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente pela sua corte maior (o STF).

O trabalho procurou trazer também o exemplo da liberdade econômica. Durante muito tempo vista como uma conquista contra as amarras do Estado em relação ao poder de realizar atividades econômicas, a liberdade na economia, denominada de livre iniciativa pelas Constituições do Brasil e do mundo, vem sofrendo gradativamente mais intervenção do Estado, muito mais com o escopo de compatibilizá-la a outros direitos do que propriamente sufocá-la. Para tanto, o trabalho trouxe o exemplo da regulação econômica como importante instrumento para adequar a livre iniciativa a outros direitos também de

interesse dos indivíduos e do mercado, como a concorrência, o meio ambiente, a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor. Mostrou-se que a livre iniciativa de hoje não é tão livre quanto aquela propugnada e aplicada no período pós-Revolução Francesa, exigindo do Estado a sua regulação de modo a adequá-la a outros interesses igualmente protegidos pela Constituição.

Por fim, o artigo procurou trazer um número mínimo e exemplificativo de parâmetro para moldar e legitimar essa intervenção estatal na liberdade individual. A fixação de parâmetros mínimos para moldar a intervenção estatal é necessária para que não haja abuso do Estado ou retorno a tempos autoritários obscuros de um passado não tão distante do ponto de vista histórico.

Um primeiro parâmetro de atuação legítima do Estado é considerar essa atuação como excepcional. O Estado deve dar eficácia e concretude aos direitos fundamentais; portanto, a sua limitação deve ser bastante restrita, somente se dando quando efetivamente o caso concreto justificar.

Um segundo parâmetro é a atuação do Estado na esfera individual sempre se voltar à proteção de outro direito fundamental ou, quando muito, prestigiar um direito em detrimento de outro com base no princípio da razoabilidade. Fazendo a ponderação de interesses e utilizando a razoabilidade, o Estado tem condições de prestigiar um direito em detrimento da liberdade de um indivíduo.

Um terceiro parâmetro indicado para legitimar essa atuação estatal na liberdade é o respeito à segurança jurídica e à proteção da confiança. Significa o Estado não surpreender o indivíduo que sofre a interferência estatal. Deve o indivíduo conhecer de antemão os caminhos que o Estado pode tomar.

E, por fim, um quarto e último parâmetro de legitimidade da restrição estatal à liberdade individual é a devida e completa motivação da decisão que a limita, com argumentos extraídos do próprio fato que enseja o conflito de direitos fundamentais, não podendo ser lastreada apenas em conceitos jurídicos vagos ou princípios genéricos. Essa fundamentação mais adstrita aos fatos e menos vinculada a princípios e generalidades jurídicas conforma mais a decisão aos anseios daquele indivíduo que sofre a restrição de sua liberdade, garantindo não só maior transparência como também controlabilidade.

O reconhecimento da liberdade do indivíduo, que, no mundo da economia, ganhou nome de livre iniciativa, muito se deveu ao reconhecimento da democracia como o regime mais vitorioso do século XX. Mas a democracia, para ser concretizada, tem seu custo e precisa ser defendida pelo próprio Estado e pela sociedade. De nada adianta o Estado deixar cada indivíduo fazer o que quer e deixar outros direitos desprotegidos. Não será um Estado Democrático de Direito.

Se indivíduos, sociedade e economia evoluem, o Estado também deve se adaptar aos novos tempos. E, para isso, deve zelar para que o excesso de liberdade de um não prejudique direitos dos outros.

Não há Estado Democrático de Direito sem liberdade individual. Mas ela deve se adequar a outros direitos igualmente protegidos pela Constituição de um país.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

ARCHEGAS, João Victor; BARROSO, Luna Van Brussel. Trump contra Facebook: um raio-x da decisão do Oversight Board. *JOTA*, São Paulo, 6 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trump-contra-facebook-um-raio-x-da-decisao-do-oversight-board-06052021>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

BENNETT MOSES, Lyria. How to think about law, regulation and technology: problems with 'technology' as a regulatory target. *5 (1) Law, Innovation and Technology 1-20*, UNSW Law Research Paper n. 2014-30. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2464750>. Acesso em: 7 jul. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto Barroso, O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, p. 14-36, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/25701>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Doi: 10.21783/rei.v5i3.429.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Democracias iliberais y derechos humanos: el papel de los tribunales internacionales. In: SAIZ-ARNAIZ, Alejandro (dir.), CERVANTES, Andrés; MATARRITA, Mario; RECA, Sofia (coord.). *Impacto y desafíos a médio sigilo de Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1. ed, v. 1. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 333.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 8, Número 1, 2023, p. 75-97

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.74325

BARROSO, Luna Van Brussel. Mentiras, equívocos e liberdade de expressão. *JOTA*, São Paulo, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/mentiras-equivocos-e-liberdade-de-expressao-29052020>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. Fake news como externalidades negativas. *JOTA*, São Paulo, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/fake-news-como-externalidades-negativas-23062020>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.

BLOCK, Marc. *A apologia da história*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

BONFADINI, Paulo André Espirito Santo. *O poder normativo autônomo das agências reguladoras: critérios e controles*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo Rosenthal; Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (org.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, p. 313-340. DOI 10.5151/9788580392821-12.

CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers. A theory for the modern state*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2009.

COLLINGRIDGE, David. *The social control of technology*. Nova York: St. Martin's Press, 1980.

CYRINO, André Rodrigues. *Delegação legislativa, regulamentos e administração pública*. Rio de Janeiro: Forum, 2018.

CYRINO, André. *Direito administrativo de carne e osso*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 21, n. 117, p. 55-80, set./out. 2019.

FARAH, André. O paradoxo democrático da Internet: uma autorização para regulação. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0. Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 161-176.

GARCIA, Flavio Amaral. *Uber x táxi: a solução pela via da regulação*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>. Acesso em: 10 jul. 2021

HAGGART, Blayne; KELLER, Clara Iglesias. Democratic legitimacy in global platform governance. *Telecommunications Policy* 45, Issue 6, July 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2021.102152>. Acesso em: 10 jul. 2021.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The common law*, 1881. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em 20 jul. 2021.

JONES, Timothy H. Regulatory policy and rule-making. *Anglo-American Law Review*, v. 20, n. 2, p. 132-133, 1991.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do alemão: Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva (Debates 115), 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAJONE, Giandomenico. Europe's "democratic deficit": the question of standards. *European Law Journal*, Oxford (UK), v. 4, n. 1, p. 16, Mar. 1998. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-0386.00040>. Acesso em: 4 maio 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, a. 13, n. 154, dez. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

MASHAW, Jerry. Reinventando o governo e a reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. In: MATTOS, Paulo (coord.) *et al. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: RT, 2017, p. 267-284.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MERUSI, Fabio. *Democrazia e autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2000.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos estudos CEBRAP*, n. 51, p. 44, jul. 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Intepretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa *et al* (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: RT, 2017, p. 57-84.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009, p. 213-214.

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47, jan. 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-322.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar. Avaliação de impacto regulatório, normas penais e segurança pública: exigência constitucional de responsabilidade procedimental na regulação de direitos fundamentais. In: TELLES, Cristina; PIRES, Thiago Magalhães; e CORBO, Wallace (coord.). *O direito público por elas: homenagem à Professora Ana Paula de Barcellos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019, p. 1-2 e 10-12.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Eduerj- Contracorrente, 2020, p. 21-46.

STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa *et al* (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Tradução Emerson Fabiani. São Paulo: RT, 2017, p. 31-55.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, Feb. 2003.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Marco civil da Internet: considerações sobre a proteção da liberdade de expressão, neutralidade da rede e privacidade. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *Regulação 4.0*. Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 133-160.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 313-328, 2012.

Enviado em: 20/03/2023

Aprovado em: 16/02/2024