



A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE: SAÍDAS PARA ESSE CONFLITO

Daniel Marinho Corrêa¹

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral²

RESUMO

A pesquisa demonstra quão caótico é o conflito entre o direito à intimidade e a liberdade de imprensa, em virtude de fatores, como a relação turbulenta entre a imprensa e o Estado, considerando-se o passado recente do Brasil, bem como o caráter fundamental desses direitos, que os reveste de crucial importância para qualquer sujeito. A partir do método dedutivo, os resultados do estudo sugerem que as saídas para esse conflito devem ser exploradas no ordenamento jurídico brasileiro e na interpretação das normas constitucionais, por intermédio de parâmetros como a harmonização (equilíbrio das normas colidentes) e a técnica de ponderação.

Palavras-chave: Liberdade de informação. Direito à privacidade. Equilíbrio das normas colidentes. Técnica de ponderação.

1 INTRODUÇÃO

¹ Professor, servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mediador judicial. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, com curso de extensão pela Harvard University.

² Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Doutora em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração em Direito Civil Comparado pela PUC-SP.

Por serem os direitos fundamentais do homem relativos, e não absolutos como, a princípio, se poderia pensar, o seu exercício, conseqüentemente, não é ilimitado e, nesse norte, muitas são as situações nas quais um pretendo exercer de um direito legítimo e assegurado pela Constituição Federal acaba por se mostrar abusivo e demasiado ofensivo a um direito de terceiro.

O notável aprimoramento dos veículos de comunicação de massa, fruto da tecnologia e da sociedade globalizada, se, por um lado, proporciona um maior volume de informações a serem noticiadas, e de forma muito mais veloz e dinâmica, não raro viabiliza a utilização desse aparato tecnológico para operar uma completa e total devassidão da vida íntima e da privacidade das pessoas.

O quadro apresentado se torna mais facilmente perceptível quando se considera, por exemplo, a facilidade com que se pode atualmente “produzir” informação, dispondo-se tão somente de uma câmera na mão (presente hoje em qualquer celular) e da internet para sua posterior divulgação. Nesse cenário, como mesmo sugere o diretor Alfred Hitchcock em sua película “Janela Indiscreta”, qualquer fato pode se transformar em informação, ainda que o conteúdo desta esteja muito distante do que se pode chamar de informação.

Convém esclarecer que não é pretensão deste artigo estimular qualquer revolta contra a tecnologia ou o progresso científico existente, especificamente no tocante aos veículos de notícias. O notável aperfeiçoamento tecnológico alcançado não somente pelos meios de informação, mas também pela ciência como um todo, em hipótese alguma, pode ser taxado de forma maniqueísta, como benéfico ou maléfico à sociedade, uma vez que isso depende também da maneira como são utilizados pelas pessoas, ou seja, do emprego que lhes é dado.

Se o Direito visa tutelar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de toda e qualquer pessoa igualmente se porta quanto à liberdade de comunicação, garantindo a sua livre expressão, no que se mostrou cuidadoso o constituinte, naturalmente tendo em consideração o passado recente e autoritário do Brasil, fortemente marcado pela opressão e pela censura de natureza política, ideológica, artística e intelectual.

Sendo ambas as normas em questão de caráter principiológico, o que permite avaliações flexíveis em seus espectros de incidência, estabelece-se uma incerteza acerca de qual seria o melhor método para solucionar esse conflito entre normas constitucionais, no caso, a liberdade de informar e de se informado, que constituem interesse público e coletivo, e o direito individual à intimidade. Em resumo, a questão impõe saber qual dos direitos em jogo deverá prevalecer sobre o outro, qual obterá êxito no caso concreto.

O tema da liberdade de informação e direitos da personalidade é bastante polêmico, porque é muito frequente que haja colisão entre eles, por exemplo: quando um jornal publica uma reportagem que faz com que alguém se sinta afetado em sua honra ou quando uma emissora de televisão faz algum programa que invade a privacidade de alguém ou, ainda, atualmente, com as questões envolvendo as redes sociais, onde uma pessoa se manifesta e acaba compartilhando fotos ou informações, ou até mesmo falando mal de alguém, o que gera, por consequência, indignações de quem as recebe.

Todas essas situações têm gerado processos judiciais numerosos no Brasil e que acabam, desse modo, sendo submetidos ao Poder Judiciário, que no fundo, não sabe muito bem como lidar com esses problemas diante da falta de uma orientação específica mais expressa do ordenamento, isso porque, não só os direitos da personalidade são tratados como expressão da dignidade humana e, portanto, tutelados pela Constituição Federal, mas também a liberdade de informação é protegida no artigo 5º da Constituição Federal, de modo que haveria uma colisão de direitos protegidos constitucionalmente.

Realizada a opção pelo método dedutivo, por intermédio da pesquisa bibliográfica e partindo de um enfoque sociológico-jurídico abre-se caminho para solução desse conflito. Considerando-se que a imposição de limites à liberdade de informação jornalística converge com a definição de que os direitos fundamentais não são absolutos, é necessário, por conseguinte, que o exercício desses direitos se processe de forma harmoniosa e equilibrada, não se excluindo, portanto, a possibilidade de supressão de determinada norma constitucional.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É relevante acrescentar breve explicação sobre as características dos direitos fundamentais. É possível, de imediato, afirmar que esses caracteres se desenvolveram em caminho oposto ao das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais, de onde provém a teoria de que tais direitos são inatos e absolutos.

Se afastando, portanto, essa conotação jusnaturalista que informava o tema, pode-se reconhecer algumas características desses direitos, entre as quais: historicidade, por serem direitos históricos, os direitos fundamentais nascem, modificam-se, se lhe ampliam o conteúdo com o passar do tempo e, por fim, desaparecem; inalienabilidade, os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis uma vez que não se revestem de conteúdo econômico-patrimonial. São direitos indisponíveis; imprescritibilidade. Os direitos fundamentais são imprescritíveis, o

que importa dizer que nunca deixam de ser exigíveis por seus titulares. Não há, portanto, perda de sua exigibilidade pela prescrição; irrenunciabilidade. Não se renuncia aos direitos fundamentais. Pode-se não os exercer, mas renunciá-los nunca (SILVA, 2006, p. 175).

No que toca ao caráter absoluto dos direitos fundamentais, que neles anteriormente se reconhecia, ressalta-se não ser mais admitido, diante da historicidade que caracteriza esses direitos. Em outras palavras, compreendida e aceita a origem histórica (material ou real) desses direitos, bem como o fato de se desenvolverem, com ampliação de seu conteúdo e até de, em determinado momento, passarem a inexistir, rechaça-se, por completo, o seu caráter absoluto. A considerável possibilidade de choques entre os direitos fundamentais é também motivo pelo qual se afasta eventual caráter absoluto dos direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 179).

Os direitos fundamentais gozam de relatividade justamente em face de outros direitos desfrutarem também dessa condição, sendo necessária a todos a devida proteção. A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de tamanha e inexprimível importância que Maurice Hauriou (1921, p. 120) pontua, acertadamente, que “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”. Rui Barbosa afirmou e reiterou as diferenças entre os direitos e as garantias, sendo imperativo separar:

no texto de lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (BARBOSA, 1978, p. 121).

É interessante incluir a definição defendida por Jorge Miranda (1990, p. 88-89), que considera os direitos uma representação de bens e garantias que se destinam a segurar a fruição destes, onde “os direitos são principais, as garantias, acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se, direta e imediatamente”. Para o autor as garantias se projetam só nelas em face do nexos que possuem com os direitos, concluindo que “na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se”.

Canotilho (1998, p. 362) entende, por outro lado, que as garantias podem ser consideradas como direitos, muito embora possuam um caráter instrumental,

consubstanciando-se no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos e o reconhecimento dos meios hábeis a esse fim.

De forma distinta pontua-se, porém semelhante a Canotilho, para quem não são tão nítidas e perceptíveis, assim, as diferenças entre os direitos e as garantias, “os direitos são garantias, e as garantias são direitos, ainda que se tente, de qualquer forma e sob qualquer pretexto distingui-los” (SAMPAIO DÓRIA, 1953, p. 186).

Não é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória (MIRANDA, 1990, p. 88-89).

Por outro lado, questão conflituosa, que muita controvérsia gerou, é a que se refere à relação conceitual que se nota entre a intimidade e a privacidade. Questiona-se continuamente se os institutos realmente possuem o mesmo significado, se constituem, afinal, o mesmo instituto, sendo, no entanto, denominados por meio de expressões distintas.

O direito à intimidade é constante e equivocadamente entendido como sinônimo do direito à privacidade. Conforme os dizeres do professor José Afonso da Silva (2006, p. 206), a privacidade é uma terminologia natural do direito anglo-americano (*the right to privacy*), enquanto intimidade, por sua vez, é o termo de predileção pelos povos latinos.

Ao afirmar e reiterar a imprecisão da terminologia, o citado autor prefere utilizar-se da expressão direito à privacidade, como em um sentido amplo e genérico, de modo a abranger todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, relacionadas pela Constituição Federal. Para ele, privacidade consiste no “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições sem a isso poder ser legalmente sujeito” (SILVA, 2006, p. 206).

De acordo com Luiz Alberto Davi Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2004, p. 56), “a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas distintas: a pública e a privada”. Entende-se por privacidade os relacionamentos sociais resguardados, que o indivíduo mantém oculto ao público em geral, dentre eles, por exemplo, a vida em família. Em outras palavras, consideram-se as relações confidenciais como conteúdo dessa esfera privada.

Entretanto, os referidos autores pontuam que pelo fato da privacidade envolver relações interpessoais que se desenvolvem entre pais e filhos, irmãos, namorados, criam-se possibilidades de violação de direitos entre estas pessoas que convivem em conjunto. Nesse cenário, ganha importância e consideração o conceito de intimidade. Torna-se compreensível,

portanto, a diferenciação entre intimidade e privacidade operada pela Constituição Federal (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 56).

Em síntese, a conclusão que se pode extrair da interpretação do dispositivo constitucional é que a vida social dos indivíduos, na verdade, não se limita a somente duas esferas, pública e privada, haja vista que, nesta última, opera-se uma subdivisão da qual resultam a intimidade e a privacidade propriamente dita. O que se quer dizer é que a constatação de um campo próprio à intimidade importa a subdivisão da esfera atinente à privacidade.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2004, p. 58) sugerem, como ilustração da vida social do indivíduo, uma grande esfera dentro da qual se visualiza uma segunda esfera, um pouco menor do que a anterior, correspondente ao campo da privacidade. Internamente à esfera da privacidade, verifica-se a existência de uma terceira esfera, mais compacta e maciça que as precedentes, que se pode, enfim, entender como a de propriedade da intimidade.

Visualizam-se, assim, dois diferentes conceitos: a privacidade, à qual se fixa o conteúdo das relações interindividuais, inerentes às relações familiares e confidenciais, e que devem permanecer ocultas ao público; e a intimidade, campo específico onde se operacionaliza uma segregação entre o “eu” e os “outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.

René Ariel Dotti (1980, p. 69) entende a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, definição interessante e não muito distante do que propugna Adriano de Cupis (1969, p. 115), que declara ser a intimidade (*riservatezza*) “o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma”. Afirma que a pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade, mesmo fictícia, até em face de ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria.

Ainda, o autor acrescenta que “essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico – que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral” (CUPIS, 1969, p. 111).

Interessante notar que o direito à imagem possui duas variações. Deve ser entendido, de um lado, como o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem) da figura humana, e; de outro, como o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social. A imagem assume, portanto, duas conotações distintas: a de retrato físico da pessoa e a de “retrato social” do indivíduo, em outras palavras, a forma na qual o indivíduo desenhou sua imagem perante a sociedade.

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 196) afirma para quem a privacidade, em certas ocasiões, não pode ser invocada. Locais como bares, restaurantes, casas noturnas, entre outros exemplos são públicos, de forma que quem os frequentar abre mão de sua privacidade.

Relevante anotar que essa proteção constitucional da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas, em geral, deve ser entendida de uma forma mais restrita. Isto importa dizer que deve existir uma maior tolerância ao se interpretar uma violação aos direitos em questão, pois os políticos estão naturalmente sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto a profissão exercida por artistas em geral demanda, evidentemente, maior e regular exposição aos meios de comunicação.

Incontestável, no entanto, que essa necessidade de interpretação mais restrita não evita a proteção constitucional contra agressões desarrazoadas, desproporcionais e sem qualquer relação com a atividade profissional.

3 LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Antes de analisar essas liberdades, cumpre brevemente considerar aquela que, José Afonso da Silva (2006, p. 241), constitui a liberdade-base, a liberdade de ação em geral, decorrente do artigo 5º, II, da Constituição Federal, que disciplina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa liberdade de agir, de atuar, prevista na Constituição Federal, é entendida como princípio, o qual determina que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determinar o contrário.

A liberdade de pensamento, no entendimento de Sampaio Dória (1953, p. 241), consiste no “direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for”. Trata-se de uma liberdade de caráter intelectual, que pressupõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, mediante o qual se transmite aos demais seus conhecimentos, sua concepção do mundo, seu ponto de vista e ensinamentos, suas opiniões políticas e religiosas.

Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 40) qualifica com muita razão a liberdade de expressão do pensamento como uma das mais relevantes, afirmando ainda que, justamente por esse motivo, talvez, seja das que maior número de problemas levanta.

Ainda sobre a liberdade de pensamento, ou de opinião, alguns autores classificam-na, simultaneamente, como primária pelo fato de surgir cronologicamente e logicamente antes de outras liberdades que são consideradas, naturalmente, conseqüências suas. Pelo motivo exposto é que se adjetivam as liberdades decorrentes da liberdade de pensamento como secundárias. A própria liberdade de imprensa, por exemplo, evidencia-se como uma liberdade secundária, que permite a comunicação de opiniões, amplificando a liberdade que lhe é anterior ao mesmo tempo em que nela se fundamenta (SILVA, 2006, p. 241-245).

A liberdade de expressão do pensamento, a liberdade primária e primeira, qualifica-se como exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo, que naturalmente pressupõe a transmissão deste pensamento. Em um sentido interno, a liberdade de pensamento, compreendida como pura e simples consciência, crença e mera opinião, possui reconhecimento, mas não desfruta de maior atenção pelo ordenamento jurídico, posto não oferecer problemas de ordem significativa. Esse reconhecimento é evidente, considerando-se o disposto nos incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição Federal, que garantem, respectivamente, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e não privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Portanto, a liberdade de pensamento é que se volta à sua exteriorização. Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 41) disciplina que o pensamento, enquanto não externado, se confunde com a liberdade de foro íntimo, que nenhum obstáculo impõe para o direito ou para a vida social.

A liberdade de opinião, umas das formas de manifestação da liberdade do pensamento, é aquela utilizada pelo indivíduo para escolher as suas próprias convicções, sejam elas políticas, filosóficas ou religiosas. A Constituição Federal assim o diz em seu artigo 5º, IV, ao estabelecer ser livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. O artigo 220 dispõe que “a manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição Federal, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística”.

Sendo um dos instrumentos de manifestação da liberdade de pensamento, a liberdade de comunicação constitui “um conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”, (SILVA, 2006, p. 242) conforme se constata da interpretação dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição Federal. A liberdade de comunicar-se, enfim, compreende as diversas formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e do conhecimento, bem como a organização dos meios de comunicação. A propósito do tema, interessante destacar Karl Marx (1980, p. 42), para quem:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.

Quando se defende a superação daquele antigo conceito de liberdade de imprensa, o que se quer dizer é que a liberdade de informação jornalística, consagrada na Constituição Federal, não mais se limita tão somente à publicação de veículo impresso. A informação jornalística engloba, ressalta-se, qualquer forma de propagação de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de divulgação social.

Nesse determinado ponto, a Constituição Federal não especifica o que se deve entender por veículos ou meios de comunicação social, entretanto o § 1º do artigo 220 ao estabelecer que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, acaba por considerar um amplo rol de meios de informação aos quais não poderão ser opostos obstáculos às suas atividades.

Portanto, a Constituição Federal admite a publicação de notícias e opiniões mediante veículos impressos de comunicação e veículos de radiodifusão sonora e de sons e imagens. A liberdade de informação jornalística, disciplinada em capítulo específico sobre a Comunicação Social – artigos 220 a 224 da Constituição Federal – muito embora esteja inserida em um conceito amplo de liberdade de pensamento, não configura direito fundamental individual:

[...] a liberdade de informação jornalística não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la” (SILVA, 2006, p. 246).

Essa liberdade configura não somente um direito fundamental do dono de empresa ou do jornalista de realizar essa atividade, mas também, e acima de tudo, um dever de informar ao público os acontecimentos e ideias de forma objetiva, condizente com a verdade e imparcial, sem modificar a verdade dos fatos ou destituí-los de seu sentido original.

Como argumenta Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 45), cabe à imprensa “a função de investigar, noticiar, denunciar e fiscalizar, desempenhando um papel de suma importância para o regime democrático. É da carta de princípios da *Inter American Press Association* (Sociedade Interamericana de Imprensa) a seguinte frase: “sem liberdade de imprensa não há democracia” (BASTOS, 2000, p. 45).

José Afonso da Silva (2006, p. 247) entende com razão que a imprensa, de um modo geral, constitui um poderoso instrumento de formação da opinião pública, mormente com o desenvolvimento de satélites e outras tecnologias capazes de transmitir notícias, ideias, informações e doutrinas, e que, justamente em virtude desses fatores, deve-se considerar a ideia de que a imprensa exercita uma função social. Essa função social, por assim dizer, consiste no ato de expor às autoridades públicas o pensamento e a vontade do povo e de também compor defesa contra excessos de poder, oferecendo para tanto um robusto controle sobre a atividade político-administrativa.

Em se falando de liberdade de informação, imprescindível a distinção entre esta, que comporta a liberdade de informar e de ser informado, e o direito à informação, que não configura propriamente direito individual, mas sim um direito coletivo.

O direito de informar, como matiz da liberdade de expressão do pensamento, apresenta um caráter essencialmente individual, no entanto já impregnado de caráter coletivo. Carlos Roberto Siqueira de Castro (2005, p. 783):

O direito à informação, que compreende de modo amplo o direito a ser informado e ter acesso às informações necessárias ou desejadas para a formação do conhecimento, constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência, o que distingue os seres inteligentes de todas as demais espécies que exercitam o dom da vida. Trata-se, também, do pré-requisito mais essencial ao regime democrático, sabido que os indivíduos e, sobretudo um povo desinformado e destituído da capacidade crítica para avaliar o processo social e político acham-se proscritos das condições da cidadania que dão impulso aos destinos das nações.

A liberdade de expressão, da qual decorre a liberdade de informação jornalística, igualmente passou a assumir uma função social, que se faz necessária para a formação da opinião pública livre. A doutrina, a propósito, vem reconsiderando a liberdade de expressão como uma liberdade de opinião pública, que sob uma nova ótica pluralista e participativa,

fundamenta-se não mais somente na liberdade, mas também na igualdade e na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2006, p. 455).

Considerada primeira e primária, a liberdade de expressão, da qual decorre a liberdade de informação jornalística, consiste no direito de livre divulgação do pensamento, de não ser impedido de se exprimir. A liberdade de expressão do pensamento, tomada, assim, como direito da personalidade, é de suma importância para a concretização do princípio da dignidade humana.

A liberdade de expressão, sob essa nova dimensão, adquire um caráter duplo: sendo uma vertente relacionada à esfera individual, pessoal, como a liberdade de exprimir seu ponto de vista; e outra, fundada nas relações sociais, no interesse público. Nesse exato ponto, conciliam-se a liberdade de expressão e a liberdade de informação jornalística.

Considerando-se que a imposição de limites à liberdade de informação jornalística converge com a definição de que os direitos fundamentais não são absolutos, é necessário, que o exercício desses direitos se processe de forma harmoniosa e equilibrada, não se excluindo, portanto, a possibilidade de supressão de determinada norma constitucional, quando instaurado conflito entre normas constitucionais, em detrimento de outra. Por sua vez, Anderson Schreiber (2012, p. 247) observa:

Paralelamente à adoção do método da ponderação, que confia ao Poder Judiciário, embora sempre à luz do dado normativo, a seleção de interesses merecedores de tutela em concreto, outros instrumentos institucionais podem ser empregados no desestímulo às demandas frívolas que tanto afligem a comunidade jurídica diante da expansão do dano ressarcível. Neste sentido, assume especial papel o desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação, capazes de atenuar a imensa contradição da responsabilidade civil contemporânea, que reconhece o caráter extrapatrimonial do dano, mas lhe reserva um remédio exclusivamente monetário. (...) Dessa forma, o recurso às retratações públicas e a outros meios de reparação extrapatrimonial, paralelos ou mesmo substitutivos à indenizações em dinheiro, mostra-se absolutamente necessário e, muitas vezes, mais eficiente na reparação dos danos de natureza moral. A efetiva repressão à litigância de má-fé e a rejeição do caráter punitivo das reparações são outros mecanismos institucionais que se oferecem prontamente a esta tarefa de desincentivo, a demandas de finalidade mercenária.

É preciso investigar, desse modo, quais as potencialidades que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta para solucionar esses conflitos.

4 COLISÃO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Essa situação de conflito que não raro se estabelece entre normas é decorrência direta da própria carga valorativa inserida na Constituição Federal, que, por sua vez, incorporou os diversos interesses das diversas classes componentes de tal sociedade pluralista. Ocorre, que esses direitos, posto representarem as vontades políticas de classes antagônicas, acabam por não se harmonizarem em inúmeros momentos. Dessa pluralidade de concepções surge um duradouro estado de tensão entre normas constitucionais.

Existem na Constituição Federal normas de caráter principiológico, em outras palavras, normas-princípios ou simplesmente princípios, com maior teor de abstração e com finalidade destacada dentro do sistema, e que podem, com assustadora frequência, colidir com outras normas, ou princípios, de idêntica natureza. É a situação que ocorre entre a liberdade de expressão ou do direito à informação e o direito à intimidade, tema deste trabalho.

Considerando-se a elaboração clássica de Hans Kelsen (1991, p. 18), tem-se o ordenamento jurídico como um sistema hierarquizado de normas, que possuem diferentes valores entre si, e no qual se escalonam, formando um todo, um conjunto harmônico. Essas normas são funcionalmente interdependentes umas das outras, de modo que para que uma norma seja classificada como válida e aceita é imprescindível que sua validade seja solidamente alicerçada em norma superior.

Em razão do modo hierarquizado como se escalonam as normas, e considerando-se que estas são princípios jurídicos, conclui-se, pela existência de hierarquia entre princípios. Este caráter hierárquico se demonstra com muita facilidade quando se consideram princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais. Naturalmente, não há que se duvidar da superioridade hierárquica daqueles em face destes últimos. Reitera-se, portanto, que os princípios constitucionais constituem o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais (BARROSO, 1998, p. 141).

Entretanto, a questão não é de todo simples e se complica demasiadamente em se tratando de conflitos entre princípios constitucionais, ou seja, de igual nível hierárquico. Não é crível nem razoável afirmar, utilizando-se de um critério axiológico, por exemplo, pela existência de hierarquia entre princípios constitucionais.

Todavia, desconsiderando-se o critério axiológico em benefício de uma outra ótica jurídica, não há que se falar na existência de hierarquia entre princípios constitucionais. Todas as normas constitucionais possuem idêntico valor, motivo pelo qual não há, como assevera

Canotilho (1998, p. 47), normas constitucionais meramente formais, tão pouco hierarquia de supra ou infra ordenação dentro do texto constitucional.

Diante da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, surge a dúvida acerca de qual seria o melhor método para solucionar a situação de colisão entre normas constitucionais, no caso deste trabalho, a liberdade de comunicação ou de imprensa e o direito individual à intimidade.

Possível citar, a princípio, prática normalmente exercida, qual seja, a interpretação valorativa de ambas as normas em colisão, procedendo-se, na sequência, à escolha daquela que, no caso concreto, seria a de maior relevância e significação.

Para o deslinde da questão, algumas soluções foram elaboradas pela doutrina estrangeira, entre elas a concordância prática e a dimensão de peso ou importância, e que vêm sendo frequentemente utilizadas pelos Tribunais. Em ambas as soluções propostas figura o princípio da proporcionalidade como “meta-princípio” ou “princípio dos princípios”, o qual visa resguardar a integridade dos princípios constitucionais em questão.

Nesse sentido, na tendência da constitucionalização do Direito Civil, veio o Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

A doutrina, que tem predileção pela concordância prática em detrimento da dimensão de peso e importância, sugere seja aplicada primeiramente a concordância prática, e, em seguida, não se obtendo os resultados esperados com a medida, experimenta-se a dimensão de peso e importância como solução para o confronto das normas constitucionais em questão, sacrificando-se, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”.

Consequência lógica do princípio da unidade constitucional, o princípio da concordância prática ou da harmonização é uma hábil e eficiente ferramenta a ser utilizada em se tratando de colisão de direitos fundamentais. Antes de se adentrar no contexto do princípio da harmonização, contudo, importa breve, mas contundente definição do princípio da Unidade Constitucional.

De forma resumida, o princípio da unidade constitucional disciplina que o Direito Constitucional seja interpretado de uma forma tal que se possa afastar contradições (antinomias e antagonismos) entre suas normas, e principalmente entre seus princípios jurídico-políticos. O princípio da Unidade obriga o intérprete a compreender a Constituição em sua totalidade, procurando atenuar as constantes tensões entre as normas constitucionais. Por esse motivo é que se diz que as normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos num sistema unitário, e não como normas isoladas e dispersas (BARROSO, 1998, p. 147).

Realizada a observação necessária acerca do princípio da Unidade Constitucional, dá-se prosseguimento ao trabalho com o estudo do princípio da concordância prática ou da harmonização. Com base nesse princípio, concebido por Konrad Hesse (1992, p. 49-50), deve-se buscar a harmonização dos direitos fundamentais, quando em confronto, por intermédio de um juízo de ponderação mediante o qual sejam preservados e concretizados os direitos constitucionais em jogo.

A concordância prática, em outras palavras, pode ser compreendida como um princípio tendente a solucionar uma situação de colisão entre normas de hierarquia constitucional mediante a otimização desses direitos fundamentais em confronto. Isto importa dizer que a concordância prática procura equilibrar da forma mais sustentável possível as normas colidentes.

Não se trata, porém, de um procedimento que visa estabelecer uma prevalência absoluta de uma norma sobre outra. Procura-se, na verdade, tornar compatíveis as normas, ainda que, no caso concreto, seja preciso a redução de uma das normas em detrimento da outra.

O princípio da harmonização ou da concordância prática constitui, assim, uma alternativa para o magistrado para que, frente a uma ocasião na qual duas normas constitucionais estejam em rota de colisão, adote uma posição que possibilite a realização de ambos os direitos em questão sem, no entanto, negá-los.

A concordância prática foi utilizada em um caso muito polêmico ocorrido na Alemanha, no qual um homem foi preso por ter sido acusado de crimes de grande repercussão social. Este homem, ciente que a imprensa tencionava divulgar amplamente a matéria, ingressou com uma ação em juízo pretendendo obstar a imprensa, alegando que a publicação ampla do caso iria ferir o seu direito à intimidade, de modo que, após tornado público o fato, não poderia jamais ter uma vida normal, caso fosse inocentado das acusações.

Em uma situação de colisão entre o direito à intimidade e a liberdade de expressão, a Justiça Alemã, utilizando-se da concordância prática, decidiu que os veículos de notícias poderiam sim divulgar o fato, posto ser de interesse nacional, no entanto, não poderiam

mentonar o nome completo do acusado tão pouco publicar foto de seu rosto, conciliando os dois princípios em jogo.

O segundo instrumento que pode ser utilizado, na hipótese de a concordância prática não proporcionar os efeitos esperados, é o princípio da dimensão de peso e importância (*dimension of weights*), que foi idealizado por Ronald Dworkin (2002, p. 45).

Segundo o professor da Universidade de Oxford, as regras jurídicas são aplicadas por completo ou não são de modo absoluto, aplicadas (dimensão do tudo ou nada). Dworkin (2002, p. 45-50) ressalta ainda que os princípios dispõem de uma característica que não é própria das regras jurídicas, qual seja a dimensão de peso ou importância. Nesse compasso, quando do combate entre vários princípios, cabe ao intérprete considerar o peso e a importância de cada um dos que estiverem em jogo para saber qual deles prevalecerá. No tocante às regras jurídicas, estas não desfrutam de dimensão o que inviabiliza o prevalecimento de uma norma sobre outra. Nesse ponto, vale lembrar a lição de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 167), para quem

[...] os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois contém apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; a regra contém fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea das regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de validade e de peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Diante de um caso concreto, deve o intérprete, mediante uma análise tópica, verificar, com uso de critérios subjetivos e objetivos, qual o valor o ordenamento deseja preservar naquela determinada situação, sempre procurando conciliar os dois princípios em questão. A sistematização da ideia de pesagem foi esboçada por Robert Alexy (2008, p. 96):

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Demonstrando a seriedade do estabelecimento da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a subsunção – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A ponderação, por outro lado, usando essa metáfora, será uma pintura moderna, “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”. Contudo, o ministro faz um alerta bem-humorado: “a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna” (BARROSO, 2009, p. 334).

Assim, a legitimidade da interpretação, informada pelo princípio da proporcionalidade, será preservada na medida em que se realize a harmonização. A especificidade, conteúdo e alcance próprios de cada princípio não demandam o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efetividade de todos eles.

Em face de conflito entre normas constitucionais, não se fala em antinomia. Deve-se procurar a conciliação, a harmonização entre eles, objetivando-se uma situação final de equilíbrio entre as normas colidentes. É o que se chama de concordância prática, teoria formulada por Konrad Hesse (1992, p. 49-50).

Por outro lado, não se obtendo os efeitos esperados, o conflito há de ser resolvido com o prevalecimento de um princípio sobre o outro, técnicas de Dworkin (2002, p. 45) e Alexy (2008, p. 96), considerando-se o peso e a importância de cada um no caso concreto. Corroborando, Anderson Schreiber (2012, p. 162), em não havendo regra de prevalência, ou não sendo possível sua aplicação ou adequação, caberá ao Poder Judiciário o mister de ponderar os interesses conflitantes e diante da situação concreta e à luz do ordenamento jurídico definir a relação de prevalência daqueles interesses.

Portanto, em ambos os casos, o princípio da proporcionalidade deve figurar como meta, como princípio norteador na resolução do conflito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade de preservar na seara privada assuntos e ações de trato íntimo se revela cada vez mais uma árdua tarefa para aqueles que detêm visibilidade ou dimensão pública. A essa dificuldade alia-se o direito a liberdade de informação. Por outro lado, tem-se a vida privada, a intimidade e a imagem das pessoas, sejam elas públicas ou não, cumprindo alguns dos direitos basilares do princípio da dignidade humana.

O direito individual à intimidade e a liberdade de imprensa ou de informação jornalística, quando confrontados, revelam a dificuldade do operador do direito em encontrar possibilidades em limitar este em detrimento daquele.

Essa limitação só se manifesta como viável em virtude da relatividade dos direitos fundamentais. Reitera-se, portanto, que muitas serão as hipóteses de confronto nas quais se estabelecerá a imperiosidade de relativizar direito ou alguns direitos que compõe o rol constante do artigo 5º da Constituição Federal.

Para isso, o importante são desenvolver parâmetros para se ter uma segurança jurídica, de modo que é evidente que sempre haverá colisão entre direitos de igual hierarquia, sobretudo, no confronto entre privacidade e informação, situações que sempre nos convida a uma colisão entre direitos fundamentais.

A contribuição deste estudo foi apresentar saídas para esse conflito por intermédio de parâmetros: a harmonização, objetivando-se uma situação de equilíbrio entre as normas colidentes (concordância prática) e a técnica de ponderação.

Desse modo, colabora-se para o diálogo entre judiciário e academia, no sentido de construir critérios que propiciem seguridade, uniformidade e igualdade no tratamento dessas questões. Porque casos concretos paralelos com tratamento diferente não só ferem a segurança jurídica, mas, sobretudo, a isonomia, a ideia da necessidade de ser dado tratamento igual a pessoa substancialmente em situações iguais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Rui. **República**: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição Republicana). Petrópolis: Vozes, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites à liberdade de expressão na constituição da república**. Rio de Janeiro: Revista Forense, ano 96, v. 349, p. 43-51, jan.-fev.-mar. 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUPIS, Adriano de. **Riservatezza e segreto (Diritto a)**. Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1969.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1921.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARX, Karl. **A liberdade de imprensa**. Porto Alegre: L&PM, 1980.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1953.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREEDOM OF INFORMATION AND THE RIGHT TO PRIVACY: EXITS TO THIS CONFLICT

ABSTRACT

The research shows how chaotic the conflict is between the right to privacy and freedom of the press, due to factors such as the turbulent relationship between the press and the state, considering Brazil's recent past, as well as the fundamental character of these rights, which are of crucial importance for any subject. The results of the study suggest that the solutions to this conflict must be explored in the Brazilian legal system and in the interpretation of constitutional rules, through parameters such as harmonization (balance of colliding rules) and the weighting technique.

Keywords: Freedom of information. Right to privacy. Balance of colliding rules. Weighting technique.