

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E DIREITO À INTIMIDADE

JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO

Juiz do Trabalho, Titular da Única Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, por convite formulado pelo Professor José Júlio da Ponte Neto, tive a oportunidade de ministrar, no Curso de Especialização em Direito Constitucional, promovido pela Universidade de Fortaleza, a disciplina “O Direito Penal e Processual Penal na Constituição Federal de 1988”. Nessa disciplina, tivemos, os alunos e eu, oportunidade de estudar os direitos e garantias fundamentais definidos na Constituição Federal de 1988 segundo os ditames constitucionais aplicados ao Direito Penal e ao Processo Penal.

No desenvolvimento da disciplina, foram inevitáveis as discussões sobre os limites da liberdade de expressão e de comunicação, aqui incluídas a liberdade de imprensa e a liberdade artística, em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assim como sobre a proibição de utilização, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional, que é a Justiça. Do exame da doutrina e da jurisprudência no respeitante, chegamos à conclusão de que vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida de um direito fundamental, quando essa aplicação implicar em prejuízo para proteção de valor maior também constitucionalmente garantido.

Nessas discussões, encontrei a indicação para esta monografia. Restringi o tema à colisão entre a liberdade de comunicação, manifestada pela liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, em relação ao direito à intimidade, ambos constitucionalmente assegurados.

O trabalho está desenvolvido em oito partes: 1) Os Direitos de Personalidade e o Direito à Privacidade; 2) O Direito à Intimidade; 3) A Liberdade de Comunicação; 4) Os Abusos decorrentes da Publicação de Notícias; 5) A Colisão de Direitos: Intimidade X Liberdade de Expressão e de Comunicação; 6) A Insuficiência da Dicotomia Público X Privado em casos concretos de Colisão de Direitos Fundamentais; 7) O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; e 8) Colisão de Direitos Fundamentais: Possibilidades para a Solução.

Em cada uma dessas partes procuro demonstrar a forma como a doutrina constitucional brasileira vem-se ocupando, nos últimos tempos, da problemática relativa à colisão dos direitos fundamentais, especialmente a colisão dos direitos à intimidade e à liberdade de expressão e comunicação, sem esquecer o princípio da dignidade humana e seu significado para a ordem constitucional atualmente vigente no Brasil. No final, procuro indicar as possibilidades de solução para os casos de colisão de direitos fundamentais, tanto no plano legislativo, quanto no plano jurisprudencial, sem jamais esquecer que a questão se refere sempre a qual valor deve prevalecer sem possibilidade de negar a unidade da Constituição que, ao meu ver, não exclui a possibilidade de identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, embora não seja conveniente falar em hierarquia rigorosa entre diferentes direitos individuais, o que os desnaturaria por completo, desnaturando a própria Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico.

O tema, por si só, demonstra-se relevante para a moderna dogmática do Direito Constitucional. Só por isso, penso justificada a escolha do tema.

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À PRIVACIDADE

Conforme leciona Adriano de Cupis, “existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade”.²

Tais direitos, admitidos pela doutrina, são classificados das mais variadas maneiras pelos diversos autores que estudam o tema.

Particularmente, entendo adequada a sintética enumeração feita por R. Limongi França, que considera direitos da personalidade os destinados à defesa da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral³. Em nível de classificação, os direitos de personalidade, segundo esse autor, primeiro pelo gênero e depois pela espécie, podem ser:

a) direito à integridade física: direito à vida; direito ao corpo; direito sobre as partes do corpo;

b) direito à integridade intelectual: liberdade de pensamento; direito de autor científico, artístico e inventor;

c) direito à integridade moral: direito à imagem; direito à honra; direito ao recato; direito ao segredo profissional; direito à

² Cf. *Os Direitos da Personalidade*, p.17.

³ Cf. “*Direitos da Personalidade – Coordenadas Gerais*”, artigo inserto na RT 370/7.

identidade pessoal.

No mesmo compasso, embora mais detalhado, assim se pronuncia Carlos Alberto Bittar:

“Os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.”⁴

Os direitos da personalidade representam a própria sedimentação axiológica do homem que deve encontrar na sua existência a própria razão de ser. A tutela de tais direitos mostra-se de tal magnitude que encontra respaldo legal na própria Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, inciso X).

Entre os direitos inerentes à personalidade que visam a proteção da integridade moral, encontra-se o chamado direito à privacidade, que, genericamente, pode ser definido como “direito de viver a sua própria vida isoladamente, sem estar submetido a nenhuma publicidade que não provocou nem almejou”.⁵

Para Maurício Benevides Filho, a esfera íntima é “aquela

⁴ Cf. *Os Direitos da Personalidade*, p. 60.

⁵ Conforme Lucien Martin e William Swandler, citados por José Serpa Santa Maria, no *Curso de Direito Civil* de Miguel Maria de Serpa Lopes, Volume I, p. 216.

que compreende os gestos, fatos e informações que o cidadão tem o direito de subtrair ao conhecimento de todos; a esfera ou a vida privada como sendo aquela que engloba os acontecimentos que cada indivíduo compartilha com um número muito restrito de pessoas; e, por fim, a vida ou esfera pública como aquela onde encontramos os eventos susceptíveis de serem conhecidos por toda a coletividade e que correspondem à participação de cada um na sociedade e suas conseqüências.”⁶

Trata-se, pois, de um direito fundamental do ser humano, que lhe garante a individualidade, reservando-lhe um âmbito no qual a sociedade não pode adentrar, a não ser quando o próprio indivíduo permita ou, em função de sua conduta, provoque.

Sem dúvida, esse direito é inerente à personalidade, pois, sem esse reduto de intimidade, dificilmente a pessoa conseguiria manter sua individualidade e facilmente teria sua personalidade diluída no organismo social, cada vez mais voraz em destruir a vontade individual, criando aquilo que Baudrillard denomina massa.⁷

A privacidade é a fortaleza onde o indivíduo resguarda aquele mínimo de identidade e sanidade que a massificação da sociedade moderna ainda lhe permite. Sem ela, desapareceria o indivíduo e estaríamos a viver literalmente numa enorme colméia.⁸

⁶ Cf. “Direito à Intimidade e o Processo de Investigação de Paternidade: Direito à Recusa ao Exame Hematológico”, in *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, pp. 163/164.

⁷ Cf. a obra *À Sombra das Maiorias Silenciosas. O fim do social e o surgimento das massas.*, pp. 15/16. Nela, o autor chega a afirmar: “o sentido não seria mais a linha de força ideal de nossas sociedades, sendo o que escapa apenas um resíduo destinado a ser reabsorvido qualquer dia – ao contrário, é o sentido que é somente um acidente ambíguo e sem prolongamento, um efeito devido à convergência ideal de um espaço perspectivo num momento dado (a História, o Poder, etc.), mas que na realidade nunca disse respeito senão a uma fração mínima e a uma camada superficial de nossas ‘sociedades’. E isso também é verdadeiro para os indivíduos: nós somos apenas episodicamente condutores de sentido, no essencial e em profundidade nós nos comportamos como massa, vivendo a maior parte do tempo num modo pânico ou aleatório, aquém ou além do sentido”.

⁸ Entenda-se por colméia uma reunião de indivíduos (abelhas) que atuam mecanicamente, sem identidade própria, como se essa colméia fosse um todo e os indivíduos meros elementos constitutivos desse todo, sem objetivos individuais. Se estiver equivocado, que me perdoem os entomólogos.

Por essa razão, é bem conveniente que os ordenamentos jurídicos modernos busquem consagrar a privacidade como um dos direitos da personalidade, inclusive alçando-o ao nível de garantia constitucional.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso X, dispõe expressamente:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Observa-se, do dispositivo transcrito, que o direito positivo brasileiro segue uma tendência geral, verificada na doutrina, de subdividir a privacidade em subespécies.

Adriano de Cupis deixa antever que considera em sua órbita o direito à honra, ao resguardo (da intimidade e da imagem) e ao segredo.⁹

Essa questão, no entanto, não me parece de maior importância, pois, a despeito do texto constitucional, entendo possível considerar o direito à privacidade como o gênero no qual os demais se enquadram como espécies.

Importante é salientar, juntamente com José Afonso da Silva, que

“A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as

⁹ Cf. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁰ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 188/189.

Ou, comentando o art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que:

“O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5.º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.”¹¹

De outro lado, também é importante salientar que, apesar de ser um direito fundamental, tem ele limitações. E a limitação encontra-se exatamente no fato de que, se o direito à privacidade é uma proteção contra a invasão da sociedade na esfera íntima do indivíduo, por outro lado, não pode protegê-lo quando ele sai de sua intimidade e atua na sociedade, provocando a necessidade de que esta tenha conhecimento de fatos que são próprios do indivíduo, a fim de manter o próprio equilíbrio social.

E esta é, sem dúvida, uma questão importante no atinente ao direito à privacidade, pois diz respeito aos seus limites. Diz respeito à demarcação da área que ficará intangível à sociedade e daquela em que esta poderá conhecer. Somente um correto e equilibrado ajuste desse intrincado problema pelo Direito é que permitirá que, por um lado, o direito à privacidade tenha existência real e não seja apenas uma “garantia” vã e sem utilidade prática para as pessoas, protegendo-as efetivamente da curiosidade (ingênua ou maliciosa) do Estado e da população em geral, e, por outro, que não se torne um refúgio que garanta a impunidade de falcatruas e

¹¹ Cf. *Op. cit.*, p. 189.

crimes de toda espécie.

Pontes de Miranda fornece bom referencial para a solução desse problema, por intermédio do seguinte raciocínio:

“Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre limitações. a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento intimidade; se A consentiu que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade.”¹²

Assim, parece-me claro que somente o exame de cada caso concreto permitirá saber se determinado fato particular de uma pessoa recebe ou não o manto protetor do direito à privacidade.

¹² Cf. *Tratado de Direito Privado*, Vol. VII, § 755, p. 125.

Sempre que houver interesse público ou de ordem pública no esclarecimento de determinadas situações, a justificar a revelação desse fato, ou então existir o assentimento do titular, entendo que não poderá ser invocado o direito à privacidade para subtraí-lo do conhecimento do(s) interessado(s). Isto por que, conforme bem expôs Pontes de Miranda, a própria ação do indivíduo, atingindo o âmbito social e interferindo em interesses de terceiros, exclui o fato da órbita protetiva do direito à privacidade. Entretanto, em razão dessa peculiar característica tópica da atividade de delimitação do direito à privacidade, também entendo ser absolutamente necessário que sempre seja devidamente justificada e motivada a exclusão de um fato particular de uma pessoa da esfera protetora do referido direito, tomando-se a cautela de levá-lo ao conhecimento somente daqueles que efetivamente necessitem conhecê-lo para o perfeito esclarecimento da situação. Esta última precaução é importante para se evitar danos desnecessários à pessoa que teve o fato revelado, pois, ao final, poderá ser constatado que não praticou ela qualquer ato lesivo a interesse de terceiros ou que realmente não assentiu em sua divulgação, de modo a se justificar fique o seu conhecimento restrito apenas àqueles poucos que necessariamente tinham de conhecê-lo para que os eventos investigados fossem esclarecidos.

Esta é, no meu sentir, a correta dimensão do direito à privacidade, que será utilizada como escólio das conclusões da presente monografia.

3. O DIREITO À INTIMIDADE

O homem é um ser naturalmente social e na própria sociedade encontra a razão de sua existência e do desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades. Disso decorre que, sempre pressupondo as relações inter-subjetivas, haverá necessariamente uma multiplicidade de situações que envolvem o seu próprio papel

no meio em que vive, é dizer, o homem, enquanto ser social, possui vários papéis que devem ser exercidos. Em cada um desses papéis, há um campo próprio em que o homem se revela perante o mundo e que, conforme o espectro a ser considerado, tem um conhecimento mais ou menos restrito pelos outros integrantes da sociedade.

O homem não é só o que parece aos olhos dos outros. Possui uma outra parte que pode omitir, esconder ou mesmo reservar das outras pessoas com quem tiver contato e, com maiores razões, daquelas que nunca veio a conhecer. É nesse âmbito que o homem necessita reservar-se ao seu íntimo com o objetivo de refletir sobre sua existência, pensar sobre suas conquistas e destinos, enfrentar suas fraquezas e formular sua autocrítica.

Para Paulo José da Costa Júnior,

“A intimidade interior reveste-se de natureza física e material. O indivíduo afasta-se da multidão. Recolhe-se ao seu castelo. Desce às profundezas de sua alma e sai em busca do seu ser. Nada impede que o solitário venha a manter contato com a vida social, através dos meios de comunicação de que disponha. Ou mesmo trazendo para junto dele, na sua fantasia, o diálogo silente dos vivos e dos mortos.”¹³

Celso Bastos ensina que “intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.”¹⁴

¹³ Cf. *O Direito Penal de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade*, p. 12.

¹⁴ Cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, p. 63.

A doutrina francesa apresenta definição semelhante ao afirmar que “*le domaine de la vie privée correspond à la sphère secrète où l’individu aura le droit d’être laissé tranquille*”.¹⁵ O domicílio e o sigilo da correspondência estão também ao abrigo de intrusões não consentidas.

Em suma, intimidade abrange, em sentido mais amplo, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, e o segredo profissional.¹⁶

Aparentemente, tem-se a impressão de que o direito à intimidade é um direito absoluto¹⁷ e, em razão disso, impedido estaria o Estado de adentrar nessa esfera íntima do indivíduo. Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade, em face da necessidade de se proteger outros direitos também fundamentais, conforme relata o acórdão baixo:

PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ARTIGO 5º, X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo em face de determinadas circunstâncias, como, na espécie em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente

¹⁵ Cf. Morange, Jean, in *Droits de l’homme et libertés publiques*, p. 162.

¹⁶ Cf. Silva, José Afonso da, in *Op. cit.*, p. 203.

¹⁷ Cf. Farias, Edilsom Pereira de, in *Colisão de Direitos*, pp. 74 a 78.

instaurado, intervenção do órgão do *parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida.¹⁸

A relatividade dos direitos fundamentais passa a ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é uma maneira de se corrigir o alcance de certos direitos fundamentais. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese de a mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado.

Antônio Scarance Fernandes¹⁹ cita dois exemplos que, a seguir, em resumo, transcrevo:

è em determinado caso, para impedir fuga de presos, considerados perigosos, de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um Juiz de Direito quando todos estivessem reunidos em audiência em determinada comarca à como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, inciso XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidos em eventual processo criminal;

è em outro caso, o réu obtém prova

¹⁸ Cf. Tribunal Regional Federal 2ª Região - Habeas Corpus 95.02.22528-7/RJ - 3ª Turma - Relator Desembargador Federal Valmir Peçanha - Diário da Justiça da União de 13.02.1996.

¹⁹ Cf. *Processo Penal Constitucional*, pp. 80/81.

ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e, agora, à Lei N.º 9.296, de 24/07/1996, mas é o único meio de que dispõe para provar a sua inocência.

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira, examinando a questão das provas ilícitas em face da Constituição, figura a hipótese da prova emprestada, isto é, colhida na ação penal, de utilidade para o processo civil, sendo ela, entretanto, uma fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. Seria possível a utilização dessa prova no cível? Esclarece o eminente jurista:

“No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela.”²⁰

A admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos é uma tentativa de atenuar-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”), com origem na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O exercício dos direitos fundamentais deve ser conciliado com a necessidade de proteger-se o Estado Democrático de Direito. Por isso, a moderna doutrina constitucional passou a prever uma atenuação à vedação das provas admitidas por meios ilícitos, objetivando corrigir possíveis distorções advindas da rigidez a que a exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê,

²⁰ Cf. “A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas”, in Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, n.º 6, p. 11.

com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, considerando que nenhuma liberdade pública é absoluta, verificando-se possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante do que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. Essa teoria da proporcionalidade, atualmente, conforme anota Luiz Francisco Torquato Avólio, citando acórdãos da Corte Constitucional alemã (BVerfGE)²¹,

“é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser

²¹ Acórdãos que foram retirados do ensaio “*O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*”, constante do livro *Ensaios de Teoria Constitucional*, de Willis Santiago Guerra Filho, pp. 71 e 75.

²² Cf. *Provas Ilícitas*, pp. 60/61.

chamada assim.”²²

No Brasil, em sede jurisprudencial, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude²³ ou em prol do princípio da inocência²⁴, conforme demonstra a decisão a seguir, em relação ao último aspecto (princípio da inocência):

Gravação Telefônica e Prova Lícita. Considera-se prova lícita, desde que haja causa excludente da antijuridicidade da ação (p. ex.: legítima defesa em caso de extorsão), a gravação telefônica feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Não há, na hipótese, ofensa aos arts. 151, II (‘Quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente... conversão telefônica entre outras pessoas’) e 153 (‘Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem’), todos do CP. Com esse entendimento, a Turma afastou o argumento de afronta ao art. 5.º, XII, da CF (‘XII – é inviolável o sigilo... das comunicações telefônicas, salvo ... por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer...’) e indeferiu o pedido de habeas corpus interposto contra acórdão do STJ, que mantivera a decisão do TJSP.

²³ RJTJSP, 138/526.

²⁴ STF – 1.ª T – HC N.º 74.678/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Informativo STF N.º 75, de 09 a 13 de junho de 1997.

Precedente citado: AP 307-DF (DJU de 10.5.96).

Nos tempos atuais, é imperioso levar em consideração o progresso científico, bem como o crescente poder de informação, por meio da mídia, que, a cada momento, desenvolve novas formas de violar a intimidade do homem, configurando, por diversos aspectos, o que se denominou “aldeia global” em que, por exemplo, um fato ocorrido num determinado lugar, em questão de segundos, já pode ser conhecido com detalhes em qualquer parte do planeta, tornando-se verdadeiro desafio a todos aqueles que operam com o direito de defender a intimidade do indivíduo. Oportunas são, por isso, as observações de J. J. Calmon de Passos, quando adverte sobre a crescente redução da privacidade, assim:

“A família dos nossos dias, fragilizada pelo poder da mídia, pela pressão da sobrevivência econômica de seus integrantes, pela massificação da convivência, descaracteriza-se em sua privacidade, faz-se cada vez mais vulnerável ao ‘público’, em sua dimensão social e em sua dimensão estatal. Conseqüentemente, a privacidade recua também, fazendo-se individual, personalíssima, quase. A privacidade é hoje o reduto último da resistência do indivíduo às forças que operam no sentido de seu aniquilamento – econômicas, políticas, culturais.”²⁵

Alcançado este ponto, e tentando a caracterização dos direitos à intimidade, tem-se como certo que se trata de uma das várias expressões dos direitos da personalidade e, por isso, não existe

²⁵ Cf. “A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal”, RF 324/63.

qualquer elemento diferenciador entre ambos. Vale dizer: as características de ambos são as mesmas, muito embora, em alguns casos, o direito à vida privada, aqui tomado como gênero, possa ser objeto de consentimento quanto ao seu devassamento, ou seja, há determinadas situações em que o titular do direito respectivo pode deixar de exercê-lo, logicamente observadas as regras dos bons costumes e da ordem pública.

De qualquer sorte, em matéria de direito à intimidade, em relação apenas exemplificativa, são protegidos os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais), recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física e mental, afeições, entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares, ou mesmo pequeno círculo de amizade, ficando, portanto, afastados da curiosidade pública.²⁶

4. A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

A “liberdade de comunicação” (ou “liberdade de expressão”) envolve todas as formas de expressão do homem, por meio do jornalismo, rádio, televisão, relações públicas, artes ou qualquer outra forma de exteriorizar o pensamento. A tudo isso acresça-se a liberdade de convicção política, filosófica ou religiosa, que compreende três formas de expressão, a saber: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa, todas elas constitucionalmente tuteladas.

É sabido que o homem, para desenvolver a sua essência, precisa manifestar para o grupo social as suas idéias, convicções e pensamentos, justamente para se inteirar do mundo em que vive, pressupondo sempre que, apesar da necessária tutela da vida

²⁶ Cf. Bittar, Carlos Alberto, in *Os Direitos da Personalidade*, pp. 107/108.

privada, o ser humano nunca se pode considerar isoladamente, distante de tudo e de todos. O homem é um animal social, já se afirmou com inquestionável propriedade. Bem a propósito, afirma Pimenta Bueno:

“O homem, porém, não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para necessário dissolver e proibir a sociedade.”²⁷

Fixada esta idéia – a liberdade de expressão é inerente à própria existência do homem –, ressalte-se que a plena conquista de tal direito fundamental é recente, datando de 1776, como conquista levada a efeito pela Revolução do Estado de Virgínia, cujos idealistas inseriram na Magna Carta o direito à manifestação do pensamento e de opinião, aí incluindo-se a liberdade de imprensa. Apesar disto, registra Roscoe Pound que, anteriormente à Declaração de Direitos da Virgínia, nenhuma carta incluiu a liberdade anterior de escrever e de dizer, fato que teve como causa um motivo histórico, basicamente relacionado com a principal preocupação com a estruturação de um governo que substituísse os antigos Artigos da Confederação²⁸.

Deixando de lado esse aspecto histórico, sabe-se que o enorme desenvolvimento dos diversos meios de comunicação ocorrido no final do século passado (com grande incremento no presente), em razão do descobrimento do telefone, do telégrafo, do rádio, da televisão, colocou o homem num verdadeiro dilema:

²⁷ *apud*, José Afonso da Silva in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 35.

²⁸ *Cf. Liberdade e Garantias Constitucionais*, p. 51.

a determinação de qual tipo de idéias e informações que podem transmitir estes novos meios de comunicação em comparação aos antigos meios (a imprensa e o livro), a milhões de pessoas que integram seu anônimo público receptor. Em razão de tal dilema, a importância do tema ganhou amplitude em vários documentos internacionais de direitos humanos, dizendo-se mesmo hoje que o grau de liberdade de um povo é medido pela amplitude conferida ao seu direito de manifestar o pensamento por todas as formas. Trata-se, pois, de uma das conquistas mais preciosas do homem como decorrência da sua própria essência direcionada a manifestar seu pensamento.

Alcançado este ponto, impõe-se uma indagação: pode-se afirmar que tal direito ou garantia é absoluto? Pode-se mesmo situar tal direito ou garantia acima da própria Constituição de um país, a ponto de não ser possível impor-lhe limites? Ao final desta monografia, espero ter respondido a estas indagações.

Em termos constitucionais, a liberdade de comunicação ou de expressão refere-se a um conjunto de direitos, formas e processos que possibilitam a ampla divulgação do pensamento e da informação, aí incluída a organização dos meios de comunicação, sujeita, em regra, a regime jurídico especial²⁹. Para Sampaio Dória, a liberdade de pensamento constitui

“(...) não apenas a faculdade de pensar livremente, o que seria fenômeno puramente individual, mas o ‘direito de manifestar em público o que se pense, ou sinta, seja sobre o que for’. É a liberdade de opinar, de criticar, de discutir, de propagar crenças, de publicar ou pregar opiniões.”³⁰

Para o exercício adequado dessa liberdade, o emissor do

²⁹ No caso brasileiro, v. arts. 220 a 224, da Constituição Federal de 1988.

³⁰ Cf. *Direito Constitucional*, Vol. 1, t.11/721, 1962, Max Limonad, *apud*, Darcy Arruda Miranda, in *Comentários à Lei de Imprensa*, t. 1, p. 85.

pensamento não pode ultrapassar os limites fixados na própria Constituição, em especial o respeito aos direitos de personalidade. Com essa advertência, não se admite a censura prévia. Apenas adverte-se que toda liberdade só pode ser condicionada pelo direito em respeito à lei, pena de se configurar inequívoco abuso. Anote-se, a propósito, o comentário de Freitas Nobre:

“A liberdade ilimitada, distanciada do interesse social e do bem comum, não é conciliável no mundo contemporâneo, porque se o pensamento é inviolável e livre, a sua exteriorização deve ser limitada pelo interesse coletivo, condicionando seu exercício ao destino do patrimônio moral da sociedade, do Estado e dos próprios indivíduos.”³¹

Em face disso, são os seguintes os princípios decorrentes da liberdade de pensamento ou de expressão:

- a) vedação a qualquer tipo de restrição à comunicação, observada a Constituição Federal;
- b) nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação;
- c) é vedada qualquer tipo de censura;
- d) a publicação de qualquer veículo tendente a manifestar o pensamento não pode sofrer qualquer censura de natureza política, ideológica e artística;
- e) a exploração de serviços de radiodifusão ou imagens depende de concessão do Poder Executivo, sob a fiscalização do Congresso Nacional; e
- f) os meios de comunicação não podem ser objetos de monopólio³².

³¹ Cf. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 6.

³² Cf. Silva, José Afonso da, in *Op. cit.*, p. 237.

³³ Lei N.º 5.250, de 09/02/1967 (DOU de 10/02/1967).

Para os objetivos da presente monografia, importa primacialmente a liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, regulada, entre nós, pela Lei de Imprensa³³. A importância da imprensa começou a ser sentida a partir de quando se percebeu a sua enorme influência na formação da opinião pública, chegando-se mesmo a afirmar, em face do imenso poder da imprensa, que, em boa verdade, não existiria uma verdadeira opinião pública, mas apenas a ‘opinião publicada’. De acordo com informação de René Ariel Dotti, “foi Balzac quem primeiro designou a imprensa como o ‘quarto poder do Estado’, expressão que traduz fielmente a importância dos órgãos de informação no contexto da sociedade moderna”³⁴.

O direito à informação – a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias – apresenta dois aspectos fundamentais:

- a) a liberdade de informar;
- b) a liberdade de ser informado por qualquer meio de publicação, seja veículo impresso, seja veículo de difusão.

Sobre esses dois aspectos do direito à informação, vale conferir a seguinte passagem de Edilson Pereira de Farias:

“No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas. Com isso, visa-se a proteger não só o emissor, mas também o receptor do processo da comunicação. No aspecto passivo dessa relação da comunicação, destaca-se o direito do público de ser adequadamente informado, tema sobre que

³⁴ Cf. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 129.

Rui Barbosa já chamava a atenção em sua célebre conferência intitulada ‘a imprensa e o dever da verdade’ e que, atualmente, invocando-se a defesa dos interesses sociais e indisponíveis, desemboca na tese de que o direito positivo brasileiro tutela ‘o direito difuso à notícia verdadeira’.³⁵

A liberdade de informação refere-se essencialmente à informação correta, assim ocorrendo porque a imprensa é formadora de opinião pública, com relevante função social, possibilitando o amplo desenvolvimento da liberdade de opção da sociedade para reforçar o regime democrático. Vale dizer: uma imprensa livre é inseparável do conceito geral de liberdade em um Estado moderno.

Sem deixar de reconhecer a importância da imprensa, a sua atividade, a toda evidência, deve observar determinadas restrições ligadas aos direitos ou princípios que a sua atuação não pode violar, sob pena de impor enorme prejuízo ao titular do interesse. Assim, a livre manifestação do pensamento, emblematizada, no presente caso, pela divulgação de notícias, deverá ser limitada pela veracidade dessa mesma notícia e pelo interesse público. Desse modo,

“A liberdade em geral e em matéria de comunicação especificamente não é nem pode ser absoluta. Neste grau corresponde à anarquia. Seu fim é o início da liberdade de outrem. Como fronteira se lhe contrapõem a ordem e o interesse público, a segurança e os bons costumes. Só existirá

³⁵ Cf. *Colisão de Direitos*, pp. 133/134.

³⁶ Cf. Fernandes, Milton, in *Proteção Civil da Intimidade*, p. 218.

enquanto for igual para todos.”³⁶

Quanto às restrições à liberdade de informação, destaco os seguintes aspectos, transcrevendo lição de Serrano Neves:

“a) *ratione reipublicae* – óbices opostos ao princípio relacionado com ameaças ao princípio do núcleo intangível (cláusula pétrea), previsto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal;

b) *ratione gentium* – restrição ligada ao bom relacionamento entre as nações, envolvendo o próprio direito internacional (público ou privado);

c) *ratione personae* – a liberdade de imprensa não pode violar os direitos da personalidade;

d) *ratione materiae* – diz respeito a potencialidade de penetração da matéria divulgada, vale dizer, a proibição da imprensa *marron*;

e) *ratione auctoris* – é dever do jornalismo manifestar os fatos com inteira veracidade, sem deturpação dos fatos;

f) *ratione lectoris* – destaca o interesse do Estado na educação do povo, em especial da juventude, em nome da ética social, em sede de moralidade pública.”³⁷

Existe um direito de informar livremente, decorrente da própria inexistência e proibição de qualquer tipo de censura³⁸. É certo que toda informação, ou ao menos parte dela, guarda em si mesma um componente ideológico que muitas vezes diz respeito a posicionamentos políticos, ideológicos e artísticos da própria direção ou proprietários da empresa jornalística, o que acarreta uma série de condicionamentos que devem ser adequadamente confrontados. Vale dizer: pressupondo-se que a atividade jornalística tem como principal produto a informação, torna-se cada

³⁷ Cf. *Direito de Imprensa*, p. 127.

³⁸ V. art. 220 e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988.

vez mais complexa a seleção das notícias que atendam ao interesse do público receptor em prol da necessidade de manter a estrutura econômica da empresa.

5. OS ABUSOS DECORRENTES DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

O abuso de direito constitui, no seu exercício, além dos limites preestabelecidos pelo ordenamento e que gera o dano e, por consequência, o dever de indenizar. Para José Manoel Martin Bernal, o abuso de direito decorre essencialmente dos atos que excedam o seu uso normal e da normal tolerância³⁹.

Do ponto de vista teórico, a teoria do abuso do direito nem sempre teve aceitação tranqüila, embora continue plenamente reconhecida. Dessa forma, fundamentado o abuso do direito na teoria do ato ilícito – a culpa *lato sensu* –, seu fundamento legal, no Brasil, decorre do art. 160, inciso I, do Código Civil, uma vez que, se o exercício do direito for irregular, com certeza haverá o desvio de suas finalidades sociais, gerando, como se viu, o dano. Claro que, quando da divulgação de fatos ou notícias com abuso do direito de informar, cogita-se não propriamente de informação, mas de sua deformação, o que sempre viola o direito de intimidade, imagem, honra e vida privada do ofendido. Assim ocorre sempre que a informação é veiculada por simples motivo sensacionalista, sem preocupações ou compromissos com a verdade.

Do ponto de vista legal, no Brasil, a Lei de Imprensa cogita do abuso do direito de informar, ao estatuir expressamente, no seu art. 1.º: “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, *respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.*” Em igual sentido a

³⁹ Cf. *El Abuso del Derecho*, p. 217.

previsão do art. 12: “*Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.*” (Os destaques são meus).

Como se vê, quando a liberdade de imprensa não é exercida dentro dos parâmetros legais e constitucionais, a própria Lei de Imprensa prevê sanções de natureza penal e civil.

6. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTIMIDADE X LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Por colisão de direitos fundamentais entende-se a diversidade de interesse sobre direitos fundamentais de diferentes titulares alusivos ao mesmo objeto, de tal sorte que o exercício de uns venha a contrastar com o de outros. Assim, é possível que, diante de duas regras ou de dois princípios constitucionais, configure-se um conflito diante do qual o intérprete sintá-se em dúvida sobre qual delas, ou qual deles, deva prevalecer diante de um caso concreto. É dizer: no exercício de direitos fundamentais, é freqüente o choque entre eles ou o confronto desses direitos com outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Considerando esse conceito, pode-se afirmar que a colisão do direito à intimidade com a liberdade de comunicação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desse direito não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente.

É sabido, no entanto, que a liberdade de comunicação, tida como um direito fundamental que vai além da dimensão individual, por ser imprescindível para a formação da opinião pública qualificada e pluralista, o que é essencial para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito, não deve sofrer

restrições por parte de direitos ou bens constitucionais que lhe deixe totalmente desnaturalizada, o que conduz o intérprete a um grande dilema, traduzido, magistralmente, nas palavras de Richard F. Nixon: “*to achieve control of invasions of privacy whithout either the unlikely support of public opinion or suppression of the press.*”⁴⁰

Atente-se, no entanto, que o problema da colisão de direitos fundamentais não pode ser solucionado sem antes relacioná-lo com o instituto da antinomia jurídica, fenômeno inevitável no sistema jurídico em razão da dinamicidade do Direito, especialmente diante da febril atividade legiferante dos tempos modernos.

A teoria do ordenamento jurídico está fundada na unidade, na coerência e na completude⁴¹, elementos que fazem com que o Direito, no seu conjunto, se constitua num ordenamento, distinto das normas singulares que o compõem.

Pela unidade compreende-se o Direito como um sistema unitário de normas e trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas, diferentes da unidade preconizada pelo jusnaturalismo, que se refere à unidade substancial ou material, isto é, relativa ao conteúdo das normas.

Para explicar essa diferença, Kelsen fala de dois tipos diferentes de ordenamentos normativos: o *estático* (ao qual pertencem a moral e o direito concebido pelo jusnaturalismo) e o *dinâmico* (próprio do direito concebido pelo positivismo jurídico). Em face disso, para Kelsen,

“o sistema de normas que constitui o ordenamento jurídico possui, essencialmente, o caráter dinâmico, pois uma norma não vale porque possui este ou

⁴⁰ *apud*, Edilson Pereira de Farias, in *Colisão de Direitos*, p. 137.

⁴¹ A expressão utilizada por Norberto Bobbio é *completitude*. V. *O Positivismo Jurídico...*, p. 198.

aquele conteúdo; todo e qualquer conteúdo pode ser jurídico. Nesse tipo de sistema, a norma hipotética fundamental só fornece o fundamento de validade. O conteúdo das normas pode ser determinado por meio dos atos das autoridades que estatuem as normas positivas do sistema. A norma hipotética fundamental pressuposta do sistema normativo dinâmico refere-se tão-somente às formas procedimentais, pois institui o fato produtor de normas, conferindo poder a uma autoridade para emitir comandos jurídicos, determinando, assim, como devem ser criadas as normas gerais e individuais.”⁴²

A coerência e a completude são características estreitamente ligadas entre si, ainda que tal ligação nem sempre seja evidente. Carnelutti, citado por Bobbio⁴³, revela a relação entre coerência e completude do ordenamento, afirmando que, no Direito, podem ocorrer dois vícios: um por *excesso*, quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no ordenamento) e outro por *falta*, quando há uma norma a menos (lacuna). Conclusão: a incoerência do ordenamento é a situação em que há duas normas, a segunda incompatível com a primeira; a incompletude é a situação em que não há qualquer norma a ser aplicada.

Assim, pode-se afirmar que a coerência consiste em não se admitir no ordenamento normas incompatíveis entre si, o que é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual, existentes duas normas incompatíveis, somente uma delas pode fazer parte desse ordenamento, isto é, somente

⁴² Cf. Diniz, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 127.

⁴³ Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 202.

uma delas pode ser válida. Aspecto interessante deste ponto é o que indica as possíveis soluções para as eventuais antinomias verificadas no ordenamento. Resumidamente, pode-se afirmar que, diante de duas normas incompatíveis: a) segundo o *critério cronológico*, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); b) segundo o *critério hierárquico*, a norma de grau superior (estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*); segundo o *critério de especialidade*, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*).

Importa não esquecer que estes critérios não são suficientes para resolver todas as antinomias, existindo casos em que eles não podem ser aplicados: a) caso de conflito entre os próprios critérios (a uma mesma antinomia podem-se aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diferente); b) caso em que não é possível aplicar nenhum dos três critérios.

No conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico, prevalece o hierárquico. No conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico, prevalece o critério de especialidade. No conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, que são os dois chamados critérios fortes, torna-se difícil saber qual dos dois critérios prevalece. Para este último caso, aconselha e adverte Norberto Bobbio:

“Pode-se talvez recorrer ao critério fraco, o cronológico, como critério subsidiário para estabelecer a prevalência de um ou de outro dos dois critérios fortes: prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério de especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a

posterior. Em outros termos, uma norma superior geral precedente cede diante de uma norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com uma norma inferior especial precedente. Trata-se, entretanto, de uma solução que não é partilhada por toda a doutrina, como são partilhadas as soluções para os outros dois conflitos.”⁴⁴

Outra dificuldade ocorre quando nenhum dos três critérios de solução das antinomias é aplicável ao caso concreto, como quando há duas normas antinômicas e que são contemporâneas, paritárias e gerais. Aqui a solução se dá por outro critério: a prevalência da *lex favorabilis* sobre a *lex odiosa*, considerando-se *lex favorabilis* aquela que estabelece uma permissão e *lex odiosa* aquela que estabelece um imperativo (comando ou proibição), isto por que a situação normal do súdito é o *status libertatis*, sendo, por isso, a norma imperativa uma exceção, pelo que deve ceder se entrar em conflito com uma norma permissiva.

Adverte, no entanto, Bobbio⁴⁵ que o critério acima descrito somente se aplica quando a antinomia verificada é entre duas normas de Direito público, que regulam as relações entre o Estado e os cidadãos, sendo inservível quando o conflito se verificar entre duas normas de direito privado, que regulam relações entre cidadãos particulares. A eliminação de uma das normas, qualquer que seja ela, cria sempre uma vantagem em favor de um sujeito e um ônus em desfavor de um outro.

Adverte também Bobbio para outro caso não possível de ser solucionado pelo critério da *lex favorabilis*: quando ambas as

⁴⁴ Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 206.

⁴⁵ Cf. *O Positivismo Jurídico...*, pp. 206/207.

normas são imperativas, uma comandando e outra proibindo o mesmo comportamento. Trata-se, segundo Bobbio, de normas contrárias, e não de normas contraditórias. Como normas contrárias, eliminam-se reciprocamente e nenhuma das duas é válida, sendo válida, em verdade, uma terceira possibilidade, ou seja, a norma que nem comanda, nem proíbe, mas permite o comportamento questionado⁴⁶.

A completude do ordenamento jurídico constitui o ponto central do positivismo jurídico, estreitamente ligada ao princípio da certeza do Direito, significando negar a existência de lacunas na lei, o que é demonstrável por duas teorias diversas: a *do espaço jurídico vazio* e a *da norma geral exclusiva*.

Pela *teoria do espaço jurídico vazio*, cujos expoentes são Karl Bergbohm⁴⁷ e Santi Romano⁴⁸, fato não previsto em nenhuma norma é fato situado fora dos limites do Direito, sendo, pois, juridicamente irrelevante, inexistindo, dessa forma, lacuna na lei.

Já a *teoria da norma geral exclusiva*, que encontra em Zitelmann⁴⁹, primeiro, e Donati⁵⁰, posteriormente, na Itália, os seus maiores expoentes, assevera que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma nela contida implicitamente, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda norma

⁴⁶ Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 207.

⁴⁷ V., a esse propósito, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*.

⁴⁸ V. *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925) e *L'ordinamento giuridico* (1951).

⁴⁹ V. *Las lagunas del derecho* (1922) e *La ciencia jurídica* (1949).

⁵⁰ V. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910) e *Lacune della legge*, in *Nuovo Digesto Italiano – Vol. 7* (1938).

⁵¹ Cf. Bobbio, Norberto. *Op. cit.*, p. 209.

é dita geral e exclusiva)⁵¹.

Admitindo-se a existência de lacunas da lei em outro sentido – normas jurídicas nas quais se verifica um descompasso entre a letra e o espírito da lei ou entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador – tais normas podem-se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do Direito), tudo mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do Direito, recurso que é puramente interpretativo ou, mais precisamente, integrativo do Direito.

Retomando o objeto de discussão desta monografia, pode-se afirmar, com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a antinomia jurídica é

“a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias, num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento jurídico.”⁵²

O conceito de antinomia jurídica não se confunde com o de colisão de direitos. Este último conceito é mais amplo, tendo em vista que envolve o conflito entre direitos fundamentais que muitas vezes têm conteúdo aberto e variável, ou seja, a colisão ocorre, no dizer de J. J. Gomes Canotilho,

“quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”⁵³

⁵² Cf. Verbete *Antinomia*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 7, p. 14.

⁵³ Cf. *Direito Constitucional*, p. 657.

E, completando o entendimento, vale conferir esta passagem de Edilson Pereira de Farias:

“A ‘colisão de princípios’, ao revés do conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico (...)”, “vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro.”⁵⁴

Logo, a proposição a ser feita diz respeito com a solução do conflito entre dois princípios constitucionais específicos, quais sejam, verificada a impossibilidade de conciliação entre a liberdade de informar e o direito à intimidade, qual deve prevalecer? Seria possível imaginar soluções genéricas ou, ao contrário, somente no caso específico é que a colisão de direitos fundamentais pode ser resolvida?

Desde já, observe-se que a conciliação entre ambos os direitos é impossível, isto em face mesmo da tendência material de cada um levar à destruição do outro.

Não se pode, pois, deixar de reconhecer que a solução da questão só pode ocorrer no caso concreto submetido ao julgador e intérprete da norma por meio de construções doutrinárias, uma vez que, inexistindo hierarquia entre princípios ou regras

⁵⁴ Cf. *Op. cit.*, p. 96.

constitucionais, somente as circunstâncias ditadas por apreciações axiológicas poderão apurar de forma adequada qual a prevalência a ser dada.

7. INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO EM CASOS CONCRETOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A insuficiência de uma ordem hierárquica abstrata e absoluta entre interesses públicos e privados aparece sempre que entram em conflito princípios que, embora tendo como objetivo a proteção da pessoa humana, resultem em soluções jurídicas opostas, se considerados em si mesmos.

Esse tipo de problema aparece com freqüência nas decisões do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o Habeas Corpus N.º 71.373-4, cuja decisão está assim ementada:

INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE - EXAME DNA -
CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE
VARA”. Discrepa, a mais não poder, de
garantias constitucionais implícitas e
explícitas - preservação da dignidade
humana, da intimidade, da intangibilidade
do corpo humano, do império da lei e da
inexecução específica e direta de obrigação
de fazer – provimento judicial que, em ação
civil de investigação de paternidade,
implique determinação no sentido de o réu
ser conduzido ao laboratório, “debaixo de
vara”, para coleta do material indispensável
à feitura do exame DNA. A recusa resolve-
se no plano jurídico-instrumental,

⁵⁵ Cf. STF – HC N.º 71.373-4/RS – Tribunal Pleno – Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio – DJU de 22/11/1996, p. 45.686.

consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.⁵⁵

O caso apresenta-se riquíssimo em termos de colisão de direitos fundamentais: de um lado, o direito à integridade física e o princípio da legalidade; de outro, o direito à real identidade pessoal. Todos eles princípios essencialmente ligados à proteção da pessoa humana.

Tenho para mim que, nesse caso concreto, deveria prevalecer o interesse do investigando, sem prejuízo, assim, da integridade física do investigado. São as circunstâncias do caso que fornecem parâmetros para identificar os interesses em conflito e ordená-los reciprocamente. A integridade física, no caso considerado, parece configurar apenas interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, para além de qualquer dúvida, interesse público, de toda a coletividade.

Em outra hipótese, sob outras circunstâncias, a integridade física pode, ao contrário, sobrepor-se a um interesse considerado público. Pode-se exemplificar essa outra hipótese com o caso comentado por Alexy, onde se discute a admissibilidade da realização de uma audiência contra um acusado que, devido a uma cardiopatia, corre o risco de sofrer um infarto decorrente da tensão gerada por um ato daquela natureza. A decisão final foi no sentido de impedir a realização da audiência. Trata-se de um exemplo ilustrativo da importância em se configurar, nas palavras de Alexy, “uma relação de precedência condicionada”, ou concreta, entre dois princípios colidentes:⁵⁶

“El Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre

⁵⁶ Cf. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 92.

el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental'. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería 'prioridad *sin más*'. Más bien, el 'conflicto' debería ser solucionado 'a través de una ponderación de los intereses opuestos'. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (...)."⁵⁷

A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode servir a teses que, de um lado, defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público, já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo, nem que, de outro, invoquem este valor como fundamento para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado. Assim, seja qual for o ramo do Direito a que se refiram os institutos analisados, é definitiva a afirmação de Perlingieri no sentido de que

“gli istituti (...) hanno sempre presente sia l'interesse privato sia quello pubblico e soltanto in riferimento al singolo concreto istituto, alla singole concreta situazione che si esamina si potrà presentare

⁵⁷ Cf. *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁸ Cf. *La Personalità Umana Nell'Ordinamento Giuridico*, p. 12.

una prevalenza in termini quantitativi (non già qualitativi) dell'interesse individuale su quello pubblico, o viceversa”⁵⁸.

Estas e tantas outras questões suscitadas pelo problema da colisão de direitos fundamentais indicam um amplo campo de investigação jurídica ainda por explorar.

8. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A necessidade da solução da colisão de direitos fundamentais parte do pressuposto de que é inviável analisar uma disposição constitucional isoladamente em função do conjunto harmônico em que todas as regras e princípios constitucionais devem estar situados. É essencial a harmonização, pois

“a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada previsão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, se não imperativo, interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes”⁵⁹.

Não é também lícito ignorar que o sistema constitucional não se pode afastar do princípio essencial de que toda ordem jurídica deve gravitar em torno das bases insertas no art. 1.º, da Constituição Federal de 1988, em especial a prevista no seu inciso III, segundo a qual a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Na lição de Benda, Maihofer, Vogel e Hesse, a dignidade da pessoa humana possui conexão com os direitos fundamentais de liberdade ideológica e de consciência, liberdade de eleição

⁵⁹ Cf. Bastos, Celso Ribeiro, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 204.

profissional e de inviolabilidade de domicílio.

“Se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable”⁶⁰.

A dignidade da pessoa humana, pois, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, busca a valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio. A dignidade da pessoa humana é a garantia das condições mínimas de sobrevivência para que o homem possa exercer os direitos oportunos pela garantia de ser cidadão. Ou seja, numa perspectiva de um Estado Social, a dignidade da pessoa humana encontra expressão em um Estado ativo, atuante no sentido de proporcionar à comunidade o pleno respeito aos direitos humanos de segunda geração.

Já no referente à dignidade da pessoa humana dentro de uma perspectiva do Estado de Direito, percebe-se o dever de omissão relativo aos direitos de primeira geração. A garantia da liberdade de pensar deve respeitar tão somente, dentro dos limites da lei, a sua própria e de consciência. Eis por que a dignidade humana garante o ser humano enquanto indivíduo livre e moralmente responsável.

Em conclusão, pode-se afirmar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto devem ser oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, assim como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

⁶⁰ Cf. BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Jochen. HESSE, Konrad. et alii, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 123.

Trata-se, no entanto, de princípio constitucional também sujeito à colisão, uma vez que, só no caso concreto, será possível avaliar-se a sua precedência.

9. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES PARA A SOLUÇÃO

Considerando que os direitos fundamentais são outorgados por normas constitucionais com natureza de princípios, pelo que colisão de princípios e colisão de direitos fundamentais podem ser solucionadas pelos mesmos métodos, cumpre, agora, verificar os passos metodológicos indicados pela doutrina para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

A esse propósito, dizem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“Metodicamente, a solução do conflito de direitos articula-se, por um lado, com a delimitação do âmbito normativo de cada direito (pressupostos objetivos e subjectivos da existência de um direito e extensão da sua cobertura constitucional) e, por outro lado, com a reserva de lei restritiva. Daí a necessidade da distinção de vários planos ou instâncias: em primeiro lugar, há que determinar o âmbito normativo dos direitos, a fim de se verificar se existe ou não um verdadeiro conflito, pois pode acontecer que esta primeira etapa sirva logo para excluir hipóteses de conflitos, sendo estes apenas aparentes (ex.: não há conflito entre liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o

‘direito à difamação, calúnia ou injúria’); em segundo lugar, uma vez verificada a existência de um conflito autêntico, é preciso verificar se existe uma *reserva de lei restritiva* expressamente prevista na Constituição para algum dos direitos colidentes, pois, neste caso, a lei pode resolver o conflito de direitos através da restrição ou ingerência no respectivo âmbito normativo.”⁶¹

E continuam os dois mestres portugueses, indicando as soluções concretas e os instrumentos metódicos que devem ser utilizados nos diversos casos, sempre dependentes da natureza dos direitos e bens em conflito:

“a) se se trata de conflito entre dois direitos, liberdades e garantias cuja restrição através de lei (e portanto a solução legislativa do conflito) não é constitucionalmente autorizada, o intérprete ou concretizador da Constituição deve-se limitar a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos, não podendo privilegiar um direito a favor do outro;

b) se se trata de um conflito entre dois direitos, liberdades e garantias mas em que um está sujeito a reserva de lei restritiva e outro não, deve a lei assegurar uma eficácia ótima do direito não restringível e limitar o direito sujeito a reserva de lei restritiva, mas com observância estrita do princípio da proporcionalidade;

⁶¹ Cf. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

c) se o conflito se estabelece entre dois direitos, liberdades e garantias sujeitos a reserva de lei restritiva, o legislador pode fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos na medida necessária, estabelecendo, de forma proporcionada, a concordância prática entre ambos;

d) em caso de conflito entre direitos, liberdades e garantias não sujeitos a reserva da lei restritiva com outros direitos fundamentais (ex.: direitos econômicos, sociais e culturais) ou com outros bens constitucionalmente protegidos (defesa, saúde), devem prevalecer aqueles;

e) se o conflito surgir entre direitos, liberdades e garantias sujeitos a reserva de lei restritiva e outros bens ou direitos, há ainda prevalência dos primeiros, mas a lei pode introduzir restrições, de forma a salvaguardar a existência dos direitos ou bens com os quais eles estão em conflito.”⁶²

Na tarefa de solucionar a colisão de direitos fundamentais, é da maior importância a observância dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros fornecidos pela doutrina e pela hermenêutica constitucional.

Pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas do texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico, o que significa dizer que, uma vez inseridas na Constituição, as normas têm o mesmo valor, independentemente de seu conteúdo, isto é, de ser uma norma constitucional formal ou material.

⁶² Cf. *Op. cit.*, pp. 136/137.

O fato de afirmar que todas as normas do texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico não significa dizer que a Constituição é um conglomerado caótico e desestruturado de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância.

Na Constituição, existem duas modalidades distintas de normas: os princípios e as regras.

Volta à discussão, nesta oportunidade, a velha e tormentosa questão sobre a diferença existente, no âmbito do superconceito *norma*, entre regras e princípios. De fato, trata-se de uma tarefa particularmente complexa. Ainda que assim seja, a monografia comporta uma tentativa de explicação do assunto.

Deixe-se claro, por primeiro, que as regras e princípios são duas espécies de normas, e, portanto, a distinção entre regras e princípios não passa de uma distinção entre duas espécies de normas. Vários são os critérios sugeridos pela doutrina constitucional para se fazer essa distinção: o grau de abstração, o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a ‘proximidade’ da idéia de direito, a natureza normogênica, etc.

Qualquer que seja o critério utilizado, interessa-nos, sobretudo, a idéia de que os princípios, na sua qualidade de verdadeiras normas, são qualitativamente distintos das outras categorias normativas, as chamadas regras jurídicas. Para J. J. GOMES CANOTILHO, essas diferenças qualitativas se traduzem, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

“(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os

condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) 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 conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância,

⁶³ Cf. *Direito Constitucional*, pp. 173/174.

ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).”⁶³

Outro, aliás, não é o entendimento do nosso Celso Antônio Bandeira de Mello. A propósito do conceito de princípio, assim diz ele:

“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura

⁶⁴ Cf. *Elementos de Direito Administrativo*, pp. 299/300.

mestra.

Isto por que, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”⁶⁴

O princípio constitui, pois, em virtude de sua grande generalidade, regra básica e preeminente, vinculadora da interpretação e aplicabilidade de outras normas jurídicas, inclusive constitucionais. Diz Valmir Pontes Filho sobre o assunto:

“Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício, que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional.

Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infraconstitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com tais princípios, verdadeiros vetores para soluções interpretativas, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.”⁶⁵

Para Willis Santiago Guerra Filho, a questão da diferença entre princípios e regras se coloca assim:

“Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos (‘tatbestande’) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (‘proibido’,

⁶⁵ Cf. ‘Federalismo e Autonomia Municipal’, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 85, jan./mar 85, pp. 139-150.

‘obrigatório’, ‘permitido’), enquanto aqueles outros - os princípios - não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídica e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que os princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado ‘sopesamento’ (Abwägung), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as conseqüências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas, por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que, apesar de contraditórios, não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada de um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes.”⁶⁶

É exatamente em razão da importância de que se reveste o

⁶⁶ in *Ensaio de Teoria Constitucional*, p. 47.

conceito de princípios que, nos últimos tempos, tem-se salientado bastante a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou, na ausência dela, no caso da qualificação como ‘fato permitido’). Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a sua ocorrência, extraindo a consequência normativamente prevista. Eles devem ser entendidos como indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com tantas outras opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que, em determinado caso concreto, podem-se conflitar uns com os outros, quando já não são, mesmo *in abstracto*, conflitantes entre si.

Assim, é necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações entre princípios e regras para chegar à vontade unitária da Constituição, evitando-se exatamente as contradições, as antinomias e antagonismos aparentemente existentes nas normas da Constituição.

“O princípio da unidade da Constituição obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.”⁶⁷

O princípio da concordância prática ou da harmonização, formulado por Konrad Hesse, está ligado aos princípios da unidade

⁶⁷ Cf. Bastos, Celso Ribeiro, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 99.

⁶⁸ Cf. Bonavides, Paulo, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 345.

da Constituição, do efeito integrador e da proporcionalidade, e “... impõe ao intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”⁶⁸.

Fundamenta-se o princípio da concordância prática na idéia de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Por isso, a interpretação não pode ter como resultado o sacrifício de um bem constitucional em detrimento de outros. Deve-se, nessa tarefa, estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de modo a se conseguir uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionais.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, a sua aplicação clássica e tradicional tem sido na esfera do direito administrativo. Entretanto, tem sido descoberto, nos últimos tempos, pelos constitucionalistas como importante princípio de interpretação para o direito constitucional, ganhando força de fato a partir do momento em que as declarações de direito deixaram de ser entendidas como meras declarações, sem nenhuma efetividade, e se tornaram atos de legislação vinculantes.

O princípio da proporcionalidade é um elemento essencial de apoio e proteção dos direitos fundamentais, pois fornece critérios para as limitações a esses direitos. É composto, segundo a doutrina, por três subprincípios:

a) Adequação: deve-se identificar o meio adequado para se alcançar um fim de interesse público, o que envolve também o exame da adequação ou validade do fim;

b) Necessidade: o meio escolhido não haverá de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim almejado; deve-se escolher o meio menos nocivo aos interesses dos indivíduos;

c) Proporcionalidade *stricto sensu*: deve-se escolher o meio

que, no caso específico, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.

Encontra-se, na doutrina, quem proponha a solução para a colisão de direitos fundamentais adotando uma escala com determinada hierarquia de direitos constitucionais que permita dirimir a questão, tendo em conta parâmetros abstratos, como é o caso de Ramon Daniel Pizarro⁶⁹. Outros, ainda, como é o caso de Paulo José da Costa Júnior, se inclinam pela prevalência do direito à intimidade “(...) por estar ele inscrito em todas as consciências, ao passo que o direito da imprensa de noticiar é um direito meramente formal”⁷⁰.

A Constituição Federal de 1988 admite restrição à liberdade de comunicação, conforme é possível verificar do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,

⁶⁹ Cf. *Detrás de las Noticias*, p. 63.

⁷⁰ Cf. *Op. cit.*, p.69.

observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3.º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art.221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4.º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5.º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6.º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

No dizer de Gilmar Ferreira Mendes, o dispositivo constitucional acima transcrito veicula uma reserva de lei qualificada para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, devendo-se levar em conta principalmente a vedação “do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”⁷¹, não constituindo a liberdade de expressão um direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

A norma infraconstitucional que, no Brasil, trata da liberdade de expressão e informação é a Lei N.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regula a responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público⁷².

Também a Lei N.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, que dispõe sobre a política nacional de informática, protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas⁷³.

O direito alienígena não se tem furtado a dar sua resposta. Tribunais constitucionais de outros países, especialmente dos Estados Unidos, têm partido da chamada *preferred position* em abstrato da liberdade de imprensa em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade democrática. Assim, no direito comparado, a prevalência é pela liberdade de informação quando configurado o confronto com o direito à intimidade. Tal preferência, no entanto, cede se a notícia não possuir um interesse público relevante e não for verdadeira, correta e honesta.

⁷¹ Cf. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 91.

⁷² V. art. 49, § 1.º.

⁷³ V. art. 2.º, inciso VIII.

Qualquer que seja o critério adotado, no entanto, a solução adotada deve necessariamente levar em consideração os princípios da razoabilidade ou da ponderação de bens envolvidos, especialmente o que dele decorre, o princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição de excesso), originário do direito público alemão e que orienta o intérprete no sentido de que, numa ponderação, terá como tarefa precisamente a materialização das valorações, incumbindo-lhe, por isso, efetuar a valoração sem esquecer os princípios jurídicos e com a ajuda de um pensamento orientado a valores. No dizer de Raquel Denize Stumm,

“O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.”⁷⁴

Tenha-se sempre presente que a liberdade de imprensa constitui uma exceção ao direito à intimidade, e, mesmo com caráter de exceção, há determinados interesses ou assuntos relacionados com o interesse público perante os quais a proteção à vida privada não poderá prevalecer.

10. CONCLUSÃO

Entendo que o direito-dever à liberdade de informação tem relevante função social nas atuais sociedades de massa, sendo, no entanto, necessário que essa importância não venha a desnaturalizar o direito à intimidade do ser humano.

⁷⁴ Cf. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 81.

Só a imposição de fortes sanções pecuniárias em razão dos abusos praticados pelos profissionais de imprensa, inclusive as pessoas jurídicas, pode exercer um devido controle sobre os meios de comunicação, não se devendo temer nem mesmo o aparecimento da chamada “indústria de reclamar indenizações por danos morais”, isto por que, se se pode imaginar a existência dessa tal “indústria”, força é concluir que há um pressuposto e antecedente lógico, que é a própria matéria-prima que justifica a conseqüência.

No exercício dos direitos fundamentais, é comum a ocorrência de choque entre esses direitos fundamentais com outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, constituindo tal fenômeno o que a doutrina denomina tecnicamente de colisão de direitos fundamentais.

Na colisão entre a liberdade de comunicação e o direito à intimidade, assunto objeto da presente monografia, deve ser utilizada a ponderação de bens para sua solução, o que já vem sendo feito pela jurisprudência. A vantagem de sua aplicação está no fato de que a ponderação de bens constitui um método racional, uma vez que podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, de acordo com as leis de colisão e da própria ponderação.

Como de óbvia sabença, é ao influxo de critérios axiológicos ou valorativos que a interpretação contextual vê a realidade de cada norma da Constituição. É assim enxergando, mantém a unidade material dessa mesma Constituição. Vale dizer: os valores que se contêm nos princípios atraem para o seu próprio serviço, para a sua própria causa, os fatos que se verbalizam em cada preceito. Por exemplo: coíbe-se o homicídio em homenagem ao valor da preservação da vida humana. Com o que se tem, no interior da Constituição rígida, um ordenamento de matiz axiológico e, no

seu exterior, um ordenamento de traço hierárquico. Aqui, ressalte-se, não faz qualquer sentido especular sobre a unidade formal da Constituição, porque nenhuma norma constitucional originária pode, logicamente, dispor acerca do processo de elaboração de outra igualmente originária. Esta, aliás, uma das características centrais ou especificidades ônticas da Constituição: o já nascer com sua unidade formal assegurada em plenitude.

Formulando essa idéia de forma mais precisa, é possível afirmar que os princípios têm a particularidade de irradiar sua materialidade para outras normas, sejam as que venho denominando de regras, sejam mesmo aquelas veiculadoras de princípios menores ou subprincípios. Em qualquer das duas hipóteses, são eles que fazem da Constituição uma densa rede de vasos comunicantes de natureza eminentemente interaxiológica.

Avançando, sucessivamente, dos valores menores para os valores maiores da Constituição, o intérprete vai revelando o caráter sistêmico ou orgânico dela própria, de tipo conteudístico. Alcançado o topo da pirâmide axiológica – não hierárquica, ressalte-se – da Constituição, o intérprete vai encontrar o valor-dos-valores, o valor-síntese, o valor-continente por excelência, aquela “idéia central de Direito” (Burdeau), em suma, que está para os demais valores como um dado ponto inicial e fixo no espaço está para a alavanca de Arquimedes.

Nesse valor constitucional de estatura suprema, Pablo Lucas Verdu apõe o rótulo de “fórmula política”, assim referido nestes comentários de Willis Santiago Guerra Filho, retomando as clássicas lições de Konrad Hesse sobre a tópica hermenêutica constitucional:

“O primeiro e principal princípio é o da unidade da Constituição, o qual determina que se observe a independência

das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na decisão fundamental do constituinte, naquilo que Pablo Lucas Verdu chama de fórmula política. Para o eminente catedrático da Universidade de Madri, ‘fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social’ (texto remissionado, p. 2).”⁷⁵

A doutrina e a jurisprudência alemãs, em tema de hermenêutica constitucional, põem toda a ênfase ou todo o acento na unidade da Constituição, e não propriamente na sua rigidez formal. Um pouco diferente do nosso pensar e agir constitucionais, cujo ponto de partida metodológico é exatamente a rigidez formal.

Dentro da Constituição, pois, cada norma vai buscar a sua justificativa política e a sua *raison d’être* operacional em outra norma, não de mais alta hierarquia, porém de mais dilargado raio de alcance material. E assim de regra para princípio e de princípio menor para princípio maior, a Constituição auto-irroga-se a virtude da unidade sistêmica: uma unidade material ou de substância, exclusivamente, em contraposição à unidade concomitantemente formal e material do Direito pós-Constituição.

Agora, já é possível afirmar que o valor-dos-valores, o valor-síntese da Constituição, a “fórmula política” de Verdu, outra coisa

⁷⁵ Cf. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 57.

não é senão o próprio ser da Constituição. Aquilo que a Constituição é, acima de tudo. A sua quintessência. No meu sentir, o ser das Constituições, ao menos daquelas nascidas de uma Assembléia Constituinte, está na democracia, tanto formal quanto material. Democracia é, pois, o nome que se dá ao fenômeno da responsabilização do povo pelas decisões coletivas de caráter imperativo, a simbolizar que ele mesmo é quem escreve a sua história de vida político-jurídica e, assim, assume todas as rédeas do seu próprio destino. Nisso, fica legitimada a utilização do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação de bens, quando da ocorrência da colisão de direitos fundamentais.