

JEANE KARLA BAHR

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO –
UM ESTUDO DE COLISÃO DE DIREITOS**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharela em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

JEANE KARLA BAHR

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – UM ESTUDO DE COLISÃO
DE DIREITOS**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Professor Doutor Alvaeir Alfredo Nicz
Universidade Federal do Paraná

Professor Eliseu de Moraes Correa
Universidade Federal do Paraná


Professora Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 07 de novembro de 2002

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	3
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO	3
1.1.1 De direitos históricos a direitos fundamentais	3
1.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais	5
1.2 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
1.2.1 Insuficiência do método hermenêutico tradicional	6
1.2.2 Teorias dos direitos fundamentais	9
1.2.3 Teoria estrutural de Robert Alexy	12
1.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.3.1 A natureza principal das normas de direitos fundamentais	13
1.3.2 Princípios e regras	14
1.3.3 A lei de colisão	16
2 LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.1 INTERVENÇÃO LEGISLATIVA	18
2.1.1 Normas conformadoras	19
2.1.2 Normas restritivas	20
2.1.3 Núcleo essencial como limite às restrições	21
2.2 LIMITES IMANENTES	23
2.2.1 Limites implícitos	23
2.2.2 Fundamentação teórica	23
2.2.3 A concretização dos limites imanentes	25
2.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.3.1 Conceito e espécies de colisão	26
2.3.2 Formas de resolver a colisão de direitos fundamentais	27
2.3.3 A ponderação como método de solução de colisões	28
3 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	30
3.1 CONTEXTO DEMOCRÁTICO DA INFORMAÇÃO	30
3.1.1 Informação e participação	30
3.1.2 Desenvolvimento histórico	31
3.2 CONTEÚDO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	32
3.2.1 Liberdades conexas	32
3.2.2 Dupla dimensão da liberdade de informação	33
3.3 LIMITE INTERNO DA VERACIDADE	35
3.3.1 O direito à informação verdadeira	35
3.3.2 Dever de diligência do informador	36
4 DIREITOS DA PERSONALIDADE	38
4.1 DIREITO À HONRA	38

4.1.1 Honra subjetiva e honra objetiva	38
4.1.2 Alcance da proteção	39
4.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	40
4.2.1 Vida privada e intimidade – direitos autônomos	40
4.2.2 Alcance da proteção	41
4.3 DIREITO À IMAGEM	43
4.3.1 Extensão do conceito	43
4.3.2 Limites ao direito à própria imagem	44
5 RESOLUÇÃO DAS COLISÕES	46
5.1 SOLUÇÃO PELA PONDERAÇÃO	46
5.1.1 Caso Lebach	47
5.2 A COLISÃO NO DIREITO COMPARADO	49
5.2.1 A jurisprudência da Suprema Corte Americana	49
5.2.2 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão	50
5.2.3 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol	50
5.3 A COLISÃO NO DIREITO BRASILEIRO	52
5.3.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	52
5.3.2 Intervenção legislativa como tentativa de resolver a colisão	54
5.3.3 Critérios para a ponderação	56
CONCLUSÕES	59
REFERÊNCIAS	62

RESUMO

A presente dissertação trata da colisão entre a liberdade de informação e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. Tem como referencial teórico a natureza preponderantemente principial dos direitos fundamentais, o que permite a solução da referida colisão pelo método da ponderação de bens. Para tanto, utiliza os subsídios fornecidos pela moderna teoria dos princípios, com especial atenção para a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy. Expõe a evolução histórica dos direitos fundamentais e a conseqüente positivação, o que explica o fato de serem limitáveis. Analisa as teorias dos direitos fundamentais e, com isso, permite compreender a natureza desses direitos, que têm, essencialmente, característica de princípios. Procura situar a colisão no contexto dos limites aos direitos fundamentais, buscando diferenciá-la das normas restritivas e dos limites imanentes. A partir daí, ingressa no estudo específico da liberdade de informação e dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, procurando definir o seu âmbito de proteção e alcance normativo. Por fim, ingressa no estudo específico da colisão que é o objeto desse trabalho. A proposta metodológica apresentada é a ponderação de bens, que se operacionaliza pelo princípio da proporcionalidade. Após destacar o método na jurisprudência de tribunais constitucionais de outros países, demonstra que também vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, apresentando-se como a melhor forma de resolver a colisão, retingindo o mínimo possível os direitos em pugna.

INTRODUÇÃO

A liberdade de informação, assegurada pela Constituição Federal “independentemente de censura” (art. 5º, IX), é considerada um dos pilares dos regimes democráticos, eis que, ao ampliar o espaço de discussão, contribui para a formação da opinião pública pluralista.

Todavia, como qualquer outro direito, a liberdade de informação não é absoluta, submetendo-se aos limites previstos no texto constitucional. Dentre eles, estão os chamados direitos da personalidade: o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Mais do que simples limites, esses direitos, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, foram consagrados na Constituição como direitos fundamentais autônomos (art. 5º, X). Como direitos em si, quando entram em confronto com a liberdade de informação, tem-se uma autêntica colisão de direitos fundamentais.

A tensão dialética entre a liberdade de informação, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro, tem-se revelado um dos casos mais frequentes de colisão de direitos fundamentais das modernas sociedades de massa. O fenômeno é conseqüência, sobretudo, do extraordinário avanço tecnológico dos meios de comunicação nas últimas décadas: na “era da informação”, a notícia transforma-se em mercadoria, propiciando, muitas vezes, uma verdadeira expropriação dos direitos da personalidade em nome da curiosidade alheia.

Tal invasão na esfera normativa dos direitos da personalidade reflete o paradoxo expresso por URABAYEN: “Se o século XVIII assistiu à luta pela liberdade de imprensa frente ao Estado, o século atual presenciou uma rigorosa batalha para defender as pessoas dos excessos dessa liberdade”¹.

Neste contexto, torna-se de fundamental importância analisar a colisão entre a li-

¹ *Apud* DOTTI, René. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980, p. 128.

berdade de expressão e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, não só pela frequência com que ocorrem, mas sobretudo pela dificuldade de sua solução. Tratando-se de direitos fundamentais igualmente protegidos pela Constituição Federal, não passíveis de fixação de hierarquia entre si, questão tormentosa se impõe: qual desses valores deverá prevalecer?

No deslinde da problemática, far-se-á incursão obrigatória pela teoria dos direitos fundamentais. A teoria dos princípios, base da teoria estrutural, explica a natureza preponderantemente principal dos direitos fundamentais, tese nuclear desta investigação.

O segundo capítulo será dedicado a explicitar o fenômeno da colisão no contexto dos limites aos direitos fundamentais, apresentando a proposta da ponderação de bens como forma de composição de conflitos.

O terceiro e o quarto capítulos tratarão, separadamente, dos direitos em confronto, procurando definir-lhes o alcance normativo e, assim, estabelecer critérios que poderão balizar a ponderação entre eles.

Por fim, enfrentar-se-á a controvertida colisão entre a liberdade de informação e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, procurando-se demonstrar como a questão vem sendo resolvida no direito comparado e também no direito brasileiro.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

1.1.1. De direitos humanos a direitos fundamentais

O caráter histórico dos direitos fundamentais é destacado por diversos autores². Norberto BOBBIO defende esta perspectiva afirmando que “...os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos de certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”³.

A evolução dos direitos fundamentais se dá em 3 fases, conforme destaca Ingo W. SARLET, que acompanha a lição de K. STERN: a origem nas idéias filosóficas; o período de elaboração das doutrinas jusnaturalistas; e a fase da positivação ou constitucionalização, iniciada com as Declarações do Século XVIII.⁴

Embora seja certo que os primeiros direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, não se pode, porém, negar que na filosofia clássica estão as raízes de valores como a liberdade e a igualdade dos homens. Neste sentido a lição de PÉREZ LUÑO: “Así, las ideas de la igualdad natural de todos los hombres y la creencia en leyes no escritas anteriores y superiores a las del Estado, que ya obligaban a la Antígona de Sófocles, iban penetrando en la conciencia política de la cultura occidental”⁵. VIEIRA DE ANDRADE, porém, lembra que a essas idéias não

² Entre eles, ver: PÉREZ LUÑO. Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6. ed. Madri: Tecnos, 1995, p. 108 e ss. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36 e ss. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 37.

⁵ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 109.

pode ser atribuída a dimensão de direitos humanos, uma vez que a cidade ou a república se fundavam numa instituição em que se perdiam totalmente os horizontes da humanidade: a escravatura⁶.

Na Idade Média, com as concepções cristãs e, em especial, com o pensamento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, assume especial relevo o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que vai se incorporar à tradição jusnaturalista⁷. Esta doutrina, por sua vez, desenvolve a idéia de direito subjetivo e, a partir do século XIV, substitui a vontade divina pela “natureza ou razão das coisas”⁸. Mas é no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, no apogeu da elaboração doutrinária do contratualismo, que se desenvolve a concepção individualista⁹ da sociedade e a teoria dos direitos naturais. Principalmente com LOCKE, a teoria contratual “conduzirá à defesa da autonomia privada, essencialmente cristalizada no direito à vida, à propriedade e à liberdade”¹⁰. Neste contexto, segundo José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, define-se a “possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem”¹¹, delineando o caminho para as Revoluções Americana e Francesa.

Símbolos desse processo histórico, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marcam a terceira fase da evolução dos direitos fundamentais: a da positivação ou constitucionalização¹². Nesta fase, os

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 12.

⁷ SARLET, *A eficácia...*, p. 39.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 512.

⁹ BOBBIO explica que, segundo a concepção individualista, os indivíduos vêm antes do Estado e, portanto, a eles cabem primeiramente os direitos e depois os deveres, invertendo-se esta ordem para o Estado. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 60).

¹⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 514.

¹¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 13-14.

¹² Na lição de PEREZ LUÑO, o processo de positivação dos direitos fundamentais começa na Idade Média, tendo como documento mais importante a Magna Carta, de 1215. Apesar de ser um pacto entre o rei da Inglaterra e a nobreza, as liberdades previstas na Magna Carta seriam o ponto de partida para as declarações de direitos ingleses do século XVII, nomeadamente a *Petition of Rights*, de

direitos fundamentais ganham força normativa e vinculante definitiva. Nasce o Estado de Direito. Nas palavras de PÉREZ LUÑO: “En efecto, en las Declaraciones de derechos del siglo XVIII se halla presente el germen de todos los principios que forman el substrato ideológico del moderno régimen constitucional”¹³.

1.1.2. As dimensões dos direitos fundamentais

Desde o reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais sofreram diversas transformações e passaram a se manifestar na ordem institucional, de maneira gradativa, em três dimensões¹⁴ sucessivas, havendo autores que identifiquem ainda uma quarta dimensão.

Segundo lição já usual na doutrina, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões giram em torno dos três princípios básicos da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Desta forma, os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade ou, como afirma Paulo BONAVIDES, os direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, sendo “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁵.

Os direitos de segunda dimensão “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”¹⁶ e se consagraram no século XX, especialmente nas Constituições do segundo pós-guerra. Caracterizam-se por garantir aos indivíduos direitos a prestações sociais, como assistência social,

1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. (PÉREZ LUÑO, Antonio E., **Derechos Humanos...**, p. 112-115). Alguns autores não aceitam a Magna Carta como início da positivação dos direitos fundamentais, por reconhecer apenas privilégios aos estamentos sociais. Neste sentido, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, p. 512; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 25.

¹³ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 212-213.

¹⁴ Alguns autores preferem o termo “gerações de direitos”, porém optou-se pelo termo “dimensões” por se acreditar, consoante a mais moderna doutrina, que melhor expressa o processo de expansão e fortalecimento dos direitos fundamentais.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

¹⁶ *Ibid.*, p. 518.

saúde, educação, trabalho, entre outros. Porém, como oportunamente observa Ingo W. SARLET, não se esgotam nos direitos de cunho positivo, abrangendo ainda as “liberdades sociais”, de que são exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve e também o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁷.

Usualmente denominados como direitos da fraternidade ou da solidariedade, os direitos de terceira dimensão possuem como nota distintiva a titularidade coletiva, destinando-se ao “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”¹⁸. Dentre os direitos de terceira dimensão mais citados estão os direitos à paz, ao meio ambiente e qualidade de vida, ao desenvolvimento, à conservação do patrimônio histórico e à comunicação¹⁹.

Alguns autores preconizam ainda a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Neste sentido, no direito pátrio, a posição de Paulo BONAVIDES, que diz ser esta quarta dimensão o resultado da globalização dos direitos fundamentais, o que corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Segundo o constitucionalista cearense, compõem esta quarta dimensão os direitos à democracia (no caso, a democracia direta), à informação e ao pluralismo²⁰.

1.2. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2.1. Insuficiência do método hermenêutico tradicional

A determinação do sentido das normas de direitos fundamentais tem o objetivo de descobrir nelas regras jurídicas aplicáveis. E, como integram o catálogo de direitos expressos na Constituição, a interpretação dos direitos fundamentais, necessariamente, insere-se no âmbito da

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 50.

¹⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 523.

¹⁹ Cf., dentre outros, BONAVIDES, *op. cit.*, p. 523, e SARLET, *op. cit.*, p. 51.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, p. 524-525.

interpretação constitucional. Mesmo não sendo possível, no contexto deste trabalho, estudar com a profundidade merecida os complexos problemas que levantam a hermenêutica jurídica, algumas breves considerações são necessárias para a compreensão da interpretação dos direitos fundamentais.

Até meados do século passado o direito constitucional foi, nas palavras de JAVIER PEREZ ROYO, “um direito sem interpretação”²¹. Predominava a metodologia clássica do positivismo, com o seu dedutivismo formalista desenvolvido a partir da idéias de SAVIGNY para o Direito Privado²². A insuficiência das técnicas tradicionais de interpretação no direito constitucional foi apontada pelos publicistas mais modernos porque equipara a Constituição à lei. Neste sentido, afirma Paulo BONAVIDES: “Tratar a Constituição exclusivamente como lei é de todo impossível. Constituição é lei, sim, mas é sobretudo *direito*, tal como a reconhece a teoria material da Constituição”²³.

Grande defensor da aplicação das regras clássicas, o jurista alemão FORSTHOFF contestou firmemente as acusações de inaptidão desses métodos para a interpretação constitucional. Para ele, “uma Constituição é sobretudo um ‘sistema de artificios técnico-jurídicos’, com uma forma típica, que deve ser mantida com um certo *conservadorismo interpretativo*, para que não se dissolva a *legalidade*”²⁴.

A posição de FORSTHOFF foi duramente criticada. Para PÉREZ LUÑO, “a argumentación de FORSTHOFF bajo la apelación al principio de la certeza de la norma constitucional contiene el peligro subyacente de vaciar de contenido gran parte del estatuto de los derechos fun-

²¹ Apud BONAVIDES, *op. cit.*, p. 533.

²² As regras tradicionais de interpretação seriam, basicamente, as definidas por SAVIGNY no século XIX e posteriormente aperfeiçoadas. O resultado interpretativo seria obtido por dedução lógica considerando-se os quatro elementos que dão sentido à norma: gramatical, sistemático, histórico e lógico – este, transformado em elemento teleológico. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 116-117).

²³ BONAVIDES, **Curso...**, p. 535. BONAVIDES refere-se à Nova Hermenêutica, que fixou novos rumos ao direito constitucional, desenvolvida inicialmente por juristas alemães na década de 70.

²⁴ Apud ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 117.

damentais...”²⁵. Segundo FRIEDRICH MÜLLER, é correto exigir rigor técnico na interpretação da Constituição, porém,

é incontestável que as regras da interpretação de SAVIGNY expressamente não foram formuladas para o Direito Público e o Direito Constitucional. Tanto menos se pode reconhecer nos direitos fundamentais e na maioria das normas restantes da Constituição enquanto ‘lei política’ institutos apreensíveis de forma puramente técnica, cuja realização não deve formular para a hermenêutica e metodologia jurídicas nenhum problema que transcenda o *organon* silogístico²⁶.

Entre os autores que defendem uma nova interpretação constitucional, é pacífico o entendimento de que as disposições constitucionais têm características diferentes das leis ordinárias. Nas palavras de GOMES CANOTILHO:

sendo os preceitos constitucionais *modos* de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direcção política e uma adaptação concreta do programa constitucional²⁷.

Assim, se a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação é contestada no campo da interpretação constitucional, esta contestação é especialmente forte em relação aos preceitos de direitos fundamentais. VIEIRA DE ANDRADE explica apontando a qualidade específica das normas de direitos fundamentais: são normas abertas, constituídas por afirmações de princípios e que possuem a estrutura de “programas de fim”. Portanto, “não pode pretender-se que aqui a interpretação seja a procura de uma *vontade* preexistente, à qual o intérprete deve ‘obediência’, pois as normas não contêm uma regulamentação concreta definitiva ou inequívoca: não há uma vontade pré-determinada, há sim um *problema* normativo a resolver”²⁸.

²⁵ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, p. 285.

²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 37. *Apud* STEINMETZ, Wilson A. *Colisão de direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 192-193.

²⁸ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 121.

Com efeito, os mecanismos clássicos de interpretação não bastam para o preenchimento de conceitos indeterminados: Por exemplo, na Constituição brasileira, como definir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art 1º, III)? Ou o direito dos cidadãos à liberdade ou à igualdade (art. 5º, *caput*)?

A aceitação do caráter aberto e indeterminado das normas de direito fundamental suscita uma outra discussão: como garantir o princípio da eficácia imediata destes direitos e a exigência de unidade de sentido da Constituição? A questão exige uma breve incursão pelas teorias dos direitos fundamentais²⁹, o que se fará a seguir.

1.2.2. Teorias dos direitos fundamentais

Os constitucionalistas alemães contemporâneos dedicaram especial atenção às teorias dos direitos fundamentais, em razão da importância que elas assumem no domínio da hermenêutica constitucional. Observa BONAVIDES que “são empregadas não raro, como *topoi* ou seja, como pontos de vista, da livre escolha do intérprete, conforme a natureza do caso ou do problema sobre o qual recai a tarefa cognitiva”³⁰. Para BÖCKENFÖRDE, as teorias de direitos fundamentais são a expressão de determinadas concepções de Estado, bem como de noções básicas que presidem as relações do indivíduo com o Estado³¹.

É de BÖCKENFÖRDE, aliás, a mais influente classificação das teorias dos direitos fundamentais: a liberal, a do Estado social, a democrático-funcional, a institucional, e a axiológica³².

²⁹ Conforme ressalta BONAVIDES (*Curso...*, p. 534), toda teoria dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria da Constituição. Esta, porém, requer uma investigação própria que extrapolaria os objetivos do trabalho. Para uma visão panorâmica da Teoria da Constituição Contemporânea, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1181-1291.

³⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 560

³¹ *Apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 560.

³² Uma sinopse mais completa da classificação de BÖCKENFÖRDE pode ser acompanhada na obra de STEINMETZ, Wilson A. *Colisão...*, p. 104-108. Ver também: CANOTILHO, J. J. Gomes.

A) Teoria liberal dos direitos fundamentais

A teoria liberal parte do pressuposto de que a liberdade é pré-estatal, ou seja, não é constituída pelo Estado. Ao Estado, portanto, não compete a realização efetiva da liberdade, sendo esta uma liberdade “*sín más*”³³. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais são apenas direitos de defesa. Segundo BÖCKENFÖRDE, o problema fundamental da teoria liberal é “su relativa ‘ceguera’ frente a los presupuestos sociales de realización de la libertad de los derechos fundamentales”³⁴.

B) Teoria do Estado social

Apenas para uma referência rápida, em contraposição à teoria liberal está a teoria do Estado Social, que busca a realização da liberdade *real*. Assim, os direitos fundamentais também traduzem pretensões de prestações sociais pelo Estado³⁵.

C) Teoria democrático-funcional

A teoria democrático-funcional enfatiza a dimensão pública e política dos direitos fundamentais. A liberdade é um meio para garantir o processo democrático de formação da vontade política³⁶.

D) Teoria institucional dos direitos fundamentais

Para esta teoria, que tem em HÄBERLE o seu principal defensor, os direitos fundamentais são institutos. Isto significa que, para serem considerados como tal, devem ser invocados efetivamente pelo maior número de pessoas e produzir um efeito estabilizador o mais alto possível em relação ao “todo da Constituição e da ordem social”³⁷.

Direito Constitucional, p. 516-523. Classificações de outros autores são apresentadas por BONAVIDES, *op. cit.*, p. 561-565.

³³ Expressão de BÖCKENFÖRDE, *apud* STEINMETZ, Wilson A. **Colisão...**, p. 105.

³⁴ *Apud* STEINMETZ, *op. cit.*, p. 105.

³⁵ *Ibid.*, p. 107.

³⁶ BÖCKENFÖRDE, *apud* STEINMETZ, *op. cit.*, p. 106.

³⁷ HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz**. 3ª ed. Heidelberg, 1983 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 544-545.

VIEIRA DE ANDRADE reconhece que a teoria institucional pode contribuir para fortalecer objetivamente alguns direitos fundamentais, mas alerta para “o perigo de transformar os direitos em meros reflexos jurídicos, dependentes afinal dos ‘deveres institucionais’ e, portanto, vulneráveis à estatização”³⁸.

E) *A teoria axiológica dos direitos fundamentais*

Segundo a teoria axiológica, os direitos fundamentais se apresentam como um sistema de valores da comunidade. São preceitos que exprimem opções constitucionais de valor. Daí, que não são apenas pretensões subjetivas, mas, acima de tudo, normas objetivas³⁹.

Construída a partir da teoria da integração⁴⁰ de SMEND, a teoria axiológica ganhou autonomia e novas perspectivas entre os constitucionalistas. Para muitos, pareceu oferecer a solução para o problema da colisão de direitos fundamentais. A crítica mais contundente à teoria axiológica vem de FORSTHOFF, para quem a argumentação com base em um sistema de valores implica o abandono da positividade do Direito Constitucional, conduzindo à impossibilidade de controle do subjetivismo nas decisões judiciais⁴¹.

STEINMETZ chama atenção para o risco de se estabelecer uma hierarquia de valores, inaceitável juridicamente. Isso ocorreria, por exemplo, se um valor fosse considerado superior em todos os casos concretos. “Contudo, no caso de colisão, a superioridade interpretativa dos valores (superiores) deve ser *apenas* um elemento, um ponto de vista, um *topoi*, entre outros, a ser considerado na ponderação de bens”⁴².

³⁸ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 60.

³⁹ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁰ A teoria da integração, de SMEND, criada durante a Constituição de Weimar, defende a idéia de que o Estado constrói-se por meio de um processo de integração “em e de uma comunidade de valores”. (STEINMETZ, *Colisão...*, p. 108).

⁴¹ *Apud* STEINMETZ, *op. cit.*, p. 116-117.

⁴² *Ibid.*, p. 120.

1.2.3. Teoria estrutural dos direitos fundamentais de ALEXY

Segundo Robert ALEXY, as teorias materiais⁴³ de direitos fundamentais, tipificadas por BÖCKENFÖRDE, apresentam dois problemas básicos: são teorias abstratas e, mais grave, unipontuais, porque expressam *uma* tese básica cada uma, o que seria impensável dada a variedade e complexidade desses direitos⁴⁴.

A combinação das várias teorias supramencionadas, como faz a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, também é criticada por ALEXY:

En contra de una teoría combinada surge de inmediato la objeción de que ella no ofrece teoría alguna que pueda guiar las decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino solo una colección de *topoi* sumamente abstractos que pueden ser utilizados según se desee⁴⁵.

Admitindo, porém, uma vantagem na teoria combinada, que é a pluralidade de pontos de vista, ALEXY propõe uma teoria integrativa, partindo de uma teoria estrutural. Apresentada à comunidade jurídica alemã na década de 80 como uma teoria geral dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn, ganhou universalidade e tornou-se referência obrigatória entre os publicistas contemporâneos.

Trata-se de uma teoria dogmática, caracterizada por três dimensões: a analítica, a normativa e a empírica. Explica ALEXY que a teoria estrutural é, primeiramente, analítica, porque investiga os conceitos, a influência e a fundamentação dos direitos fundamentais. Tendo como matéria mais importante a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, é uma teoria empírico-analítica. Por fim, sendo guiada pela pergunta sobre a decisão correta do ponto de vista dos direitos fundamentais e da fundamentação racional destes direitos, possui um caráter normativo-analítico⁴⁶.

A base da teoria estrutural dos direitos fundamentais é a teoria dos princípios e a

⁴³ São teorias materiais porque procuram atribuir um sentido, dar uma explicação determinada aos direitos fundamentais.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 37.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶ ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 39.

teoria das posições jurídicas básicas. Nestas, ALEXY segue a *teoria dos quatro status* de JELLINEK⁴⁷ e, com a teoria dos princípios, o autor procura reabilitar a tão criticada axiologia dos direitos fundamentais. Fundamental para o estudo que aqui se desenvolve, a teoria dos princípios requer análise mais detalhada, conforme se fará a seguir.

1.3. A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.3.1. A natureza dos direitos fundamentais

Robert ALEXY lembra que, com frequência, as normas de direitos fundamentais são chamadas de “princípios”. Ou então, de maneira menos direta, a natureza de princípio aparece quando são referidas como “valores”, “objetivos”, “fórmulas abreviadas”⁴⁸.

Para Wilson STEINMETZ, a natureza principal das normas de direitos fundamentais decorre da sua dimensão objetiva. “Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípios”⁴⁹.

Entretanto, ALEXY afirma que, embora com maior frequência apresentem-se como princípios, as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo, podendo se apresentar também como regras: “...se hace referencia al carácter de reglas de las normas de derechos fundamentales cuando se dice que la Constitución debe ser tomada en serio como ley o cuando se señala la posibilidad de una fundamentación deductiva, también en el ámbito de los derechos fundamentales”⁵⁰. Por isso, segundo o autor alemão para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante distinção teórico-estrutural é a distinção entre regras e princípios, sendo esta uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

⁴⁷ Na lição do publicista alemão JELLINEK, a posição do indivíduo em relação ao Estado pode ser definida por quatro espécies de situações jurídicas (*status*): *status* passivo, *status* ativo, *status* negativo e *status* positivo e. Ver: ALEXY, *op. cit.*, p. 247-266; e SARLET, *A eficácia...*, p. 153-157.

⁴⁸ ALEXY, *op.cit.*, p. 82.

⁴⁹ STEINMETZ, *Colisão...*, p. 136.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 82.

1.3.2. Princípios e regras

A insuficiência do tradicional modelo positivista, atribuindo ao direito uma estrutura sistêmica formada por regras e preso à idéia de validade, revelou sua inadequação para dar conta de toda a experiência jurídica. Com isso, o direito passou a reclamar um novo modelo de racionalidade, o qual pudesse superar a idéia de aplicação da regra jurídica a partir do esquema subsuntivo. Ou seja, nesse paradigma que rompe com o positivismo, o direito não decorre de uma tarefa intelectual consistente no confronto entre a previsão legal e os contornos do fato, de modo que, havendo coincidência, deve ser acatada a solução previamente dada. Ao contrário, o componente axiológico do direito comparece para sepultar qualquer tentativa de atribuir ao jurista a qualidade de um expectador desinteressado pelo material que maneja.

É nesse contexto que os princípios ganham sua força, aposentando a tese que lhes retirava o caráter normativo. O reconhecimento de sua indispensabilidade assegurou uma nova dimensão ao direito.

De fato, como salienta CANOTILHO, a existência de regras e princípios permite a descodificação da estrutura sistêmica, possibilitando a compreensão do direito como um sistema aberto. Assim,

um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. (...) O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema⁵¹.

Dessa necessária composição do fenômeno normativo, a partir de sua categorização em regras e princípios, surge a necessidade de se estabelecer a distinção entre um e outro.

A doutrina, em sua grande maioria, na distinção entre princípios e regras, tem destacado o relevante papel que os princípios exercem, apresentando-os como pautas gerais de valo-

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, p. 174-175.

ração ou preferências valorativas, cujo grau de generalidade impede a sua aplicação imediata. No entanto, exatamente por seu alto grau de abstração, o sistema jurídico não pode prescindir destes corretivos ou fugas, sob pena de produzir um divórcio entre direito e justiça.

Assim, aos princípios sempre estão associadas palavras como “guia”, “fonte geradora”, “alicerce”, “causa”, “origem”, “finalidade”, “objetivo”, “essência” e “máxima”. Ou seja, são palavras que, mesmo estando a indicar um caminho, não o faz de modo preciso, categórico ou definitivo.

Isso fez com que CANOTILHO apontasse as seguintes diferenças qualitativas entre princípios e regras⁵²:

a) enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, vinculadas aos modais obrigado, vedado e permitido, os princípios são normas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização. Ou seja, enquanto que as regras são ou não cumpridas (tudo ou nada), de modo que as antinômicas se excluem, os princípios têm convivência conflitual e coexistem, sem exclusão;

b) por serem normas de otimização, os princípios permitem um balanceamento de valores e interesses, de acordo com os pesos daqueles que são conflitantes, enquanto que as regras não permitem outra solução além daquela por ela mesma prevista, pois se ela *vale* seu cumprimento deve ocorrer na exata medida;

c) os conflitos entre princípios permitem uma harmonização, enquanto que a antinomia de regras, por confrontar fixações normativas definitivas, impõe a exclusão de uma delas, dada a insustentabilidade simultânea de regras contraditórias;

d) enquanto os princípios suscitam problemas de validade e peso, as regras colocam apenas questões de validade.

Robert ALEXY também se ocupou do tema⁵³ e apresentou como ponto decisivo para a distinção entre princípios e regras o fato de que os princípios são normas que ordenam que algo

⁵² *Ibid.*, p. 173-174.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86-87.

será realizado na maior medida possível, caracterizando-os como “mandados de otimização”. Ou seja, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. Estas últimas são delimitadas pelos princípios e regras opostos.

As regras, por sua vez, são normas que só podem ser cumpridas ou descumpridas, de modo que, se uma regra é válida, deve-se agir exatamente de acordo com o seu comando – nem mais e nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

E conclui: “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es bien una regla o un principio”⁵⁴.

1.3.3. A lei de colisão

O critério qualitativo mostra-se essencial quando se analisam hipóteses de conflitos de regras e de colisão de princípios. Assim, um conflito de regras somente pode ser solucionado de dois modos: ou introduzindo-se uma cláusula de exceção em uma das regras ou declarando a invalidade de uma delas. Já quando há uma colisão entre dois princípios, um deles tem que ceder ao outro. Porém, segundo ALEXY,

esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Mas bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa⁵⁵.

Um dos fundamentos da teoria dos princípios sustentada por ALEXY é a lei de colisão, com a qual procura descrever a estrutura das soluções de colisão. Valendo-se de um caso concreto⁵⁶, ALEXY chega à seguinte fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio pre-

⁵⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁵⁵ ALEXY, *Teoria...*, p. 89.

⁵⁶ ALEXY usa como exemplo um caso de incapacidade processual analisado pelo Tribunal Constitucional alemão, na qual trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência quando o acusado corre o perigo de sofrer um infarto (*Op. cit.*, p. 90-95).

cede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁵⁷.

A metodologia é coerente com a noção de princípios como mandatos de otimização, entre os quais não existem relações absolutas de precedência, sendo que esta só pode ser estabelecida no caso concreto. Portanto, partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais possuem essencialmente a característica de princípios, em caso de colisão entre eles, um direito deverá prevalecer ante o outro.

⁵⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 94.

2. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste momento da investigação não será novidade afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Sobre este tema, VIEIRA DE ANDRADE afirma que “além dos limites ‘internos’, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites ‘externos’, pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade”⁵⁸.

Conclui o autor português que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, em regra, como um “conflito prático entre valores”⁵⁹. Esse conflito, porém, pode se manifestar de formas diferentes, como será demonstrado a seguir, acompanhando a lição mais corrente na doutrina constitucional.

2.1. INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

Duas razões principais justificam a necessidade de intervenção legislativa no desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, muitos desses direitos são formulados em termos vagos e dependem de normas editadas pelo legislador para serem efetivados. Em segundo lugar, a intervenção do legislador ordinário torna-se indispensável para prevenir colisão de direitos fundamentais ou conflitos destes com outros valores constitucionais⁶⁰. Daí a importância em se distinguir entre normas conformadoras e normas restritivas de direitos fundamentais.

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 213.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 214.

⁶⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000, p. 88.

2.1.1. Normas conformadoras

As normas conformadoras, também chamadas normas configurativas, são aquelas que “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”⁶¹. Segundo VIEIRA DE ANDRADE, neste caso, “a intenção não é restringir, mas, pelo contrário, assegurar praticamente e fortalecer o direito fundamental constitucionalmente declarado”⁶².

Nesses casos, o constituinte confere ao legislador ordinário um *poder de conformação*, permitindo que a lei concretize ou densifique determinado direito fundamental. É o que se verifica, por exemplo, no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado promoverá, **na forma da lei**, a defesa do consumidor”.

Wilson A. STEINMETZ ressalta que a conformação não decorre de uma necessidade jurídica, pois os direitos fundamentais gozam de eficácia imediata. “Trata-se apenas de uma necessidade prática para uma máxima efetividade social dos direitos”⁶³. É importante assinalar ainda que o poder de conformação do legislador não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria. Neste sentido, Gilmar Ferreira MENDES identifica dois deveres do legislador relacionados ao poder de conformação dos direitos fundamentais: o *dever de preservar*, uma vez que eventual supressão pode lesar tais direitos, e o *dever de legislar*, isto é, “um dever de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo”⁶⁴.

⁶¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 647.

⁶² ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 228.

⁶³ STEINMETZ, *Colisão...*, p. 40.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e sua limitações. In: _____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 217.

2.1.2. Normas restritivas

As normas restritivas de direito fundamental são aquelas que atingem ou afetam conteúdo de direito fundamental, ou seja, “restringem posições que, *prima facie*, estão incluídas no domínio de protecção dos direitos fundamentais”⁶⁵. Por isso, segundo CANOTILHO, o exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do âmbito de protecção das normas que instituem esses direitos e garantias para, assim, observar se a lei restritiva respeita os limites a ela impostos pela Constituição.

Para CANOTILHO, a delimitação do âmbito de protecção é uma tarefa metódica, que exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista dois aspectos: a determinação dos bens jurídicos protegidos e a extensão dessa protecção, e a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição ou autorizadas por ela por meio de reserva de lei restritiva⁶⁶.

A compreensão da problemática das restrições de direitos exige uma distinção entre os dois tipos de restrições: as estabelecidas diretamente pela Constituição e as restrições indiretamente constitucionais⁶⁷.

Na lição de ALEXY, as restrições diretamente constitucionais⁶⁸ são cláusulas restritivas expressas que convertem um direito *prima facie* em um não-direito definitivo⁶⁹. “Su peculiaridad consiste en que ha sido el propio legislador constitucional quien ha formulado la restricción definitiva”⁷⁰. Com efeito, o próprio texto constitucional que consagra um direito

⁶⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 647.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 614.

⁶⁷ CANOTILHO também inclui entre os tipos de restrições, os limites estabelecidos tacitamente pela Constituição. Neste trabalho, porém, optou-se por acompanhar a lição de Vieira de ANDRADE, destinando um item próprio para a análise dos limites imanentes (ver 2.2, *infra*).

⁶⁸ Esta terminologia é utilizado por ALEXY e CANOTILHO. Outros autores, como GAVARA DE CARA, preferem falar em “limites internos”.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 278.

⁷⁰ *Id.*

fundamental pode dispor também sobre limites a esse direito. Exemplo paradigmático é previsto no inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal, que consagra o direito de reunir-se, desde que pacificamente, sem armas e que não frustre outra reunião.

Por sua vez, as restrições indiretamente constitucionais⁷¹ são aquelas impostas por lei, mediante prévia autorização da Constituição. Esta hipótese se manifesta mediante cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei. Como ensina Gilmar Ferreira MENDES, as reservas de lei podem ser simples ou qualificadas⁷². Na reserva de lei simples, a Constituição não prescreve nenhum requisito para a lei restritiva. Exemplo desse tipo de reserva estabelecida pela Constituição Federal está no art. 5º, inciso XV, ao consagrar a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz a qualquer pessoa, nos termos da lei. Já na reserva legal qualificada, o texto constitucional estabelece os pressupostos a serem observados pelo legislador ordinário. É exemplo na Constituição Federal o inciso XII do artigo 5º, que autoriza hipóteses de quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mas sempre sob autorização judicial e apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

2.1.3. Núcleo essencial como limite às restrições

A autorização constitucional de restrições aos direitos fundamentais não significa, porém, que tais direitos fiquem à disposição do legislador. Afinal, segundo o conhecido postulado de Herbert KRÜGER, “la validez de las leyes se medirá en función de los derechos fundamentales y no los derechos fundamentales en función de las leyes”⁷³.

Neste sentido, são ilustrativos alguns dos requisitos apontados no art. 18, n. 2 e 3 da Constituição Portuguesa de 1976: qualquer restrição deve ser autorizada pela Constituição; as leis restritivas devem revestir-se de caráter geral e abstrato; uma restrição só deverá ser

⁷¹ As restrições indiretamente constitucionais também podem ser chamadas de “limites externos” (cf. GAVARA DE CARA, **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 159; STEINMETZ, *op. cit.*, p. 32).

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais...**, p. 232-239.

⁷³ *Apud* GAVARA DE CARA, *op. cit.*, p. 147.

admitida para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁷⁴; e, acima de tudo, as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

Este último requisito é apontado pela doutrina constitucionalista como o mais importante limite às restrições de direitos fundamentais, evitando que estes fiquem à mercê do legislador. VIEIRA DE ANDRADE refere-se ao núcleo essencial como o “coração do direito”, espaço de maior intensidade valorativa, que “não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar de existir”⁷⁵.

Dois teorias se confrontam sobre a proteção do núcleo essencial: a teoria objetiva e a teoria relativa. Para a primeira, o núcleo essencial possui um conteúdo normativo irrestringível, que não pode ser relativizado por qualquer direito ou interesse contraposto. De acordo com a teoria relativa, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação de bens, devendo ser definido para cada caso⁷⁶.

Segundo Gilmar Ferreira MENDES, as duas teorias apresentam fragilidades: a teoria absoluta pode converter-se numa fórmula vazia, uma vez que a determinação desse mínimo essencial não se caracteriza em abstrato, pois pressupõe o confronto com outros direitos; já a teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais, o que “acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional”⁷⁷. Assim, propõe a fórmula conciliadora de HESSE, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias, mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Neste caso, “a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, deven-

⁷⁴ ANDRADE (**Direitos fundamentais...**, p. 232) refere-se a este dispositivo como o “princípio da excepcionalidade da restrição”. Para CANOTILHO (**Direito Constitucional**, p. 628-629), trata-se do “princípio da proibição do excesso”, no sentido de que qualquer restrição deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

⁷⁵ ANDRADE, *op. cit.*, p. 232.

⁷⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 632.

⁷⁷ MENDES, **Os direitos individuais...**, p. 245.

do também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”⁷⁸.

2.2. LIMITES IMANENTES

2.2.1. Limites implícitos

Muitos direitos fundamentais são previstos no texto constitucional sem reserva de lei ou restrição direta. Isso não significa, porém, que sejam insuscetíveis de qualquer restrição, pois, conforme já analisado, não há direitos absolutos. Na definição de CANOTILHO, os limites imanes são “limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens”⁷⁹.

A partir desse conceito se impõe diferenciar limites imanes de colisão de direitos, por vezes referidos como fenômenos semelhantes. Segundo Vieira de ANDRADE, no caso dos limites imanes não se pode falar propriamente em conflitos, uma vez que “é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos exclui da respectiva esfera normativa determinado tipo de situações”⁸⁰. Por isso, segundo o autor, nem se questiona, por exemplo, invocar a liberdade artística para pintar no meio da rua, ou ainda, invocar o direito de propriedade para não pagar impostos⁸¹. São, portanto, limites que estão implícitos no sistema constitucional.

2.2.2. Fundamentação teórica

Como nos limites imanes não há uma norma (constitucional ou legal) de restrição dos direitos fundamentais, a doutrina vem procurando justificá-los de várias formas. Segundo a “cláusula da comunidade”, desenvolvida pelo Tribunal Superior Administrativo ale-

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 616.

⁸⁰ ANDRADE, **Os direitos fundamentais...**, p. 217.

⁸¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 216.

mão, um direito fundamental pode ser restringido quando põe em perigo bens jurídicos da comunidade. Esta posição foi duramente criticada, principalmente pela ausência de um fundamento constitucional⁸². Para CANOTILHO⁸³, a “cláusula da comunidade” colocaria os direitos fundamentais à disposição do legislador, acabando por neutralizar o giro copernicano assinalado por KRUGÜER, segundo o qual são as leis que devem se mover no âmbito dos direitos fundamentais e não o contrário⁸⁴.

A cláusula da comunidade foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional alemão, que criou a “fórmula imanente”, “en virtud de la cual sólo mediante la justificación en base a derechos fundamentales de terceras personas que entren en colisión y a otros valores jurídicos con rango constitucional pueden ser limitados y configurados los derechos fundamentales”⁸⁵. A “fórmula imanente” também recebeu críticas, principalmente por não estabelecer as regras de argumentação para definir a prevalência de um dos direitos em questão⁸⁶.

Para outros autores, os limites imanentes seriam dados pelos “limites de não perturbação”, ou seja, cada direito seria limitado pela existência de outros direitos, evitando-se o prejuízo dos outros⁸⁷. O problema desta teoria, como observa CANOTILHO, é que um direito não pode estar “já, de antemão, limitado por reservas de ‘amizade’ ou de ‘não danosidade’”⁸⁸.

Acompanhando a lição de ALEXY, CANOTILHO define os limites imanentes como “o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais que leva à exclusão definitiva, num caso concreto, de uma protecção que *prima facie*, cabia no âmbito de um direito,

⁸² GAVARA DE CARA, **Derechos fundamentales...**, p. 173.

⁸³ CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 619.

⁸⁴ ver nota 16, supra.

⁸⁵ GAVARA DE CARA, *op. cit.*, p. 283

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ ANDRADE, **Os direitos fundamentais...**, p. 218.

⁸⁸ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 620.

liberdade e garantia”⁸⁹. Trilhando o mesmo caminho, Suzana de Toledo BARROS conclui que a existência de limites imanentes decorre do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais⁹⁰.

2.2.3. A concretização dos limites imanentes

Na tese defendida por Wilson STEINMETZ, uma teoria dos limites imanentes só tem utilidade prática se concebida como uma construção dogmática para justificar restrições legislativas a direitos fundamentais sem reserva de lei. Do contrário, tratando-se apenas de interpretação jurisprudencial, os limites imanentes restariam absorvidos pela noção de colisão de direitos fundamentais. Nas palavras do autor: “o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição como um todo”⁹¹.

A assertiva merece reflexão cuidadosa. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA afirmam haver hipóteses que, embora pareçam colisão de direitos, são de fato situações que exigem apenas a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos. Por exemplo, não haveria colisão entre a liberdade de expressão e a honra em casos de calúnia, difamação e injúria, uma vez que não está coberto pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão o “direito à difamação, calúnia ou injúria”⁹². Vieira de ANDRADE concorda que em hipóteses como essa não há verdadeiramente colisão, e que, portanto, “a solução do problema não tem

⁸⁹ *Ibid.*, p. 621. O método da ponderação, citado por Canotilho, será analisado ainda neste capítulo (ver item 2.3.3).

⁹⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 168.

⁹¹ STEINMETZ, Wilson A. **Colisão...**, p. 61.

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 136.

que levar em conta o direito invocado, porque ele *não existe* naquela situação”⁹³. Assim, só pode admitir-se como legítima uma lei que *declare* limites iminentes, ou seja, que comprima os direitos fundamentais apenas na aparência. Por exemplo, não pode ser considerada restritiva a lei que proíbe os abusos no exercício da liberdade de informação⁹⁴.

2.3. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3.1. Conceito e espécies de colisão de direitos fundamentais

Na definição de Vieira de ANDRADE, “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”⁹⁵. O conteúdo aberto e variável dos direitos fundamentais é apontado pela doutrina como o principal motivo para explicar o fenômeno das colisões⁹⁶. O argumento de LARENZ é preciso: “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada”⁹⁷.

ALEXY distingue duas espécies de colisão de direitos fundamentais: em sentido estrito e em sentido amplo. Colisões em sentido estrito ocorrem “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências nega-

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 217.

⁹⁴ A referência aqui é feita à Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 220.

⁹⁶ Neste sentido, ver: FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**, p. 116; STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais**, p. 63.

⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575. *Apud* STEINMETZ, *op. cit.*, p. 63.

tivas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”⁹⁸. Nas colisões em sentido estrito, os direitos fundamentais colidentes podem ser idênticos ou diferentes⁹⁹. Nas colisões em sentido amplo, há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos¹⁰⁰.

2.3.2. Formas de resolver a colisão de direitos fundamentais

A possibilidade de solução dos conflitos por via legislativa é apontada por STEINMETZ: “Conhecendo o mundo dos fatos, o Poder Legislativo se antecipa e prescreve regras de solução para prováveis colisões que se manifestarão na vida social”¹⁰¹. Como exemplos de solução pela via legislativa, o autor cita: o sistema do processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito; a Lei 7.783/89, que regulamenta o direito de greve em serviços ou atividades essenciais; a Lei 9.296/96, que estabelece as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica por ordem judicial; e as hipóteses legais de exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez¹⁰².

Evidentemente, porém, a via judicial é a mais freqüente na solução das colisões de direitos. E isso ocorre principalmente porque a colisão sempre se dá em concreto, sendo im-

⁹⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 69-71. Como exemplo de colisão entre direitos fundamentais idênticos pode-se citar a intenção de dois grupos políticos opostos de manifestar-se no mesmo local e horário. Exemplo de colisão entre direitos fundamentais diferentes é o objeto desta investigação: a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 71-72. Entre os exemplos citados por ALEXY está o da colisão entre as liberdades individuais e a segurança pública.

¹⁰¹ STEINMETZ, *Colisão...*, p. 70. Sobre a solução legislativa dos conflitos, ANDRADE argumenta que muitas situações de conflito são tão freqüentes, que muitas já estão regulamentadas por normas ordinárias, “o que levanta a questão da fronteira entre os conflitos de direitos propriamente ditos e as restrições de direitos”. (ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 220, nota 13).

¹⁰² STEINMETZ, Wilson A. *Op. cit.*, p. 70.

possível para o legislador prever todas as hipóteses de conflito. Ao intérprete-aplicador, segundo Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, caberia inicialmente determinar o *Tatbestand* (o âmbito de proteção) dos direitos envolvidos para confirmar a existência de colisão, ou excluí-la desde logo, caso trate-se tão somente de hipótese de determinação de limites imanentes¹⁰³. Confirmada autêntica colisão, cabe ao juiz “realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo”¹⁰⁴.

2.3.3. A ponderação como método de solução de colisões

Compreendidas as normas de direitos fundamentais com características essencialmente de princípios, ou seja, como *mandatos de otimização*, a colisão entre elas deve ser resolvida pelo procedimento da ponderação. A ponderação de bens é um método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, determinando qual deles deverá prevalecer no caso concreto¹⁰⁵. Segundo Raquel D. STUMM, a ponderação “decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico”¹⁰⁶.

Explica ALEXY que o mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade¹⁰⁷. Os dois primeiros são o princípio da adequação do meio utilizado e o da necessidade desse meio¹⁰⁸. A ponderação, também referida como

¹⁰³ CANOTILHO e MOREIRA, **Fundamentos da Constituição**, p. 136.

¹⁰⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**, p. 122.

¹⁰⁵ STEINMETZ, **Colisão...**, p. 140.

¹⁰⁶ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 80.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais...**, p. 77.

¹⁰⁸ *Id.* Na decisão do Tribunal Constitucional alemão, “o meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo de direitos fundamentais”. BverfGE 30:292(316), *apud* MENDES, *op. cit.*, p.248.

princípio da proporcionalidade em sentido estrito, implica que “los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”¹⁰⁹. Em outras palavras, o princípio exige que o meio utilizado seja proporcional em relação ao fim.

Segundo ALEXY, a ponderação deve ocorrer em três fases: “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”¹¹⁰.

Afastando as críticas¹¹¹ de que a ponderação não é um método racional, ALEXY argumenta que os enunciados de preferência resultantes de tal procedimento são fundamentados pela lei da ponderação: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹¹².

Na tarefa da ponderação, além do princípio da proporcionalidade, poderá o intérprete orientar-se pelos princípios da unidade da constituição e da concordância prática. O primeiro impõe a leitura das normas constitucionais em seu conjunto, todas elas no mesmo patamar hierárquico, de forma que, numa situação de conflito, se extraia de cada uma delas o exato alcance de seu comando normativo. Segundo o princípio da concordância prática, na ponderação o intérprete terá de comprimir o alcance de ambas as normas, devendo evitar o sacrifício total de um bem jurídico por outro igualmente protegido¹¹³.

¹⁰⁹ BVerfGE 35:382 (401) *apud* STEINMETZ, *op. cit.*, p. 152, nota 474.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais**, p. 78.

¹¹¹ O método da ponderação recebeu críticas especialmente de Friedrich MÜLLER, em *Juristische Methodik*. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 167.

¹¹² ALEXY, *op. cit.*, p. 167.

¹¹³ CANOTILHO e MOREITA, **Fundamentos da Constituição**, p. 44.

3. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

3.1. CONTEXTO DEMOCRÁTICO DA INFORMAÇÃO

3.1.1. Informação e participação

A liberdade de expressão e de informação é considerada um dos pilares das modernas sociedades democráticas. Justifica-se a afirmação pelo importante papel que desempenha esta liberdade na formação da opinião pública, entendida aqui como a tomada de posição da sociedade a partir do debate público.

Na lição de Jean Marie AUBY e Robert DUCOS-ADER, “a finalidade da informação é, ainda que a título imediato, a abertura do conhecimento. (...) Dando aos homens elementos de conhecimento sobre o meio humano e material que os envolve, ela tende a aclarar o seu poder de ação, tornando-o menos empírico e instintivo”¹¹⁴.

Outrossim, a informação é pressuposto para a participação de todos no processo democrático. Neste sentido, afirma DESANTES: “Informar é ajudar a participar aos demais: informar é promover a participação; a informação, tanto ativa como passivamente já é uma forma de participação”¹¹⁵.

A centralidade da informação nas democracias contemporâneas também revela-se pela essencialidade do discurso na prática política. Para Hannah ARENDT, “quase todas as ações políticas, na medida em que permanecem fora da esfera da violência, são realmente realizadas por meio de palavras”¹¹⁶.

¹¹⁴ *Apud* DOTTI, René. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980, p. 159.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 161.

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35.

3.1.2 Desenvolvimento histórico

A Inglaterra foi o primeiro país a discutir a liberdade de expressão e de imprensa, em especial quando o Parlamento, em 1695, decidiu não renovar o “*Licensing Act*”, que previa censura prévia¹¹⁷. Era ainda uma liberdade restrita a poucos privilegiados que conseguiam arcar com as pesadas taxas incidentes sobre a atividade de imprensa.

Coube à França o pioneirismo em reconhecer esta liberdade como direito fundamental. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assim dispôs em seu art. XI: “A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei”.

Outros documentos internacionais reconhecem a liberdade de expressão e de informação. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU, proclama em seu artigo 19: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber, transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Mais recentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – consagra: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras”¹¹⁸.

Observa Celso BASTOS que tais disposições tardaram a repercutir no Brasil e, justamente por isso, a Constituição Federal de 1988 optou por consubstanciar repetidamente a liberdade de expressão e informação em seu texto¹¹⁹. Com efeito, várias disposições normativas da Lei Maior regulam essa liberdade, sendo as principais: art. 5º, IV, que assegura a livre

¹¹⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 15.

¹¹⁸ *Apud* FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 162.

¹¹⁹ BASTOS, Celso. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. **Revista Forense**, São Paulo, v. 349, p. 43-51, jan.-mar. 2000, p. 44.

manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato; art. 5º, IX, que diz ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; art. 5º, XIV, que assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, “quando necessário ao exercício profissional”. Essas disposições são reforçadas no art. 220 e seus parágrafos, disciplinando a liberdade de informação no âmbito da Comunicação Social.

A separação entre as normas do art. 5º e a do art. 220, mais que mera repetição, demonstra a distinção entre as liberdades conexas à liberdade de informação.

3.2. CONTEÚDO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

3.2.1. Liberdades conexas

Costuma-se afirmar que a liberdade de informação é decorrente da liberdade de pensamento. Por certo, não há de se conceber uma liberdade de pensamento se este não puder ser exteriorizado. Nas palavras de Edilson P. de FARIAS, seria uma liberdade de “escasso valor sem a correspondente possibilidade de expressar-se ou difundir-se”¹²⁰.

Neste contexto, salienta Celso BASTOS que a liberdade de religião, garantida pelo inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, também compõe a liberdade de expressão, vez que “sem a liberdade de crer ou de ter opinião, não se pode falar em liberdade de exprimi-las”¹²¹. Portanto, as liberdades de pensamento, de opinião e de crença dependem para a sua concretização das liberdades de expressão e de informação.

Embora essas duas últimas possam ser expressas como sinônimos, a doutrina tem preferido assentar a distinção entre elas. Assim, a liberdade de expressão teria como objeto a “expressão de pensamentos, idéias e opiniões, conceito amplo dentro do qual devem incluir-se também as crenças e os juízos de valor”. A liberdade de informação compreenderia “o direito

¹²⁰ FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 160.

¹²¹ BASTOS, *op. cit.*, p. 44.

de comunicar e receber livremente informação sobre fatos, ou talvez mais restringidamente, sobre fatos que se pode considerar noticiáveis”¹²².

Aduz Edilsom P. de FARIAS que a importância dessa separação entre liberdade de expressão e de informação se revela na densificação do âmbito de proteção desses direitos fundamentais. Citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o autor explica que enquanto os fatos são suscetíveis de prova da verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação. Portanto, apenas a liberdade de informação estaria sujeita ao limite interno da veracidade¹²³.

Quando a liberdade de informação é exercida pelos meios de comunicação de massa, fala-se em liberdade de imprensa. Neste sentido, é assegurada pela Constituição Federal em seu art. 220 e parágrafos. Para os fins desta investigação, todavia, prefere-se a expressão “liberdade de informação” em sentido lato, compreendendo a liberdade de expressão e a de imprensa.

A amplitude do termo reflete as duas dimensões da liberdade de informação: direito individual e direito coletivo.

3.2.2. Dupla dimensão da liberdade de informação

Na sua origem, a liberdade de informação estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica contra o absolutismo¹²⁴. Segundo René Ariel DOTI, nesta concepção oitocentista, a liberdade de informação se caracteriza como expressão das chamadas “liberdades espirituais”, compreendendo a liberda-

¹²² GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p. 271. *Apud* FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 163.

¹²³ FARIAS, *op. cit.*, p. 164. O limite interno da veracidade, aplicado à liberdade de informação, será analisado no item 3.3.1.

¹²⁴ FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 166.

de de opinião e a liberdade de expressão do pensamento¹²⁵.

Para além da dimensão individualista-liberal, hodiernamente revela-se a liberdade de informação notadamente em uma dimensão coletiva: contribui para a formação de uma opinião pública pluralista¹²⁶. Sem embargo das críticas que possam ser dirigidas contra a manipulação da opinião pública, fato é que a liberdade de informação, especialmente em sua manifestação pela imprensa, amplia o espaço de discussão – este essencial para o funcionamento dos regimes democráticos¹²⁷.

Acrescida dessa perspectiva de instituição, a liberdade de informação inclui tanto o *direito de informar* quanto o *direito de ser informado*¹²⁸. Acompanhando a lição de Albino GRECO, esclarece José Afonso da SILVA que o primeiro “coincide com a liberdade de manifestação de pensamento *pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão*”; o segundo “indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”¹²⁹.

¹²⁵ DOTTI, **Proteção da vida privada...**, p. 156. O professor René Dotti classifica as liberdades públicas em individuais e coletivas. As primeiras se sub-dividem em: liberdade da pessoa física (sendo exemplos: a faculdade de livre disposição pessoal, a liberdade de circulação e a inviolabilidade de domicílio) e liberdades espirituais (a liberdade de opinião e a liberdade de expressão do pensamento).

¹²⁶ FARIAS, *op. cit.*, p. 167.

¹²⁷ Não se trata, por certo, de erigir a mídia como o novo *locus* de deliberação coletiva, mas simplesmente reconhecer a sua capacidade de difundir amplamente a informação. Frise-se que a noção de espaço público frequentemente é negada pelos teóricos da mídia. O sociólogo francês Patrick CHAMPAGNE explica: “Nada é mais enganador do que a imagem – muitas vezes evocada a propósito da imprensa – do fórum em que tudo poderia ser discutido publicamente. Não existe um espaço que estaria aberto a todos que o desejam, mas agentes que decidem, em função das leis próprias de funcionamento do campo jornalístico, o que merece ou não ser levado ao conhecimento de públicos mais ou menos amplos ou heterogêneos do ponto de vista social”. (CHAMPAGNE, Patrick. **Formar a opinião** – o novo jogo político. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 228).

¹²⁸ GRECCO, Albino. **La libertà di stampa nell’ordinamento giuridico italiano**. Roma: Bulzoni, 1974, p. 38. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 238. No mesmo sentido: DOTTI, **Proteção da vida privada...**, p. 157.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 239.

Acrescenta Freitas NOBRE que esta dimensão coletiva da liberdade de informação significa, sobretudo, “o direito de o povo ser bem informado”¹³⁰. Revela-se aí o direito-dever à informação. Vale dizer: os meios de comunicação têm o direito de informar e, ao mesmo tempo, o dever de bem informar.

3.3. LIMITE INTERNO DA VERACIDADE

3.3.1. O direito à informação verdadeira

Conforme já analisado, prepondera atualmente o aspecto coletivo da liberdade de informação, o que significa o reconhecimento do direito que tem o público de receber a informação verdadeira. Esse aspecto revela-se fundamental nas atuais sociedades de massa, em que os meios de comunicação praticamente detêm o monopólio da possibilidade de informar. Bem ressalta Jorge XIFRA-HERAS, “o homem atual se acha condicionado pelo que necessita saber a fim de orientar-se na existência. E os meios informativos oferecem-lhe a oportunidade de o conseguir sem esforço algum”¹³¹.

Justamente esta facilidade do receptor em obter a informação é que condiciona o dever de bem informar. Para Aurélia Maria Romero COLOMA, o principal limite ao direito de informar é a verdade: “La noticia que falte a ella es deshonesta y no cumple con la finalidad de informar al público...”¹³². Completa Gilberto Haddad JABUR: “Se a verdade não é o único pressuposto para a informação, é, ao menos, o primeiro, aquele que deve ser capaz de movê-la

¹³⁰ NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, p. 33. *Apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58.

¹³¹ XIFRA-HERAS, Jorge. *A informação – análise de uma liberdade frustrada*. São Paulo: Edusp, 1975, p. 62. *Apud* JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 166.

¹³² *Apud* CARVALHO, *Liberdade de informação...*, p. 57.

e justificá-la”¹³³.

O direito à informação verdadeira é expresso na Constituição Espanhola, em seu artigo 20, que reconhece e protege os direitos “de comunicar e receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão...”¹³⁴. Partindo da premissa de que existe um dever de verdade por parte da imprensa e de um correspondente direito público de receber a informação verdadeira, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO propõe a tese de que o direito brasileiro tutela o “direito difuso à notícia verdadeira”. O autor recorre-se da disciplina jurídica de defesa dos interesses sociais indisponíveis: “O que proponho é um virtual direito difuso de ‘alguém por todos’ pleitear a correção de uma notícia inexata e, em caso de negativa, de postular judicialmente que o órgão de imprensa seja obrigado a publicar a correção”¹³⁵.

3.3.2 Dever de diligência do informador

Admitido o limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, uma questão prática se coloca: o risco de um cerceamento ao trabalho do informador, visto haver notícias que nem sempre podem ser comprovadas de pronto. Para afastar essa possibilidade, entende-se que a exigência de informação verdadeira refere-se à *verdade subjetiva* e não à *verdade objetiva*. Explica Edilsom Pereira de FARIAS: “no Estado democrático de direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação”¹³⁶.

Também para o Tribunal Constitucional Espanhol o requisito de verdade deve ser entendido como um específico dever de diligência do informador, concluindo na Sentença 6/68: “El ordenamiento (...) ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y

¹³³ JABUR, *op. cit.*, p. 171.

¹³⁴ *Apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 51.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 66.

¹³⁶ FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 164.

difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse 'la verdad' como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio"¹³⁷.

A Suprema Corte americana, desde 1964, com a sentença proferida no caso "*New York Times v. Sullivan*", decidiu que as ofensas praticadas pela imprensa geram responsabilidade desde que à inexatidão da notícia se some o conhecimento da falsidade ou a absoluta despreocupação de averiguar sua falsidade ou sua veracidade¹³⁸.

A partir do exposto, pode-se concluir que o direito à informação verdadeira, bem como seu pressuposto - o dever de diligência do informador - constituem limites internos à liberdade de informação. Esta, porém, também deve compatibilizar-se com outros direitos fundamentais dos cidadãos: os direitos da personalidade, que serão analisados no próximo capítulo.

¹³⁷ *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁸ CARVALHO, *Liberdade de informação...*, p. 59.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Acompanhando a tendência das Constituições contemporâneas, a Constituição brasileira de 1988 consagrou em seu art. 5º, inciso X, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas. À exceção do direito à honra, tutelado pelo Código Penal e pela lei de imprensa, não havia anteriormente à Constituição proteção expressa desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Inscritos, agora, no catálogo dos direitos fundamentais, passam a gozar de regime jurídico especial: têm garantia de “cláusulas pétreas”, aplicação imediata, restrição apenas por meio de reserva de lei e proteção do núcleo essencial¹³⁹.

Esses direitos também são reconhecidos como direitos da personalidade, isto é, “direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição humana”¹⁴⁰. Os direitos da personalidade, regra geral, reportam-se ao âmbito do direito civil, estendendo a sua esfera de operatividade apenas às relações privadas. É de se destacar, porém, que “a primeira consequência de sua constitucionalização como direitos fundamentais radica, pois, em sua exigibilidade frente aos poderes públicos”¹⁴¹.

4.1. DIREITO À HONRA

4.1.1. Honra subjetiva e honra objetiva

Considerada como uma das primeiras manifestações em defesa das qualidades morais da pessoa humana, a honra é, na opinião de Adriano de CUPIS, “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e da própria pessoa”¹⁴². Desse conceito, infere-se a dupla

¹³⁹ FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 130.

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 7.

¹⁴¹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid: Colex, 1990, p. 19. *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴² *Apud* FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 134.

dimensão da honra: objetiva (a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros) e subjetiva (a dignidade pessoal refletida no sentimento da própria pessoa).

Segundo Carlos Alberto BITTAR, a honra objetiva está ligada à reputação social da pessoa, “compreendendo o bom nome e a fama que desfruta no seio da coletividade”¹⁴³. No sentido subjetivo, a honra representa “o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade”¹⁴⁴. Essas duas dimensões são tuteladas pela Constituição, ao prescrever a inviolabilidade da honra das pessoas. Em geral, também admite-se a proteção da honra das pessoas jurídicas – neste contexto, porém, pode-se falar apenas em honra objetiva.

4.1.2. Alcance da proteção

Também a honra não é um direito absoluto. Entre seus limites, está a *exceptio veritatis*, isto é, a possibilidade do ofensor provar a verdade do fato que imputou. A exceção da verdade é admitida, em regra, no Código Penal brasileiro para os casos de calúnia (art. 138). Na difamação só é permitida se a ofensa é contra funcionário público e desde que relativa ao exercício de suas funções. Na injúria, que fere a honra subjetiva, a *exceptio veritatis* está vedada em qualquer hipótese.

Para Edilson FARIAS “nas situações em que não se admite a *demonstratio veri*, protege-se um ‘oásis de dignidade’ que toda pessoa conserva ainda que determinados comportamentos do indivíduo não se coadunem com sua dignidade”¹⁴⁵. Nas palavras de Aurélia Romero COLOMA: “Há que se entender, então, que toda pessoa possui seu próprio conceito de honra e que a ninguém pode ser negado esse direito, ainda que, do ponto de vista social, se trate de pessoas desacreditadas”¹⁴⁶.

¹⁴³ BITTAR, **Os direitos da personalidade**, p. 125.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 125.

¹⁴⁵ FARIAS, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁶ *Apud* CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

A Constituição Federal também prescreve o direito à honra como um limite à liberdade de informação (art. 220, § 1º). A proteção justifica-se face à amplitude que a ofensa à honra pode alcançar a partir dos meios de comunicação, refletindo-se imediatamente na opinião pública. Neste sentido, afirma BITTAR: “A necessidade de proteção decorre, principalmente, do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas, ou desagradáveis, sobre as pessoas, cuidando o sistema jurídico de preservar o valor em tela, de um lado, para satisfação pessoal do interessado, mas, especialmente, para possibilitar-lhe a progressão natural e integral, em todos os setores da vida em sociedade”¹⁴⁷.

4.2. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

4.2.1. Vida privada e intimidade – direitos autônomos

Embora muitos autores¹⁴⁸ utilizem indistintamente os termos *intimidade* e *vida privada*, a Constituição Federal de 1988 tutela esses direitos de forma autônoma, ao mencioná-los separadamente em seu artigo 5º, inciso X.

Defendendo a distinção, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR considera a *intimidade* como o âmbito mais exclusivo da *vida privada*, procurando delimitar o conceito com exemplos: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevasáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange¹⁴⁹. Já a vida privada, segundo o referido autor, “envolve a proteção de formas exclusivas de convivência”, encerrando as “situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento)

¹⁴⁷ BITTAR, *Direitos da Personalidade*, p. 126-127.

¹⁴⁸ Entre os autores que adotam a sinonímia entre os termos privacidade e intimidade estão: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 35; CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 257.

¹⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, p. 79, out/dez. 1992.

mas que, em certos momentos podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí, ela difere da vida privada, que não experimenta esta forma de repercussão”¹⁵⁰.

Esclarece René Ariel DOTTI que a distinção teve origem na doutrina francesa, envolvendo a intimidade conceito mais restrito do que a vida privada. Para HEBARRE, a intimidade “é um círculo concêntrico e de menor raio que a outra”¹⁵¹. Apesar de reconhecer que os conceitos de intimidade e de privacidade não são coincidentes, o jurista paranaense usa-os indistintamente, preferindo um conceito amplo: “a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados”¹⁵².

A tipificação distinta entre vida privada e intimidade no texto constitucional é aplaudida por Elimar SZANIAWSKI: “(...) dois conceitos diversos, com extensões de tutela diversas, permitem a mais ampla proteção do indivíduo, frente a qualquer espécie de atentado”¹⁵³.

4.2.2. Alcance da proteção da vida privada e da intimidade

O direito à privacidade¹⁵⁴, em sentido lato, encontra origem doutrinária no direito anglo-americano, com o famoso artigo intitulado “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*, em 1890, pelos advogados Samuel D. WARREN e Louis D. BRANDEIS. Investigando a existência de um princípio que pudesse amparar a privacidade das pessoas, os

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Apud* DOTTI, *Proteção...*, p. 68.

¹⁵² *Ibid.*, p. 71.

¹⁵³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 133.

¹⁵⁴ Nesta investigação, o termo *privacidade* será utilizado em sentido amplo, quando se referir a questões comuns à intimidade e à vida privada.

autores aduzem que “o commom law assegura a cada indivíduo o direito de determinar, comumente, até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deverão ser comunicados aos outros”¹⁵⁵.

WARREN e BRANDEIS afirmam que o *right to privacy* é um direito de personalidade inviolável, que também pode ser definido pela locução *right to be let alone*¹⁵⁶: “a proteção concedida a pensamentos, sentimentos e emoções, expressos através da escrita ou das artes, até no que concerne ao impedimento da publicação, é meramente um exemplo de execução do direito mais geral do indivíduo a ser deixado em paz”¹⁵⁷.

Portanto, sob o pálio da privacidade, cuida-se de tutelar desde o direito de estar só até os mais diversos aspectos da vida pessoal, profissional ou familiar do indivíduo que ele não pretende ver devassados. Como observa Claudio Bueno de GODOY, exige-se respeito até às “manifestações intelectuais ou os escritos sem valor literário da pessoa humana, os acontecimentos que a envolvam, nos lindes ou mesmo além de seu domicílio, ainda que não digam respeito à sua vida familiar, mas que ela quer subtrair dos sentidos alheios”¹⁵⁸.

O direito à privacidade encontra seus limites na figura do homem público e na liberdade de informação¹⁵⁹. Segundo Pedro Frederico CALDAS, toda pessoa possui, necessariamente uma face pública e uma obrigatória exposição, que será maior a limitar a privacidade de acordo com a atividade da pessoa, como no caso de alguém investido de cargo público ou notório em sua profissão¹⁶⁰.

Vidal SERRANO aponta três situações em que as esferas da vida privada e da intimi-

¹⁵⁵ *Apud* FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 138-139.

¹⁵⁶ A expressão *right to be let alone* fora formulada originalmente pelo juiz Cooley, na obra “*The elements of torts*”, de 1873.

¹⁵⁷ *Apud* FARIAS, *op.cit.*, p. 139.

¹⁵⁸ GODOY, **A liberdade de imprensa...**, p. 51.

¹⁵⁹ SZANIAWSKI, **Direitos de personalidade...**, p. 154.

¹⁶⁰ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 52.

dade podem ser restringidas em confronto com a liberdade de informação: fatos sobre pessoa pública, desde que relacionados à atividade pública desenvolvida; fatos sobre pessoas que buscam a exposição pública; e fatos de interesse geral, como um grande acidente ou uma importante descoberta científica¹⁶¹.

Buscando definir o círculo de proteção dos indivíduos, Elimar SZANIAWSKI, reforça a necessidade da distinção, anteriormente apresentada, entre vida privada e intimidade:

a restrição ao respeito à vida privada do homem público não pode se estender ao ponto de suprimir totalmente o segredo da vida privada, sendo necessária a existência de um círculo mínimo de privacidade, que seria o direito à intimidade da vida privada. Exemplificando, por mais acaloradas que sejam as discussões sobre a vida de um político, não poderão, estas, avançar e ir até o ponto de revelar as suas relações adúlteras¹⁶².

4.3. DIREITO À IMAGEM

4.3.1. Extensão do conceito

O direito à imagem “compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação e difusão dela”¹⁶³. O conceito é ampliado por Walter MORAIS, um dos primeiros autores a se dedicar ao estudo do tema na doutrina brasileira: “Toda expressão formal e sensível da personalidade é imagem para o direito”. Para o referido autor, o direito à imagem compreende ainda os gestos – “expressões dinâmicas da personalidade” – e qualquer parte do corpo, desde que por ela se possa reconhecer a pessoa¹⁶⁴.

Afirma-se que a origem do direito à imagem está ligada ao direito à privacidade,

¹⁶¹ SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 93.

¹⁶² SZANIAWSKI, **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 132.

¹⁶³ ZANNONI, Eduardo e BÍSCARO, Beatriz. **Responsabilidad de los medios de prensa**. Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 105. *Apud* FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 148.

¹⁶⁴ MORAIS, Walter. **Direito à própria imagem, parte I. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 443, p. 64-65, set. 1972. Argumenta ainda o autor que o direito à imagem é limitado à figura da pessoa humana, não alcançando a pessoa jurídica, vez que esta não tem imagem, mas símbolos.

vez que a imagem aparece citada por WARREN e BRANDEIS como uma das manifestações do *right to privacy*¹⁶⁵. Para Carlos A. BITTAR, com a evolução, o direito à imagem assumiu contornos próprios, “envolvendo a defesa da figura humana em si”¹⁶⁶. Com efeito, embora em certas ocasiões ambos os direitos pareçam conectados, fato é que eles já não se confundem. Explica Walter MORAIS: “Ao permitir a publicação ou exposição (de determinada fotografia), estou dispondo de minha imagem e possivelmente de minha intimidade. Ao permitir, ou proibir depois, a exploração comercial, já não disponho da intimidade porque esta já está devassada”¹⁶⁷.

Do mesmo modo, não pode ser aceita a teoria que defende a subsunção do direito à imagem ao direito à honra. Isto porque aquele direito pode ser afetado sem que se ofenda este. Por exemplo, como se explicaria o direito de uma pessoa impedir a publicação de fotografia sua para fins comerciais, “mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade?”¹⁶⁸.

4.3.2. Limitações ao direito à própria imagem

Também a imagem pode sofrer restrições face a interesses da coletividade. Apoiados no direito alienígena, em especial na jurisprudência alemã e italiana, os autores¹⁶⁹ costumam apontar quatro hipóteses de limitações ao direito à imagem:

- a) *a notoriedade do sujeito retratado* - admite-se que as pessoas célebres (como artistas, políticos e atletas) tacitamente consentem na divulgação de sua imagem. Porém, Adriano de CUPIS assevera que a notoriedade também pode surgir

¹⁶⁵ FARIAS, *Colisão de Direitos*, p. 149.

¹⁶⁶ BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 88.

¹⁶⁷ MORAIS, *Direito à própria imagem*, parte I, p. 71.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹⁶⁹ MORAIS, Walter. *Direito à própria imagem*, parte II. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 444, p. 11-28, set. 1972, p. 23 *et seq.*; CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 135 *et seq.*; FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 153 *et seq.*

independentemente da vontade pessoal, principalmente em situações em que as pessoas são envolvidas como “vítimas de desgraças, de destinos anormais, de delitos”¹⁷⁰.

- b) *acontecimentos de interesse público ou realizados em público* - não se exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos ou acontecimentos de interesse público ou realizados em público. Alguns exemplos são citados por FERRARA: tumultos populares, inaugurações de monumentos, cerimônias solenes, incêndios, desastres em geral¹⁷¹.
- c) *interesse cultural ou científico* - no caso de divulgação de novas técnicas cirúrgicas, observa-se que a prevalência do interesse científico não significa uma exposição exagerada do paciente, devendo-se evitar o seu reconhecimento¹⁷².
- d) *interesse de ordem pública*. quando há necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender “interesses da administração da justiça e da segurança pública”¹⁷³. Citando GITRAMA, Edilson FARIAS pondera que o réu não fica privado inteiramente de seu direito à própria imagem: “fora das atuações imprescindíveis e diretamente relacionadas com o delito cometido, pode ele opor-se à divulgação de suas fotografias”¹⁷⁴.

¹⁷⁰ CUPIS, *op. cit.*, p.137, n. 84.

¹⁷¹ *Apud* FARIAS, *Colisão de Direitos*, p. 154.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ MORAIS, *op. cit.*, parte II, p. 23.

¹⁷⁴ *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 155.

5. RESOLUÇÃO DAS COLISÕES

Impõe-se a esta altura da investigação, enfrentar a tormentosa questão do conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade. Tormentosa sim, porque envolve direitos de igual estrutura - normas fundamentais -, sendo ambos protegidos pela Constituição Federal.

De um lado, a liberdade de informação, cultuada como um instrumento de garantia da pluralidade democrática por seu papel na formação da opinião pública; de outro, os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade das pessoas, considerados como o mínimo necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”¹⁷⁵.

Partindo-se dos referenciais teóricos estabelecidos nos capítulos precedentes, a referida colisão será analisada a partir da teoria dos princípios e da lei de colisão de Robert ALEXY, que aponta para a ponderação entre os bens envolvidos. Ademais, analisar-se-á como a questão vem sendo resolvida no direito comparado e no direito brasileiro.

5.1. SOLUÇÃO PELA PONDERAÇÃO

Conforme definição já apresentada (ver 2.3.3), a ponderação de bens é um método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflitos, determinando qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

Para tanto, parte-se da premissa de que os direitos fundamentais possuem essencialmente a característica de princípios. Na terminologia de ALEXY, são *mandados de otimização*, porque podem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais ou jurídicas existentes¹⁷⁶. Não havendo entre os princípios constitucionais uma relação absoluta de precedência, não haverá necessariamente que prevalecer a liberdade de informação sobre os direitos da

¹⁷⁵ CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 17.

¹⁷⁶ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86

personalidade, nem o contrário. Apenas no caso concreto será possível resolver a questão.

Verificada, *in casu*, a colisão entre a liberdade de informação e um ou mais direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade e vida privada) caberá ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, procurando resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nesta tarefa poderá orientar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade¹⁷⁷.

5.1.1. Caso Lebach

Exemplo paradigmático da aplicação da ponderação entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade é a decisão do “caso LEBACH”, em sentença do Tribunal Constitucional alemão:

O ano era 1974. O Segundo Canal de Televisão (ZDF) pretendia transmitir um documentário: “O assassinato de soldados em Lebach”. Neste filme, informava-se sobre um crime no qual quatro soldados do grupo de guarda de um depósito de munições do Exército Federal próximo a Lebach foram assassinados enquanto dormiam. Os criminosos também roubaram armas com o propósito de realizar outros delitos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime e que estava a ponto de abandonar a prisão considerou que a emissão do documentário, no qual era mencionada expressamente e aparecia fotografada, violava seus direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo porque poria em risco a sua ressocialização. O Tribunal Estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que “o envolvimento no crime fez com que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o crime sem qualquer alteração”¹⁷⁸.

No julgamento do caso, o Tribunal Constitucional desenvolveu a argumentação em

¹⁷⁷ Ver item 2.3.3, *supra*.

¹⁷⁸ BVerfGE 35, 202 (207), *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 290.

três etapas, analisadas por Robert ALEXY:

A) Primeira etapa

Na primeira etapa, constata-se a tensão existente entre a proteção da personalidade e o direito à informação.

ALEXY designa o primeiro princípio com P1 e o segundo com P2. Explica o autor que P1, por si só, conduziria a uma proibição; por sua vez, P2, tomado em si mesmo, à permissão da transmissão¹⁷⁹. Define o Tribunal que este conflito não pode ser solucionado declarando inválida uma das duas normas, senão através de uma ponderação na qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência básica. Porém, haveria de decidir qual interesse deve ceder, tendo em conta a conformação típica do caso e suas circunstâncias especiais¹⁸⁰.

B) Segunda etapa

Na segunda etapa, o Tribunal Constitucional chega a uma precedência geral da liberdade de informação (P2) no caso de “uma informação atual sobre fatos delituosos” (C1). Segundo ALEXY, significa dizer que a (P2 P P1) C1. Para o referido autor, esta relação de precedência é interessante porque estabelece uma precedência geral ou básica. Isto significa que nem toda informação atual está permitida. A condição de precedência e, com isso, o tipo de regra correspondente à lei de colisão segundo a proposição de preferência inclui, pois, uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções¹⁸¹.

C) Terceira etapa

Na terceira etapa, a Corte Constitucional alemã decide que, no caso em questão, o direito de proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informação.

Nesta fase, segundo ALEXY, o Tribunal constata que no caso de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que já não responde a interesses atuais de informação” que

¹⁷⁹ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 96.

¹⁸⁰ BVerfGE 35, 202 (225), *apud* ALEXY, *op. cit.*, p. 96.

¹⁸¹ ALEXY, *op. cit.*, p. 97. Observe-se que ALEXY utiliza a letra “P” como símbolo para a relação de precedência. C1 e C2, por sua vez, são as circunstâncias pelas quais um princípio precede o outro.

“põe em perigo a ressocialização do autor” (C2), tem precedência a proteção da personalidade (P1) frente à liberdade de informação (P2). Portanto, para o caso concreto apontado vale o enunciado de precedência (P1 P P2) C2¹⁸².

Observa Gilmar Ferreira MENDES que na decisão referida “restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetido a eventuais restrições exigidas pela proteção do direitos da personalidade”¹⁸³. Resta, assim, evidente que na ponderação há um esforço em assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que uma delas sofra atenuação no caso concreto. A decisão também atende à lei da ponderação, na medida em que o direito prevalente (direitos da personalidade informados pela circunstância da reintegração social) compensa a restrição imposta à liberdade de informação).

5.2. A COLISÃO NO DIREITO COMPARADO

5.2.1. A jurisprudência da Suprema Corte Americana

A Suprema Corte Americana formulou o critério da *preferred position* em abstrato da liberdade de informação face aos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta¹⁸⁴.

Não obstante, no caso concreto, antes de proceder a ponderação de interesses, a Suprema Corte verifica se o exercício da liberdade de informação obedece a determinados critérios. Em primeiro lugar, os assuntos de interesse público são separados dos assuntos privados, pois nestes não há razão para valoração preferente da liberdade de informação. Em um segundo momento, é conferida a veracidade da notícia ou, ao menos, a conduta diligente do comunicador ao apurá-la, eis que apenas a informação que cumpre com a sua função social

¹⁸² ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 97.

¹⁸³ MENDES, *Os direitos individuais e sua limitações*, p. 292.

¹⁸⁴ FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 175.

pode ter preferência¹⁸⁵.

O assentamento desses critérios delineou a forma da jurisprudência americana resolver a colisão: “a liberdade de informação é preponderante sobre a proteção dos direitos da personalidade nas personalidades da vida pública, porém, a relação inverte-se quando estamos perante uma pessoa privada”¹⁸⁶.

5.2.2. A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão

O Tribunal Constitucional alemão também estabelece uma preferência pela liberdade de informação ao considerá-la como direito indispensável para o regime democrático. Todavia, segundo o Tribunal a presunção a favor da liberdade de informação pode ser anulada em razão das circunstâncias do caso particular.

Para que se confirme a presunção de preferência da liberdade de informação, a jurisprudência tedesca assentou os seguintes critérios: 1) a exigência da verdade na comunicação dos fatos, que se concretiza no dever de comprovação da notícia; 2) a liberdade de informação deverá estar a serviço da formação da opinião pública, sendo que o interesse público dos temas será analisado pelo Tribunal em cada caso; 3) por último, a Corte Constitucional alemã estabelece o controvertido critério da finalidade perseguida pelo sujeito. Ou seja, “para poder apreciar o interesse público, exige que a atividade dirija-se a incidir na formação da opinião pública e não no interesse de tipo privado”¹⁸⁷.

5.2.3. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol desenvolveu-se em 3 fases. Na primeira, denominada “regime de exclusão”, os direitos da personalidade são considerados

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 176.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 178.

¹⁸⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, *apud* FARIAS, **Colisão de direitos**, p. 178-179.

apenas como limites à liberdade de informação, observando-se uma certa prevalência desses direitos face à liberdade de informação. Anota FARIAS que esta fase é imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1978, aplicando-se ainda as mesmas técnicas do período pré-constitucional, oriundas da esfera penal¹⁸⁸.

A segunda fase é a da “necessária ponderação”. Os direitos da personalidade, além de limites à liberdade de informação, passam a ser considerados como direitos fundamentais autônomos. Portanto, o confronto entre esses direitos e a liberdade de informação deve ser resolvido pela ponderação de interesses, recepcionada da jurisprudência americana¹⁸⁹.

Na terceira fase, denominada “regime de concorrência normativa”, o Tribunal espanhol adota definitivamente o critério da *preferred position* da liberdade de informação, desenvolvido pela Suprema Corte americana. Haveria, então, uma inversão do “regime de exclusão”: “se a liberdade de expressão e informação é considerada como exercida dentro do âmbito de proteção constitucional, tem geralmente preferência quando em pugna com os direitos à honra, à intimidade e à imagem”¹⁹⁰.

Baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, Fernando HERRERO-TEJEDOR¹⁹¹ propõe o seguinte método para se resolver tal colisão:

1 – O primeiro dado a elucidar é se nos encontramos perante uma hipótese de liberdade de expressão (opiniões) ou de informação (fatos) (Sentença 6/88).

O Tribunal Constitucional propõe uma solução para os casos em que ambas apareçam imbricadas: levar em conta o fator que predomina na publicação (Sentença 6/88). Pessoalmente, tal solução nos parece insuficiente. Em muitas hipóteses ... se mesclarão as opiniões com os fatos, porém a existência daquelas não pode encobrir a presença destes, como ocorre na jurisprudência norte americana.

1.a) Nos casos de manifestação de idéias, opiniões ou crenças, o único limite expresso e taxativo vem constituído pelas afirmações formalmente injuriosas ou carentes de interesse para a opinião que se difunde (Sentença 6/88 y 107/88).

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 178-180.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 176.

¹⁹⁰ FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 181.

¹⁹¹ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*, p. 110. *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 181.

1.b) Se se imputam fatos, haverá que se comprovar, em primeiro lugar, sua veracidade, atendendo também, para isso, a diligência do informante (Sentença 6/88).

Se a informação não é "veraz", não pode se beneficiar da proteção constitucional, enquanto que, em caso contrário, possui um valor prevalente (Sentença 104/86).

2 – Em segundo lugar, haverá que se estabelecer o caráter público ou privado da pessoa afetada, como um dos fatores para determinar o interesse da informação cara à formação da opinião pública (Sentença 165/87).

3 – Haverá que se ter em conta o veículo através do qual a informação tenha sido transmitida: merecem mais proteção os meios de comunicação social e a profissão jornalística do autor do que a outorgada a outros meios irregulares ou anômalos de difusão (Sentença 165/87).

4 – Tendo em conta os anteriores fatores, os órgãos judiciais deverão efetuar uma casuística ponderação entre os direitos em pugna (Sentença 194/86). Isso obriga não só a valorar tanto a proteção a honra, a intimidade ou a imagem como a liberdade de expressão ou informação, senão também efetuar uma balanço da lesão do conteúdo essencial dos mesmos que tenha sido causada (Sentença 11/81) .

5 – Se se estima que os direitos do artigo 18.1(direitos da personalidade) devem prevalecer, haverá que se avaliar os danos e prejuízos, tanto materiais como morais, embora nestes se presume sua existência, atendendo para isso aos critérios assinalados pelo artigo 9 da lei orgânica 1/82.

6 – Sobre o resultado da ponderação efetuada pelos órgãos jurisdicionais, deverá o Tribunal Constitucional – por sua vez – efetuar a revisão para comprovar adequação daquele resultado aos princípios constitucionais, conforme critérios antes assinalados (Sentença 107/88).¹⁹²

5.3. A COLISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

5.3.1. A jurisprudência do STF

Evocam alguns autores que a ponderação de bens é um método mais apropriado ao sistema *commom law*, em que o magistrado dispõe de uma margem maior de discricionariedade, do que ao nosso sistema (*civil law*), no qual o juiz está mais vinculado à lei¹⁹³. Pode-se contra-argumentar, porém, afirmando com Robert ALEXY que a ponderação é um método

¹⁹² HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propia imagen**, p. 110. *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 181.

¹⁹³ Neste sentido, ver CAVERO, José Martínez de Pisón. **El derecho a la intimidad en la jurisprudência constitucional**. Madri: Civitas, 1993, p. 160. *Apud* FARIAS, *op. cit.*, p. 183.

racional, porque os enunciados que estabelecem as condições de preferência podem ser fundamentados pela lei da ponderação: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”¹⁹⁴.

Fato é que a ponderação de valores vem sendo acolhida pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras nos últimos anos. Sobretudo o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o princípio da proporcionalidade como lei de ponderação, rejeitando a solução que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional¹⁹⁵.

Decisão relevante sobre a tensão entre a liberdade de informação e o direito à honra e à liberdade foi tomada pelo Supremo em sede de *Habeas Corpus*, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município “com dívidas causadas por suas falcatruas”¹⁹⁶.

Vê-se, nesta decisão, que o Supremo define tópicos para balizar o processo de ponderação, fixando que os homens públicos estão submetidos a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade. “Todavia, essa orientação, segundo o Supremo Tribunal Federal, não outorga ao crítico um ‘bill’ de indenidade, especialmente quando imputa a prática de atos

¹⁹⁴ ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais*, p. 78. (Ver supra, 2.3.3)

¹⁹⁵ O STF aplica a ponderação em precedente relevante sobre a discussão da possibilidade de submissão de réu em ação de investigação de paternidade ao exame de DNA: HC 71.373/RS, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ de 22.11.1996. Confirmam-se também os seguintes julgados do pleno do STF: HC 76.060/SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15.05.98; MS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.00; RCL 2040/DF, Relator Min. Néri da Silveira, DJ de 21.02.02.

¹⁹⁶ HC 78.426-SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. DJ de 7.5.99.

concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade”¹⁹⁷.

Em decisão recente, o STF voltou a analisar a colisão entre o direito à liberdade de informação e o direito à intimidade: tratava-se de pedido de tutela antecipada em recurso extraordinário, em que a Infoglobo pretendia divulgar a gravação de conversas telefônicas do ex-governador do Rio de Janeiro e candidato a Presidente da República, Anthony Garotinho. O Supremo ressaltou que, na espécie, o equacionamento da colisão deveria ser balizado pela relevante circunstância de que as gravações em causa originaram-se de interceptação telefônica não autorizada, em violação à garantia constitucional ao sigilo das comunicações. É o que se depreende do voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence:

... de logo, o equacionamento da colisão de princípios constitucionais a solver no caso não pode se restringir à contraposição freqüente – entre a liberdade de informar e o direito à honra e à reputação. Não é possível fazer abstração de que o que está em causa é a licitude da publicação do fruto de interceptação telefônica – hoje, em si mesma, iniludivelmente criminosa – e que afronta garantia constitucional – a do sigilo das telecomunicações telefônicas (...). Para sublinhar o particular relevo dessa circunstância, não é preciso apelar para a vedação constitucional da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); nem, por conseguinte, discutir a assertiva da requerente – no mínimo audaciosa – de que o veto peremptório da Constituição ao uso da prova obtida por meios ilícitos no processo – ainda naqueles que correm sob segredo de justiça –, seria de todo impertinente, quando se cuidar, não de oferecê-las como prova em juízo, mas sim, de divulgá-las **urbi et orbi**, “**em prol da informação do público leitor**”... É que aqui não se cogita de uma ilicitude qualquer na obtenção da informação a publicar, mas sim da que declaradamente é produto da violação por terceiro do sigilo das comunicações telefônicas.(...) Desse modo – diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores¹⁹⁸.

5.3.2. Intervenção legislativa como tentativa de resolver a colisão

O Projeto de Lei nº 3.232/92, que contempla a nova Lei de Imprensa procura fixar um critério para a ponderação da colisão entre a liberdade de informação e os direitos da per-

¹⁹⁷ MENDES, **Os direitos individuais...**, p. 310.

¹⁹⁸ PET 2.702-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20.09.02, p.117.

sonalidade. Assim dispõe em seu artigo 23:

ART. 23: os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação.

Ora, como pôde se analisar na primeira parte desta investigação (ver supra, 2.1.2), qualquer intervenção legislativa que restrinja direito fundamental deverá resultar de permissivo constitucional, direto ou indireto. Isso, por certo, não se verifica no art. 220, § 1º, da Constituição Federal que, ao contrário, reforça a necessidade de se observar os direitos da personalidade, dentre outros, quando se tratar da liberdade de informação.

Ademais, lembra Cláudio Luiz Bueno de GODOY, mesmo que admitida uma implícita autorização para o legislador regular conflitos entre esses direitos, eventual lei deveria “apresentar resultado que prestigie ambos os valores constitucionais protegidos e de modo a que eles conservem sua identidade”¹⁹⁹. Novamente, a prevalecer o texto do projeto, haveria desrespeito aos princípios de interpretação constitucional.

Outrossim, pelo princípio da unidade da Constituição, não se admite a hierarquia em abstrato entre direitos constitucionalmente garantidos, sendo a ponderação de interesses possível apenas no caso concreto. Ora, o que faz o projeto de Lei de Imprensa é justamente estabelecer a prevalência, em abstrato, da liberdade de informação, em evidente afronta à Constituição Federal.

Pelo mesmo motivo, embora apresentando conclusão diversa, o Projeto de Lei nº 2.961/97, apelidado de “Lei da Mordaza”, vem despertando debate acerca de sua inconstitucionalidade. Contemplando casos de abuso de autoridade, o projeto, em seu art. 1º, estabelece a impossibilidade de

revelar o magistrado, o membro do Ministério Público, o membro do Tribunal de Contas, a autoridade policial ou administrativa, ou permitir, indevidamente, que cheguem ao conhecimento de terceiro ou aos meios de comunicação, fatos ou informações de que tenha ciência em razão do cargo e que violem o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas.

¹⁹⁹ GODOY, A liberdade de imprensa..., p. 79.

Para Cláudio L. B. DE GODOY, o dispositivo representa grave atentado a duas garantias constitucionais: a publicidade e a liberdade de imprensa. A primeira estaria sendo ferida porque, pelo projeto em questão, as autoridades estarão impedidas de manifestar-se também sobre processos não sigilos, portanto, públicos. Como decorrência da restrição à manifestação de autoridades, estar-se-ia limitando “a liberdade de imprensa quanto ao acesso a atos dessa mesma natureza, o que é inviável”²⁰⁰.

O que se contesta nos citados projetos de lei é a imposição, genericamente, de um ou outro direito fundamental, eis que, frise-se mais uma vez, a Constituição não admite hierarquia entre suas normas. Todavia, é possível, no caso concreto, estabelecer-se determinados critérios para o juízo de ponderação, conforme exposição a seguir.

5.3.3. Critérios para a ponderação

Analisando hipóteses comuns de ocorrência da colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos à personalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm objetivando critérios para balizar o complexo de ponderação da colisão em análise²⁰¹.

A) Pessoas públicas e notórias

Pessoas públicas como políticos, artistas e desportistas, em regra, estão submetidas a uma exposição maior de sua vida e, por conseguinte, possuem uma redução no âmbito de proteção de seus direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. Neste sentido, aliás, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal na já citada decisão no Habeas Corpus 78.426-6/SC (ver supra, 5.3.1), em que admitiu, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou menor exposição pública das pessoas.

²⁰⁰ GODOY, *A liberdade de imprensa...*, p. 95.

²⁰¹ Os critérios apresentados baseiam-se, principalmente, em estudo de jurisprudência realizado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 80 *et seq.* Ver também CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, p. 99 *et seq.*

Observa, porém, GODOY que a redução da esfera de privacidade das pessoas públicas e notórias não significa seu completo aniquilamento. “Deve-se preservar ainda uma área nuclear inviolável, representada antes de tudo, pela indevassabilidade de sua vida privada em seu ambiente familiar”²⁰². Refere-se aqui o autor ao que nesta investigação preferiu-se denominar como intimidade, representando um círculo concêntrico – o âmbito mais exclusivo da vida privada, que deverá ser preservado, mesmo tratando-se de pessoas públicas.

Gilberto Haddad JABUR enumera outros requisitos que deverão ser respeitados para que prevaleça a liberdade de informação em se tratando de pessoas públicas: interesse público na informação, correlação entre a posição pública do protagonista e o dado de sua vida privada que se pretende revelar, e valor de atualidade da informação²⁰³.

B) Exposição em lugar público

Esse critério relaciona-se especificamente com as limitações ao direito à imagem apresentadas no capítulo precedente (ver 4.3.2). Assim, não representará ofensa ao direito à imagem o fato de filmar ou fotografar pessoas que se encontrem em locais públicos ou que participem de eventos públicos, desde que não sejam o destaque da matéria. Para Pedro Frederico CALDAS, a imagem “não deve passar de uma paisagem de fundo, de uma captação periférica e inevitável para o registro de um evento ou de um local pintalgado pelo interesse público”²⁰⁴.

C) Informação de Interesse público

Sob a epígrafe pretende-se acomodar todo o noticiário que possa interessar à informação pública, especialmente a divulgação de catástrofes e os fatos de interesse científico e cultural. Há, por certo, um evidente interesse geral na divulgação dessas notícias, porém, “em nenhuma hipótese pode-se autorizar abusos, como o exame de particularidades da pessoa e de sua vida privada, que não guardam relação com o interesse em jogo, devendo predomi-

²⁰² GODOY, *op. cit.*, p. 82.

²⁰³ JABUR, *Liberdade de pensamento...*, p. 288-289.

²⁰⁴ CALDAS, *Vida privada...*, p. 103.

nar, em cada caso, o bom senso como elemento determinante para a identificação, caso a caso, se está ou não, invadindo a vida privada de alguém sob a desculpa de um falso interesse geral e nobre”²⁰⁵.

D) O crime e seu autor

Tratando-se de interesse de segurança pública, as informações sobre fatos criminosos têm, segundo René Ariel DOTI, “base jurídica no direito geral à informação e se conecta com o caráter publicista dos processos criminais”²⁰⁶.

Isso, no entanto, não significa uma ausência completa de limites na divulgação de notícias sobre crimes. Quanto aos suspeitos, deve-se observar o princípio da presunção de inocência – o que não tem se verificado na crônica policial brasileira. Outrossim, assevera Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO que o preso ou o condenado só perdem a tutela da imagem e da intimidade na exata medida em que interessarem à prevenção da criminalidade. “O Estado ou a imprensa não obtêm, com a sanção penal, uma licença ilimitada para explorar a imagem e a intimidade de condenados”²⁰⁷.

E) Limite da veracidade da informação

Finalmente, acrescente-se, como importante critério a orientar o balanceamento dos direitos em confronto, o limite interno da veracidade da informação, consagrado pela jurisprudência estrangeira e também pela doutrina brasileira²⁰⁸. Significa dizer que, mesmo sopesadas todas as circunstâncias e verificando-se a preferência da liberdade de informação, deverá ser confirmada a veracidade do fato noticiado ou, ao menos, a apuração criteriosa e diligente do informador.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 102.

²⁰⁶ DOTI, **Proteção da vida privada...**, p. 113.

²⁰⁷ CARVALHO, **Liberdade de informação...**, p. 95.

²⁰⁸ Conferir item 5.2, neste capítulo e item 3.3, *infra*.

CONCLUSÕES

1. Os direitos fundamentais possuem um caráter histórico, ou seja, evoluíram segundo circunstâncias históricas. Nascidos nas idéias filosóficas, desenvolveram-se especialmente a partir da doutrina jusnaturalista e, com as Declarações do século XVIII, ganharam força normativa e vinculante definitiva.

2. Desde o reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por várias transformações, manifestando-se em três dimensões (ou gerações): direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Hodiernamente já se fala em uma quarta dimensão, que corresponderia à institucionalização do Estado Social. Nesta última dimensão, inclui-se a liberdade de informação em seu aspecto coletivo (direito de ser informado).

3. Os métodos clássicos de interpretação, desenvolvidos para o direito privado, são insuficientes para a interpretação dos direitos fundamentais. O caráter aberto e indeterminado dessas normas exige um mecanismo próprio de investigação da vontade normativa.

4. A explicação do fenômeno da colisão exige uma teoria dos direitos fundamentais, mas as teorias classificadas por BÖCKENFÖRDE também não conseguem resolver satisfatoriamente os problemas que emergem desse sistema. Melhor resultado obtém a teoria estrutural dos direitos fundamentais de ALEXY, que tem como núcleo a teoria dos princípios.

5. As normas de direitos fundamentais possuem caráter essencialmente de princípios. Esse pressuposto possibilita a solução das colisões pelo balanceamento de interesses, eis que os princípios são “mandados de otimização”, podendo ser cumpridos em diferentes graus de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. Assim, em caso de colisão de direitos fundamentais, um poderá prevalecer ante o outro.

6. Os direitos fundamentais – como qualquer direito – não são absolutos. Constituem limites aos direitos fundamentais, dentre outros, as normas restritivas, os limites imanentes e as colisões de direitos.

7. As normas restritivas são uma forma de intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais e só poderão ser admitidas se autorizadas, direta ou indiretamente, pela

Constituição. Ademais, as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

8. Limites imanentes são limites implícitos no sistema constitucional. Não se confundem com as colisões, pois se referem a situações que a própria Constituição excluiu da esfera normativa ao enunciar direitos. Restrições legislativas a direitos fundamentais, sem reserva de lei, só poderão ser justificadas se limitarem-se a *declarar* limites imanentes, ou seja, se comprimirem tais direitos apenas na aparência.

9. Haverá colisão de direitos fundamentais sempre que dois valores protegidos pela Constituição entrarem em contradição concreta. As colisões serão resolvidas pela jurisprudência, que realizará a ponderação dos bens envolvidos, para definir qual deles deverá prevalecer no caso concreto. Informada pelo princípio da proporcionalidade, a ponderação buscará a menor compressão possível dos direitos em conflito.

10. A liberdade de informação é um dos pilares das modernas democracias. Na Constituição brasileira está consubstanciada nos arts. 5º e 220, em suas diversas formas de expressão.

11. Apesar da origem individualista-liberal, a liberdade de informação hodiernamente possui uma dimensão coletiva: a contribuição para uma opinião pública pluralista. Desta forma, compreende tanto o direito de informar quanto o direito de ser informado. E é nesta segunda perspectiva que se postula um direito à informação verdadeira, que aqui deverá ser entendida em sua dimensão subjetiva: a preocupação do informador em verificar a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.

12. A Constituição Federal consagra, em seu art. 5º, inciso X, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas. Conhecidos como “direitos da personalidade”, esses direitos agora também gozam do regime jurídico dos direitos fundamentais, sendo exigíveis perante os poderes públicos.

13. Os direitos da personalidade também estão previstos art. 220, § 1º, como limites externos à liberdade de informação. Porém, mais do que limites, são direitos autônomos e, quando entram em tensão com a liberdade de informação, configura-se uma verdadeira colisão

de direitos fundamentais.

14. Na ponderação entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, o intérprete buscará o sacrifício mínimo dos direitos em jogo. O direito que sofrer atenuação no caso concreto deverá ser justificado pela importância da satisfação do outro (lei da ponderação).

15. Na solução da colisão entre a liberdade de informação e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas, os Tribunais Constitucionais de vários países têm adotado uma “posição preferencial” da liberdade de informação, por ser esta considerada indispensável para as sociedades democráticas.

16. Todavia, para que se confirme, no caso concreto, a posição preferencial da liberdade de informação, alguns requisitos são essenciais: os assuntos devem ser de interesse público e a informação deve ser verdadeira ou, ao menos, apurada com apreço pela verdade.

17. A ponderação de bens é um método apropriado também ao *civil law* e, aos poucos, vem sendo acolhida pela jurisprudência brasileira, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Nas decisões pátrias, o princípio da proporcionalidade informa a lei de ponderação, rejeitando-se a solução que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.

18. Também nas decisões pátrias, alguns critérios norteiam o processo de ponderação: fatos de interesse público ou relativos a pessoas públicas poderão apontar para uma prevalência da liberdade de informação. Tal informação, porém, deverá revelar-se verdadeira ou, ao menos, ter sido apurada com apreço pela verdade. Saliente-se, outrossim, que essa prevalência deve representar apenas um ponto de partida para o juízo de ponderação, eis que todas as circunstâncias do caso particular deverão ser sopesadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. **Revista Forense**, São Paulo, v. 349, p. 43-51, jan./mar. 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHAMPAGNE, Patrick. **Formar a opinião – o novo jogo político**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v.1.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: RT, 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, p. 77-90, out/dez. 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.

JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. São Paulo: RT, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e sua limitações. In: _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAIS, Walter. Direito à própria imagem, parte I. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 443, p. 64-65, set. 1972.

_____. **Direito à própria imagem, parte II. Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 444, p. 11-28, set. 1972.

PÉREZ LUÑO. Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madri: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SERRANO, Vidal. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997.

STEINMETZ, Wilson A. Colisão de direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 1993.