

**EXCEPCIONALIDADE DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO EM
CONFLITOS ENVOLVENDO O DIREITO FUNDAMENTAL DA
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO:
A DIFÍCIL TRANSPOSIÇÃO DO REQUISITO “NECESSIDADE”**

***EXCEPTIONALITY TECHNIQUE OF THE PONDERATION IN CONFLICTS
INVOLVING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF THE INFORMATION FREEDOM:
THE DIFFICULT TRANSPOSITION OF THE “NECESSITY” REQUIREMENT***

*Adalgiza Viana de Santana Bezerra*¹
*Bruna Rodrigues Rocco*²

RESUMO

Diante da grande importância do direito fundamental à informação, em sua tríade e sendo essencial a uma democracia saudável, proveniente de uma conquista após árduas batalhas do indivíduo, em suas lutas para satisfação plena de suas liberdades e diante da existência de outros direitos, também fundamentais e, portanto, igualmente universais, irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis e indivisíveis que, em casos concretos, podem se colidir, discute-se a natureza da relatividade no exercício desses direitos. Surge, então, a necessidade premente de um estudo da hermenêutica constitucional como forma de auxiliar a resolução desses conflitos, através de uma ponderação de juízos. Diante de uma Constituição Federal com normas princípios, a ponderação é inevitável, embora, diante do direito ora posto, a transposição do requisito “necessidade” seja difícil.

Palavras-chave: identificação do direito fundamental envolvido; colisão de direitos; hermenêutica constitucional; técnica da ponderação; excepcionalidade da ponderação.

¹ Adalgiza Viana de Santana Bezerra, Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguaína/TO, aluna do curso de mestrado em Direito na Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE.

² Bruna Rodrigues Rocco, Advogada da Comarca de Botucatu/SP, aluna do curso de mestrado em Direito na Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE.

ABSTRACT

For the great importance of the fundamental right to information, in its triad, and being essential to a healthy democracy, coming from a victory after tough battle of the individual in his struggles for full satisfaction of his freedoms and for the existence of other rights, also fundamental and therefore equally universal, inalienable, imprescriptibly, inalienable and indivisible that, in specific cases, they can be crashed together, we discuss the nature of relativity in the exercise of those rights. Then arises the urgent need for a study of constitutional hermeneutics as a way of assisting in the resolution of these conflicts, through a ponderation of judgments. In front of a Federal Constitution with rules and principles, ponderation is inevitable, though, faced to the right, the transposition of the “necessity” requirement difficult to overcome.

Keywords: identification of the involved fundamental right; collision of rights; constitutional hermeneutics; ponderation technique; the ponderation exceptionality.

INTRODUÇÃO

No decorrer deste trabalho, esclarecemos os direitos fundamentais envolvidos na pesquisa e, a partir da hermenêutica constitucional, apresentamos a técnica da ponderação na solução de conflitos entre direitos fundamentais para, após, demonstrar a sua excepcionalidade nesses conflitos envolvendo o direito à liberdade de informação, levando em consideração suas características e a pontuação das excludentes, pela própria Constituição.

O problema enfrentado não se limitou a uma análise do direito e dever de informar, mas estendeu-se de forma a não censurar a informação, seja no agir ou no silenciar e, ainda assim, não desconsiderar outros direitos, também fundamentais.

Procuramos, através do método dedutivo, demonstrar que não deve existir a priorização de determinado direito fundamental em detrimento do outro, sob o risco de ampla discricionariedade que poderia acarretar a não concretização das normas constitucionais.

Certo é que, uma vez previstos na Constituição Federal, todos os direitos devem ser resguardados e protegidos da mesma forma, devendo existir prevalências apenas em circunstâncias determinadas e encontradas na própria Constituição. Com este raciocínio, demonstramos que, em um juízo de ponderação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a transposição do requisito “necessidade” é excepcional quando um dos direitos em conflito é o da liberdade de informação.

1. IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL ENVOLVIDO

Não é muito relembrar, mas o problema apresentado trata dos “limites” e/ou se “não há limites” às liberdades de informação e, em um segundo momento, havendo relatividade,

como solucionar a questão quando no exercício destes direitos se atinge outros, como exemplo, a imagem. O direito, então, envolvido em um dos polos da relação em conflito, é o direito fundamental à liberdade de informação.

Partindo do entendimento de que todas as normas sobre direitos fundamentais são imperativas surge, então, um problema: seus “limites” de atuação ou “se não há limites”. A pretensão exige que se demonstre, havendo limites, o apontamento das situações.

Importante mencionar neste tópico as situações que tornam o direito de liberdade de informação limitado na atuação, no sentido de relativo. Enfrentaremos, então, ao final, a demonstração da excepcionalidade da técnica da ponderação nas colisões entre direitos fundamentais nas relações privadas onde esteja, em um dos polos, o direito em questão em razão de ser, salvo em duas circunstâncias, ilimitado no caso concreto. Somente a existência de *resguardo da segurança nacional e proteção da vida privada e íntima* limitam o exercício desse direito tornando-o relativo, são as conhecidas excludentes.

A proibição de censura e o sigilo da fonte, conforme discorreremos mais abaixo, não foram, neste trabalho, consideradas excludentes por entendermos que a primeira se refere a um prévio controle de garantia da liberdade de informação e a segunda, ao informante e não ao conteúdo da informação.

A incidência das relações privadas de forma direta, independente de lei, é o que está ganhando mais força em nossa doutrina, ou seja, a aplicação da “teoria da ponderação nas relações privadas” (MARMELESTEIN, 2008, *passim*), uma vez que superada a fase inicialmente concebida dos direitos fundamentais, de que o Estado é o único opressor dos indivíduos, passa-se a entender, em um Estado agora social, que a sociedade pode oprimir tanto quanto o Estado devendo, diante desta constatação, o sistema dos direitos fundamentais ser aplicado em todas as relações, públicas e privadas.

É o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, em palavras mais simples, é a solução de conflitos entre particulares, devendo a autonomia da vontade se amoldar a outros fins e valores constitucionais como forma de proteger direitos fundamentais.

Esta proteção aos direitos fundamentais, não é demais lembrar, tem por essência a dignidade da pessoa humana, vetor constitucional indicativo de que a pessoa é elevada ao fim primeiro do Estado, é o Estado do bem-estar social: “O Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário” (SARLET, 2004, *passim*).

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 104), da Universidade de Coimbra:

[...] o instituto do direitos fundamentais têm conteúdo comum baseado no principio da dignidade da pessoa humana, que, segundo sustenta é concretizado pelo reconhecimento e positivação dos direitos e garantias fundamentais.

É dizer, os direitos fundamentais concretizam os princípios. Tanto que Alexy (2008, *passim*) ao apresentar a lei da colisão dos princípios diz que os direitos fundamentais se apresentam no sistema com o caráter de princípios.

Tendo, então, a questão da dignidade da pessoa humana como vetor, não se pode dar à autonomia da vontade um caráter absoluto. A tríade vida, igualdade e liberdade, como exigências mínimas e indispensáveis à concretização da dignidade humana, sem desconsiderar outros elementos, deve ser observada.

Nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem (SARMENTO, 2000, p. 76).

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Defendendo a ideia de que os direitos fundamentais concretizam os princípios e aceitando a aplicação da teoria da colisão para conflitos de direitos fundamentais em relações privadas, vem à mente a ineficiência da hermenêutica tradicional na solução desses conflitos, uma vez que, estar preocupada com a segurança jurídica e objetividade, não resolve os problemas atuais de interpretação dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2008, *passim*), já que, com a positivação de valores e princípios, é na própria Constituição que se buscará os parâmetros quando houver colisão.

Diante dessa gama de princípios e valores positivados constitucionalmente a carga argumentativa das decisões judiciais frente a situações envolvendo direitos fundamentais, ao contrário, deve ser mais elevada, pois a base principiológica, por ser norma de natureza constitucional, não pode ser descartada. Não estamos aqui dizendo que se deva desconsiderar absolutamente a objetividade, que é justamente o que combateremos neste trabalho, ou seja, a supressão de algum direito com o uso da técnica da ponderação, senão excepcionalmente, e que não basta mencionar tal ou qual princípio, deve-se apresentar como se chegou até ele e a necessidade do uso da técnica.

Exporemos aqui a utilidade da técnica. Porém, no conflito com o direito ora posto, a difícil transposição do requisito “necessidade”.

Para isso, os princípios de interpretação específicos do direito constitucional são de suma importância. São eles: supremacia da Constituição: as normas constitucionais possuem supremacia formal e material; unidade da Constituição: todas as normas constitucionais possuem igual hierarquia jurídica; presunção de constitucionalidade das leis: as leis presumem-se constitucionais; interpretação conforme a Constituição: as leis devem ser interpretadas de acordo com os valores constitucionais; máxima efetividade: toda interpretação jurídica deverá tentar proporcionar a máxima efetividade da Constituição; concordância prática: havendo colisão de valores constitucionais, deve-se tentar harmonizá-los, sacrificando-os o mínimo possível; proporcionalidade: as restrições aos direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito; proteção ao Núcleo Essencial: as restrições aos direitos fundamentais não podem afetar o núcleo essencial da norma; proibição de abuso de direitos fundamentais: os direitos fundamentais não podem servir para justificar a violação de outros direitos igualmente importantes (MARMELSTEIN, 2008, *passim*).

Diante do que passaremos a expor, a técnica da ponderação, notar-se-á a importância destes princípios, acima expostos, orientadores na solução dos conflitos.

3. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – TÉCNICA

Indispensável para o desenvolvimento deste trabalho dizer, ainda que em poucas palavras, em que consiste a técnica da ponderação, pois será utilizada a fim de, reconhecida a limitabilidade da norma em determinada situação, partir-se para o sopesamento.

Em palavras singelas, a técnica consiste em dizer acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; qual direito deve prevalecer quando, em um caso concreto, entram em colisão.

Porém, percebemos a difícil resolução em situação de colisão entre direitos fundamentais, bem como a aceitação da relativização de um direito.

É como diz Marcelo Cattoni de Oliveira (2007, p. 118):

[...] como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito?

De outro lado, diz Daniel Sarmento (2002, p. 144) que:

Se, embargo, cumpre ressaltar que a ponderação de interesses é uma necessidade indeclinável diante da natureza aberta das normas constitucionais, que não possuem campos de incidência demarcados com precisão.

Diante dessas palavras podemos abstrair que o autor entende que a técnica é necessária. Acrescenta o jurista, o seguinte:

Cumpre ressaltar, porém, que a ponderação, pelo menos nos moldes propostos ao longo deste estudo, funda-se em critérios racionais, passíveis de controle objetivo. O uso do princípio da proporcionalidade, em sua tríade dimensão, para aferição da validade da compreensão a cada um dos interesses constitucionais em jogo, bem como a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz substancial das ponderações, diminuem a carga de subjetividade inerente ao processo em questão, tornando-o mais seguro e controlável. Por outro lado, a fundamentação decisória deverá permitir a análise da congruência da ponderação com os princípios acima referidos, conferindo-lhe maior transparência e evitando decisões motivadas por caprichos e preferências puramente subjetivas (SARMENTO, 2002, p. 146).

O próprio Norberto Bobbio (1992, p. 42) já falava que:

[...] na maioria das situações em que se está uso em causa um direito do homem [...] ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentam, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante.

Primeiramente, a utilização da técnica pressupõe a inexistência de norma legislativa que traga resolução ao conflito e a mesma é conjugada com o princípio da proporcionalidade, para qual valor deve prevalecer (a intimidade, o patrimônio ou algum outro).

Na colisão entre direitos de pessoas diversas, que é típica de um Estado de Direito, ou seja, que possui Constituição positivada, e isto ocorre justamente porque os direitos fundamentais são ligados a princípios constitucionais com estrutura aberta a possibilitar variados comandos no caso concreto, apresentando, assim, os direitos fundamentais caráter relativo, diante de um caso concreto. Daí a importância das técnicas de interpretação – hermenêutica – dos direitos fundamentais permitindo que, na aplicação desses direitos, não haja sacrifício desnecessário.

Essa técnica, onde pondera-se valores, é um instrumento que o intérprete, ao utilizá-lo, deve pautar, também, no princípio da proporcionalidade, como acima citado, sendo que sua decisão deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Melhor detalhando, analisados os requisitos da adequação e necessidade, deve haver na aplicação a proporcionalidade propriamente dita. Não basta ser adequada e necessária, deve ser proporcional. Adequada quando resolve o problema/atingir o fim almejado. Necessária quando não há outro meio/ estritamente exigível e não excessiva, por causar menor prejuízo possível e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger os direitos fundamentais. Proporcional, quando o bem protegido é de valor inferior ao bem sacrificado.

Podemos dizer, então, nas palavras de Marmelstein (2008, *passim*) que a proporcionalidade, em sentido amplo, equivale à adequação, conjugada com a necessidade e a “proporcionalidade em sentido estrito” (técnica da ponderação). A técnica da ponderação, por sua vez, equivale à aplicação da conciliação e, não sendo esta possível, do sopesamento. Concluimos, então, que a técnica da ponderação é o instrumento para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, pois nesses casos as técnicas tradicionais de hermenêutica são insuficientes.

Ainda, segundo George Marmelstein (2008, *passim*), cuja técnica apresentada elegemos para este trabalho, a técnica, embora não ofereça uma resposta 100% segura, é o melhor que se tem, no presente, em matéria de interpretação de direitos fundamentais, pois oferece ferramentas para alcançar a justiça. A técnica consiste em, após análise da adequação e necessidade, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo para, em um segundo momento, se não for possível a conciliação, partir para a ponderação propriamente dita.

3.1. Técnica da Ponderação: Etapas

Diante do exposto no item acima, filiando-nos à técnica exposta por Marmelstein, por entendermos que diante de sua orientação confirma a legitimidade democrática dos juízes, passamos à sua apreciação.³

Na técnica da ponderação, como exposto, são aplicadas duas etapas:

Primeira etapa: harmonização ou concordância prática. Nesta fase busca-se a harmonia entre os direitos em colisão ou sua conciliação.

Diz Marmelstein que na aplicação desta primeira etapa, sendo possível a conciliação e a harmonização, deve-se observar o princípio da máxima efetividade e da concordância prática, ou seja, no ato de interpretar deve-se tentar proporcionar a máxima efetividade da Constituição e tentar harmonizar os valores em colisão, sacrificando-os o mínimo possível. É claro que um dos direitos será mais sacrificado que o outro, mas tenta-se preservar a máxima efetividade quando possível a conciliação. Não sendo possível, passa-se para a segunda etapa.

Segunda etapa: sopesamento de valores ou da ponderação propriamente dita. Nesta etapa, diz Marmelstein que, inevitavelmente, um direito fundamental será sacrificado, aquele

³ A técnica apresentada neste trabalho, trazida para solução do conflito envolvendo o direito de liberdade à informação, é a exposta por George Marmelstein, na obra citada.

considerado de menor valor, o que implica no reconhecimento da existência de hierarquia axiológica, não “normativa” (princípio da unidade da Constituição), entre valores constitucionais.

Como o sopesamento é uma atividade complexa e se baseia em critérios pouco objetivos, depende também do perfil ideológico de quem realizará a ponderação, à exceção de situações bem extremadas como, por exemplo, o direito à vida e ao patrimônio, vida e lazer. Então, nesta etapa o julgador deverá fazer o sopesamento dos valores.

Ainda, no sopesamento de valores deve-se observar que as vantagens que trará devem superar as desvantagens e considerar na ponderação também os princípios da proteção ao núcleo essencial e a proibição de abuso de direito fundamentais.

4. EXCEPCIONALIDADE DO USO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO EM RELAÇÃO A CONFLITO ENVOLVENDO O DIREITO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Para apresentar a excepcionalidade da técnica da ponderação resolvemos, como já expusemos, nos embasar em um direito objetivo, positivado constitucionalmente e de relevante valor para um Estado Democrático de Direito, o direito de liberdade de informação,⁴ o qual envolve os direitos de informar positivo e negativo, de se informar e ser informado. É dizer, ao lado da liberdade de informação compreendida como o direito de informar (artigo 220, *caput*, CF/1988) e o direito de ser informado (artigo 5º, XXXIII, CF/1988) existe ainda um terceiro aspecto que se relaciona com os demais, trata-se do direito de se informar (artigo 5º, XIV, CF/1988), que compreende o direito do indivíduo de ir em busca da informação.

4.1. Liberdade de Informação

A liberdade social, identificada através de lutas e disputas, muitas vezes envolvendo o governo e a sociedade, foi o ponto de partida para o reconhecimento da liberdade como autoproteção do indivíduo.

Melhor retrato das lutas da liberdade ao longo da história é representado através do ensaio de John Stuart Mill (1963, p. 03): “A luta entre liberdade e autoridade apresenta-se como a feição mais evidente nas partes da história com que nos familiarizamos desde cedo, particularmente da Grécia, Roma e Inglaterra”.

⁴ Artigo 5º, incisos IV, IX e XIV da Constituição Federal de 1988.

Interessante notar a revolução do conceito de liberdade, por primeiro, os limites que permitiam ao governo exercer sobre a sociedade, sendo entendida, esta limitação, como liberdade (MILL, 1963, p. 03), progredindo, até alcançar a sua autonomia e formas de proteção.

O princípio da necessidade de autoproteção é visto, por John Stuart Mill, como aquele que estabelece os limites da autoridade coletiva da sociedade em relação ao indivíduo.

Tal princípio é o de que a autoproteção é o único objetivo pelo qual se pode garantir aos homens, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer deles. O único objetivo a favor do qual se possa exercer legitimamente pressão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, consiste em prevenir dano a terceiros (MILL, 1963, p. 12).

Endossamos assim, a tese de Mill, ilustre filósofo, que defende a possibilidade de exercer, legitimamente, pressão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, a fim de prevenir dano a terceiros.

Neste ponto, é certo conjecturar que o Estado somente está justificado a interferir na vida das pessoas, através da coação ou penalidade, para evitar que se cause dano a outras. Esta é a verdadeira autoproteção.

Seguindo este raciocínio, Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 63-64) destaca:

As liberdades, assim já vaticinava o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da França, dizem respeito à faculdade de se poder agir, desde que tal ação não venha em prejuízo dos demais. Por conseguinte, o exercício dessas liberdades por um indivíduo não pode implicar a exclusão dos demais. Por isso se diz que os direitos fundamentais, caudatários dos direitos humanos, são universais, ou seja, destinam-se ao ser humano enquanto gênero, e não a uma categoria ou classe de pessoas. O titular de uma liberdade, assim, será sempre o indivíduo, genericamente considerado.

Vencida a ideia de liberdade, conseguimos identificar formas desta, encontrando a liberdade de pensamento, que se desdobra em liberdade de consciência e liberdade de exteriorização de pensamento, como garantia constitucional.

Além destas, outras liberdades também se destacam como a liberdade de informação e a liberdade de consciência, caracterizadas como fundamentais e defensivas, conforme esclarece Canotilho (2003, p. 1.127-1.128):

As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Nesse sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa).

Dentre estas liberdades, ganha ênfase a liberdade de manifestação de pensamento, bem como a vedação a qualquer censura, isso porque protegidas constitucionalmente e previstas no

artigo 5º, IV e IX, há a impossibilidade de censura prévia, que chega a ser a restrição à livre manifestação de pensamento.

Esta liberdade de manifestação de pensamento, encontrada como defesa também em outras Cortes Constitucionais, ganhou destaque na primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, isto porque, à época, já havia preocupação com a proteção dos direitos fundamentais e nesta emenda, o Congresso se encontrava impedido de limitar a liberdade de expressão, estando clara a desautorização de qualquer forma de censura prévia.

O jurista Luís Roberto Barroso (2005, p. 103) entende que a liberdade de expressão “destina-se a tutelar o direito de externar as ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”.

Antes de mais nada, convém observar que a existência de opinião pública livre é um dos primeiros pressupostos de democracia de um país, sendo que, somente podemos falar de opinião pública livre onde existe liberdade de informação jornalística. Os direitos de informação servem, então, para fiscalizar a democracia.

Assim, conforme Tatiana Stroppa (2010, p. 71):

[...] o direito ou liberdade de informação agrega não apenas a liberdade do emissor, mas também o direito do destinatário de se informar e de ser informado. Por isso, o direito ou liberdade de informação não encerra apenas um direito, antes, compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado.

Já, “pode-se dizer que a liberdade de informação jornalística é aquela desenvolvida por intermédio dos meios de comunicação de massa no exercício do direito de informar” (STROPPA, 2010, p. 147), ou seja, envolve os mais variados meios de comunicação para efetivar a comunicação.

A liberdade de informação é outra forma de liberdade, que se destaca por ser o cerne do presente estudo. Esta envolve todas as formas de expressão do homem, seja ela por meio jornalístico, rádio, televisão, ou qualquer outra forma de exteriorizar o pensamento do homem.

Em razão de envolver os mais variados meios de comunicação, esta forma de liberdade corresponde à liberdade de informação jornalística, também conhecida como liberdade de imprensa.

Nesse sentido: “A liberdade de informação jornalística é por assim dizer a herdeira primogênita da antiga liberdade de imprensa” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 177).

Pertinente a definição de José Afonso da Silva (2012, p. 112), ao salvaguardar o entendimento de que o direito à informação é um direito individual:

A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Aqui se ressalva o direito de o jornalista e o comunicador social não declinarem a fonte onde obtiverem a informação divulgada.

Assim, a liberdade de informação é atualmente entendida como um direito subjetivo, sendo assegurado a todo e qualquer cidadão e versando sobre a manifestação livre do próprio pensamento.

Devemos entender, portanto, a liberdade de informação como o direito de comunicar e receber livremente informações sobre fatos que se podem considerar noticiáveis.

Realizado o estudo sobre a liberdade de informação, conseguimos conceituar o direito à informação, o qual, bem definido, por José Afonso da Silva (2012, p. 112), corresponde a:

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.

Nestes termos, direito à informação passa a ser mais do que um direito, sendo garantia constitucional, onde a todos é assegurado o acesso à informação, conforme previsão constitucional: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (artigo 5º, XIV, CF/1988).

O dispositivo acima citado protege a fonte da informação, sem o qual os direitos de expressão, informação e comunicação estariam prejudicados. Trata-se, portanto, de uma garantia aos direitos envolvidos na comunicação.

4.2. Excepcionalidade da Ponderação

Quando falamos em liberdade, lembramos da luta travada para a sua conquista. Impor limites a esse direito, que é o sustentáculo dos demais direitos, no sentido de que a busca pelos direitos visa satisfazer o indivíduo em suas liberdades, é tarefa melindrosa.

Nelson Juliano Cardoso Matos, em conclusão de um trabalho sobre liberdade, apresenta a seguinte consideração:

O certo é que a doutrina liberal da liberdade difundida nos dias atuais apresenta contradições e lacunas insuperáveis frente aos problemas das sociedades contemporâneas; particularmente o dilema/paradoxo de

proteger a liberdade individual sem atentar contra a liberdade individual. O núcleo do problema é que a concepção liberal foi estruturada com a premissa do ‘tudo ou nada’, ou seja, uma ideia absoluta e direta da liberdade individual; para tanto, há problemas para compreender uma liberdade parcial, quando, na verdade, a liberdade é necessariamente parcial; isso leva à seguinte indagação: diante da necessidade da liberdade individual parcial, quais as liberdades que são essenciais (quais não se pode abrir mão para ser livre)? Mais uma vez a ideia absoluta e direta da liberdade causará dificuldades para uma resposta satisfatória; porque uma liberdade individual pode esbarrar na mesma liberdade individual exercida por outro; porque uma liberdade pode colidir com outro tipo de liberdade; ou porque uma liberdade pode colidir com outro valor, a princípio não liberal, mas que indiretamente potencializa o uso da liberdade. Nesta complexidade de questões e de fatores, as teorias tradicionais da concepção liberal de liberdade não apresentam boas respostas.⁵

Não pretendemos neste trabalho explorar a fundo os sentidos da liberdade em todas as suas possibilidades, mas o texto acima nos mostra uma preocupação com os seus limites frente a outros direitos ou mesmo frente a outras liberdades.

O exercício de um direito pode, sim, violar o direito de outrem, nascendo para esse terceiro o também direito de acionar. Seria uma forma de reparação e não controle prévio. Nos Estados Unidos, diz Dworkin, vigorou o entendimento de William Blackstone, que afirmava que o governo não poderia impedir os cidadãos de publicarem o que eles quisessem, mas estaria livre para punir, após o evento, caso expressassem opiniões ofensivas ou perigosas (DWORKIN, 2005, p. 196-197).

Percebe-se que o aplicado nos Estados Unidos, naquela época, é um controle posterior. Não se relativizava o direito à informação em conflito com o outro. Deixava-se a resolução para responsabilizar o autor das consequências do exercício de seu direito.

Clarissa Tassinari e Elias Jacob de Menezes Neto, embasados em Dworkin, discorrem que:

[...] os estudiosos e advogados dos Estados Unidos propuseram, durante a história, diversas fundamentações para a liberdade de expressão e comunicação. A maioria delas, no entanto, pode ser enquadrada em dois grupos principais que não são mutuamente excludentes e que não pressupõem a liberdade de expressão absoluta.⁶

O *primeiro grupo* trata a liberdade de expressão como importante, do ponto de vista instrumental, ou seja, não se fundamentam no fato de que as pessoas possuem um direito

⁵ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **O dilema da liberdade:** considerações sobre o sentido moderno de liberdade. Disponível em: <<http://www.univali.br/period>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

⁶ MENEZES NETO, Elias Jacob de; TASSINARI, Clarissa. **Liberdade de expressão e hate speeches:** as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19e901474bd32d47>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

moral para se expressar livremente (DWORKIN, 2005, p. 208), mas ao permitir que expressem suas ideias sem óbices pode resultar em dados positivos no resto da sociedade.

O *segundo grupo* de fundamentações, denominado constitutivo, trata a liberdade de expressão como possuidora de um valor *de per se*. Sua virtude não estaria apenas nas consequências positivas para o pluralismo de ideias, mas, também, porque considera como essencial e caracterizadora de uma sociedade política justa que o governo trate todos os cidadãos como pessoas adultas, como agentes morais responsáveis. Justifica-se pelo fato de que pessoas moralmente responsáveis são capazes de formar sua própria opinião sobre o que é bom ou mau nas suas vidas e na política, ou o que é verdadeiro ou falso em assuntos como justiça.

Assim:

[...] somente somos capazes de manter nossa dignidade como indivíduos quando insistimos que ninguém –nenhum poder estatal e nenhuma maioria– tem o direito de esconder certa opinião de nós com o fundamento de que não somos capazes de ouvi-la e considerá-la (DWORKIN, 2008, p. 209).

Por isso, ganha tamanha importância o aspecto relativo à autonomia da vontade, no sentido de verificar a inexistência de vícios nas vontades, pois quem exercitou o direito deve ter capacidade para responder por suas consequências se, do fato, resultou lesão a outro direito.

Pois bem, essa foi uma técnica para a preservação do caráter ilimitado do direito de liberdade à informação que entendemos ser essencial trazer neste trabalho, com a finalidade de ressaltar a importância do direito em estudo.

Porém, embora o direito de liberdade de informação seja vital para o desenvolvimento humano e, por isso, se aprofundarmos no estudo da sua natureza conseguiremos ligá-lo aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, irrenunciáveis, a prática exige técnicas para a solução de conflitos com outros direitos da mesma natureza.

Como alude Artur César de Souza, “[...] o direito de informação, mais que um direito individual, constitucional, configura-se modernamente como um direito social de garantia democrática das sociedades multiculturais e complexas” (SOUZA, 2011, p. 185). É um direito, acrescentamos, vital à democracia, complementado pelo direito de se expressar.

Por este valor, de garantia da própria democracia, base da República Federativa do Brasil, que a ponderação propriamente dita, é instrumento excepcional quando em jogo

direito à informação, é dizer, o requisito da necessidade deve observar a existência de excludentes e ser avaliada, também, sem desconsiderar que aquele segundo sujeito, o que teve seu direito violado (direito em conflito com o da informação), também é destinatário da informação⁷ a que ele combate e ao mesmo tempo também é livre para criticá-la, para requerer qualquer prejuízo que venha lhe causar, de se informar. Então, nestes casos, a supressão no caso concreto implica em aniquilamento do direito fundamental de ambos os sujeitos, pois o segundo sujeito também é detentor do direito de ser informado e de se informar. Em suma, nas palavras de Tatiana Stroppa (2010, p. 88), “[...] o regime imposto aos meios de comunicação objetiva proteger o direito de informação em sua tríade de direitos [...]”.

Porém, não é somente essa questão. A excepcionalidade que estamos tratando neste trabalho é, especialmente, devido ao fato de que o direito à informação somente é limitado concretamente em duas situações constitucionalmente estabelecidas: existência de interesse à segurança pública e em matéria fundada na privacidade e intimidade.

Interessante verificar que neste quadro o direito à informação não deve perder o foco da “relevância e verdade”, pois o direito de receber a informação é ligado à informação verdadeira e relevante. Estes quesitos devem ser, também, analisados no requisito “necessidade”. Como o sigilo da fonte, resguardado constitucionalmente, visa proteger o informante, não tem, então, escopo de admitir, ainda que tacitamente, a falsidade da informação.

Estas, verdade e relevância, acrescidas da objetividade, são características da informação. Quem informa deve observar isto.

É o clássico caso da afirmação – como as de John Milton e John Stuart Mill demonstradas anteriormente – de que a liberdade de expressão e comunicação são importantes por permitir a descoberta da verdade e eliminar o erro ou de produzir boas leis. Para essa corrente, aquela liberdade seria parte de uma estratégia, uma aposta coletiva de que a livre expressão e divulgação de ideias trazem, no geral, maior quantidade de resultados positivos, que negativos.

A informação sendo verdadeira, relevante e objetiva somente pode ser suprimida em duas situações constitucionalmente previstas. Primeira, em caso de *segurança pública*, que libera os poderes públicos do dever de informar. Segundo, *em matéria relacionada à vida privada e íntima*. Nesta segunda hipótese, é relevante e questionável se a pessoa cuja vida

⁷ Direito de ser informado, uma das vertentes do direito de liberdade.

privada e íntima foi violada é ou não pública. Daí, estamos diante das escusas constitucionalmente protegidas. Com isso, podemos verificar a excepcionalidade da aplicação da técnica da ponderação diante da difícil transposição do requisito “necessidade”, somente admissível nestas duas situações, após confirmada a veracidade.

CONCLUSÃO

Com esta exposição, a nossa pretensão foi somente abrir uma discussão e atenção às restrições ao direito de liberdade de informação, sob o argumento de que outro direito, também fundamental, de valor superior estaria sendo, por aquele, prejudicado. Para isso, apresentamos uma excepcionalidade à técnica da ponderação, sem desmerecê-la e sem desconsiderá-la, no sentido de que se deve atentar ao fato de que a ponderação é importante, quando necessária e quando não afastada constitucionalmente.

Dizemos afastada constitucionalmente porque, conforme exposto no item anterior é na própria Constituição brasileira que encontramos as excludentes da liberdade de informação. Fora essas situações, entendemos que a liberdade de informação reina absoluta. Assim, no uso da técnica de ponderação para resolução da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, exposta neste trabalho, ao se chegar na etapa de análise do requisito “necessidade”, para ultrapassá-lo deve-se, também, estar presente alguma das excludentes constitucionais. Como no caso do direito à liberdade de informação as excludentes são restritas a duas, a transposição dessa fase é limitada à presença dessas duas excludentes.

Por essas razões, nas colisões que envolvem o direito fundamental de liberdade de informação, sendo esta verdadeira e objetiva, a “necessidade” da ponderação é limitada à existência de resguardo da *segurança nacional e proteção da vida privada e íntima*. É a pontuação das excludentes para concluir que a transposição do requisito “necessidade” é de extrema excepcionalidade.

REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Verbatim, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Coimbra, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Why must speech be free? In: Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **O dilema da liberdade**: considerações sobre o sentido moderno de liberdade. Disponível em: <<http://www.univali.br/period>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; TASSINARI, Clarissa. **Liberdade de expressão e hate speeches**: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19e901474bd32d47>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

MILL, John Stuart. **Da liberdade**. São Paulo: IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A, 1963.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. Coordenação de Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** 2ª tirag. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Artur César de. A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. *In: Revista CEJ*, vol. 15, nº 55. São Paulo, set./dez. 2011.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.