

O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

Luiz Carlos Ferraresi¹

RESUMO

Os princípios constitucionais que tratam do direito à livre expressão do pensamento e do direito à intimidade das pessoas têm mesmo nível hierárquico e devem ser aplicados em qualquer caso. No entanto como podem ser conflitantes em casos concretos, a aplicação de um pode prevalecer sobre o outro. Para resolver tal conflito, em cada caso, o aplicador do direito poderá usar o método da ponderação, que pressupõe a razoabilidade e proporcionalidade.

¹ Docente do Curso de Direito da Unifev - Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, cada vez mais impregnados de tecnologia, onde impera a comunicação por meios eletrônicos, cresce exponencialmente a facilidade de transmissão de informações, ideias e opiniões e, conseqüentemente, é crescente o número de pessoas que se pode atingir com a emissão de apenas uma mensagem. À vista disso, é natural que se preocupem os operadores do direito com a extensão da liberdade dos emissores de mensagens e sua responsabilização.

Recorrendo a um dicionário (Caldas Aulete, Lexikon Editora, 2007) verificamos que “liberdade” significa “possibilidade de agir segundo a própria vontade”, com uma ressalva no próprio verbete, que o agir deve se dar “dentro dos limites da lei e de normas socialmente aceitas”.

A sabedoria popular não esquece um princípio, segundo o qual “a liberdade de um acaba onde começa a liberdade do outro”. A longevidade do princípio na cultura do povo decorre da sua experiência no inter-relacionamento social. Qualquer pessoa deve ter total liberdade, dentro dos limites que as regras de convivência social impõem. Como as imposições do direito positivo são produto da cultura de uma comunidade, é esperado que as leis imponham limites ao exercício da plena liberdade em prol do convívio social. É neste sentido que se apresentam as disposições do inciso IV e V, do artigo 5º, da Constituição brasileira, que asseguram a livre manifestação do pensamento, mas vedam o anonimato e garantem o direito de resposta, além de indenização em caso de dano material, moral ou à imagem.

CONFLITO DE PRINCÍPIOS

O pensamento em si, como produto da mente humana, é totalmente livre. Não se cogita de assegurá-lo, pois não há possibilidade legal de impedi-lo. Lembra José Cretella Júnior (Curso de Liberdades Públicas, Forense, 1986, p.79) que “a expressão *liberdade de pensamento* não tem significado na ordem jurídica, a não ser que se entenda como síntese desta outra: *liberdade de pensamento expresso*, manifestado, emitido”. Em conseqüência da liberdade de manifestação do pensamento vem a liberdade de opinião que é “o direito de manifestação de *juízos de valor* sobre determinados assuntos” (ibidem).

O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

A Constituição de 1988 é farta ao assegurar os direitos de livre expressão de pensamento e opinião, quando dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV), que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX), que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (art. 5º, XIV), e que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*).

Por outro lado, a mesma Constituição dispõe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, V), que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X), e que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII).

Verifica-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro assegura a liberdade de expressão de ideias e opiniões, bem como a livre veiculação de informações, as quais não poderão sofrer qualquer restrição, sejam sob quaisquer formas de veiculação, mas também assegura o direito à intimidade e à imagem das pessoas, bem como de suas comunicações. Portanto é comum acontecerem situações nas quais haja confronto de direitos antagônicos. Pode acontecer, por exemplo, de alguém querer exercer o direito de informar, enquanto outrem exige seu direito de manter a mesma informação em sigilo. Será necessário, então, tentar buscar um equilíbrio entre o direito à vida privada e a liberdade de informação, sabendo-se que “não existem direitos ilimitados”, já que todos eles “comportam privações e limitações”, como lembra René Ariel Dotti (Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação, Revista dos Tribunais, 1980, p. 175). Dotti considera que em razão de não ser ilimitado o direito à privacidade, deverá este “conciliar-se com o exercício da liberdade de informação, decorra ela do interesse público ou dos interesses de particulares” (op. cit. p. 182). Mas como obter essa conciliação?

PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Quando se trata de conflito entre leis, a solução pode ser dada com a exclusão de uma delas, por meio de critérios, como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade (Norberto Bobbio, *Teoria da Ordenamento Jurídico*, Editora UNB, Brasília, 1996, p. 92). Assim prevalece a disposição legal mais recente que conflitar com outra mais antiga, por exemplo. Mas quando se tratar de princípios constitucionais, visto que ostentam a mesma hierarquia e não têm prevalência de datas, outro caminho deverá ser trilhado. É possível dizer que as regras das leis podem ser incompatíveis, enquanto as diretrizes valorativas dos princípios podem ser apenas concorrentes.

A doutrina indica que princípios conflitantes podem ser mais ou menos aplicáveis somente com a análise de cada caso concreto. E num caso concreto, quando dois princípios concorrem entre si, um caminho que se oferece para o intérprete é o que leva em conta a proporcionalidade e a razoabilidade, buscando resolver o conflito por meio de ponderação.

Para Helenilson Cunha Pontes (*O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, *Dialética*, 2000, p. 34), baseado em Robert Alexy, “a precedência de um princípio em relação a outro deve ser aferida sempre diante das circunstâncias do caso concreto e do respectivo peso que cada um dos princípios assume diante dessas circunstâncias. A dimensão de peso inerente aos princípios jurídicos permite que as colisões entre eles resolvam-se segundo uma ponderação dos pesos dos princípios colidentes, sem que o princípio afastado perca sua dimensão de validade.”

Já Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*, Malheiros, 2004, p. 58) acredita que “não se pode categoricamente afirmar que os princípios só entram em conflito no plano concreto”. Para Ávila, existem alguns princípios cujas relações podem se revelar mesmo em nível abstrato, sendo “concebível, inclusive, pré-selecionar hipóteses de conflito”. O autor exemplifica exatamente com o princípio da liberdade de expressão em relação com o princípio da proteção da esfera privada.

Sem intenção de propor óbices à análise de Humberto Ávila, é possível dizer que, mesmo no caso dos princípios citados, diferentes casos concretos podem levar a conclusões diversas. A maior ou menor exposição pública consentida da vida de uma pessoa poderá determinar o nível de privacidade que ela requer. Sendo assim, a

O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

ponderação de pesos entre princípios conflitantes aplicáveis é especialmente requerida em casos concretos.

Sobre a razoabilidade, adota-se aqui a lição de Luís Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 1996, p. 204), com base em vários autores, segundo a qual “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia: o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”. Em suma, haverá razoabilidade quando houver justiça. Em tempo, alerta esse autor para a dimensão de subjetividade que envolve o princípio.

A razoabilidade traz consigo a ideia de proporcionalidade, razão pela qual os dois termos portam semelhanças. Diz-se que algo é razoável quando é proporcional, da mesma forma que algo desproporcional não é razoável. Isto porque a proporcionalidade tem como núcleo a “proibição do excesso”, representando, portanto, “o limite jurídico-constitucional ao arbítrio estatal” (Helenilson Cunha Pontes, op. cit. pp. 86 e 58).

Num caso concreto em que seja possível a aplicação de princípios conflitantes, já que têm o mesmo nível hierárquico, o intérprete, munido de razoabilidade e proporcionalidade, deverá empreender uma ponderação entre os princípios aplicáveis, de modo a graduar a influência de cada um ou mesmo anula-la.

O termo “ponderação” pode ser aqui entendido como uma atribuição de pesos a mais de um elemento que concorram para um todo. A ponderação de que se trata aqui refere-se a princípios e valores. Conforme Humberto Ávila (op. cit. p. 95), num exemplo, a liberdade, que é um valor, deve ser buscada ou preservada. Os princípios, por juridicizarem valores, determinam que estes sejam buscados. Então, quando dois princípios, que portam valores, devem ser almejados, mas são conflitantes, darão ensejo à ponderação (ibidem, p. 43). Na ponderação de princípios “esta deve indicar a relação de primazia entre um e outro” (ibidem, p. 96).

É o que ocorre na contraposição do princípio da liberdade de locomoção (art. 5º, XV) e o princípio do direito social à segurança (art. 6º, ‘caput’). Enquanto o primeiro assegura a qualquer pessoa que não pode haver impedimentos ao seu direito de ir e vir, o segundo dá direito à sociedade de ter preservada a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, ‘caput’). Assim, quando uma pessoa comete um crime e a sua liberdade é cassada por um certo período,

O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

proporcional à gravidade do crime, significa que prevaleceu o segundo princípio sobre o primeiro.

Outro exemplo pode ser o de um escritor que resolve publicar uma biografia de alguma pessoa. Neste caso estará exercendo o seu direito de expressar sua atividade de comunicação, independentemente de licença (art. 5º, IX). No entanto, se a publicação violar a honra ou a imagem (art. 5º, X) do biografado, estará ofendendo o direito deste, que poderá pedir o impedimento da obra. Mas se o fato que fere a sua honra ou a sua imagem for o relato de uma condenação de um crime transitado em julgado, o juiz poderá entender que tal relato, por ser de conhecimento público, não irá alterar o conceito de honra e imagem que o biografado possa ter. Porém isso não é tudo. Se o biografado for uma pessoa famosa, sua vida pode ser mais exposta, ao contrário valerá a alegação de seu direito a permanecer anônimo ao grande público.

Há que se observar também que os valores mudam com o passar do tempo, mesmo que os textos da Constituição e das leis continuem intactos. Se em passado recente, a sociedade humana buscava um maior recato, enquanto o Estado opressor era o vilão bisbilhoteiro (vide George Orwell, em seu romance “1984”, publicado em 1949), hoje as pessoas tendem a se expor cada vez mais, revelando gostos e detalhes de sua vida ao público, não só em programas televisivos, mas principalmente nas redes sociais da internet. Já em 1977, Marvim Grosswirth, em artigo jornalístico, constatava as dificuldades para uma vida privada nos EUA, onde as pessoas não tinham mais segredos, na medida em que os detalhes de suas vidas estavam quase todos arquivados e à disposição de quem os quisessem conhecer: “empregadores e colegas, consumidores e concorrentes, bancos e lojas de crédito, agência de seguros, ex-esposas, etc.” (Apud Dotti, op. cit. p. 177)

Com o desenvolvimento da Internet, não só como meio de comunicação e informação, mas também como um grande balcão de negócios, o tema do sigilo e da privacidade ganha um grande destaque. Não só pela possibilidade de invasão ilegal com intenções criminosas ou pela divulgação de dados inverídicos, mas também pela montagem de perfis de usuários, para satisfazer a interesses empresariais. É sabido que as empresas rastreiam informações na rede para identificar, por exemplo, preferências pessoais de consumidores, para fins de publicidade e vendas.

Outra preocupação com os meios eletrônicos de comunicação diz respeito ao anonimato. Se por um lado pode ser benéfico – e há inúmeros defensores do anonimato, por outro pode ser um incentivo para o prejuízo de terceiros. Sendo

O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

permitido o anonimato, sempre aparecerá um experto em informática capaz de rastrear seu autor. Não sendo, aparecerá aquele que conseguirá se esconder na rede. É o progresso da ciência. Juridicamente, o que interessa é a proibição constitucional expressa do anonimato na manifestação do pensamento. Determinada manifestação de pensamento que venha a causar danos a terceiros ensejará ação de reparação, amparada em direito constitucional. E a prevalência de um princípio (livre expressão) sobre o outro (indenização por dano) será o objeto da ponderação.

Por todo o exposto, não deve ser aceita a legislação infraconstitucional que venha a privilegiar um direito em relação ao outro, sendo ambos prestigiados por princípios constitucionais. É o caso do artigo 20 do Código Civil, especialmente a sua parte final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com essas novas facilidades para monitorar pessoas e com a aquiescência dos usuários em dispor seus dados ou preferências no meio eletrônico, deve ser lembrado que o direito positivo continua regulando todas essas ações. No caso brasileiro, como vimos acima, a Constituição traz vários princípios constitucionais, tanto no sentido de assegurar a liberdade de informação quanto no de proteger a privacidade das pessoas e o sigilo de suas informações. E além dos princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional existente, além da que está em processo de discussão, pretende normatizar o mais possível tais relações cibernéticas.

No entanto, as circunstâncias de cada caso concreto é que determinam a prevalência de um determinado princípio sobre o outro. Assim sendo, em qualquer meio em que se possa ter a liberdade de informação, sempre poderão ser contrapostos a privacidade das pessoas e o sigilo de suas informações.

REFERÊNCIAS

AULETE, Caldas, Dicionário Caldas Aulete da Língua Portuguesa, Lexikon Editora, 2007

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**, Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto, **Teoria da Ordenamento Jurídico**, Editora UNB, Brasília, 1996.

CRETELLA Júnior, José, **Curso de Liberdades Públicas**, Forense, 1986.

DOTTI, René Ariel, **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**, Revista dos Tribunais, 1980.

PONTES, Helenilson Cunha, **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**, Dialética, 2000.