

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012  
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
Administrativo & Constitucional

A&C

---

# A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

**IPDA**

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEÚ FELIPE  
**BACELLAR**

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Supervisão editorial: Marcelo Belico  
Revisão: Daniel Starling  
Pablo Gobira  
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342      CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**

Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile)
José Eduardo Martins Cardozo (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Há um Direito à Privacidade e Intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporâneas, notadamente em face de informações de interesse público indisponível?<sup>1</sup>

## **Rogério Gesta Leal**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

---

**Resumo:** O presente ensaio pretende tratar do tormentoso tema do Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade em face do direito igualmente fundamental à informação sobre os atos de terror do Estado no Regime Militar.

**Palavras-chave:** Direito à intimidade. Direito à informação. Regime militar.

**Sumário:** 1 Notas introdutórias – 2 Acesso a informações atinentes aos atos de terror de Estado praticados pelo regime de exceção no Brasil e o Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade – Uma difícil equação – 3 A Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2011, e o Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade no Brasil – Considerações finais – Referências

---

<sup>1</sup> Este texto é fruto das pesquisas que estão sendo desenvolvidas no *Grupo de Pesquisa sobre Verdade, memória e justiça: análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo do RS envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964-1985)*, junto ao Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

## 1 Notas introdutórias

Há muito debate ainda hoje sobre o chamado Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade, não só no Brasil, mas em todo o Ocidente, notadamente no que diz com os limites e blindagens possíveis a tais Direitos sob a perspectiva moral, política e jurídica.

Por outro lado, tem-se também afirmado que a informação e o conhecimento são pedras angulares da Democracia, por múltiplas razões, desde as que se relacionam com as condições e possibilidades de participação da cidadania na gestão dos interesses públicos (e seu controle), até o fato de esta informação e conhecimento serem imperativos categóricos morais e jurídicos, *per si*, à Administração Pública e à Sociedade Democrática.

Pretendo neste texto fazer o enfrentamento desta questão, dando realce mais particular a sua implicação no âmbito de outra discussão igualmente polêmica que é o acesso à informação (inclusive pessoal) envolvendo os atos de terrorismo de Estado praticado por agentes públicos no período do regime militar brasileiro (1964-1985), notadamente em face da edição da Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2011, que regula o acesso a informações previsto no inc. XXXIII, do art. 5º; no inc. II, do §3º, do art. 37; e no §2º, do art. 216, da Constituição Federal de 1988.

### 1.1 Qual o estado da arte do Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade no Brasil?

O tema do Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade não é novo no cenário filosófico, político e jurídico do Ocidente.

Há uma esfera de patrimônio imaterial do ser humano que vem sendo objeto de atenção jurídica progressiva no tempo, envolvendo exatamente outros níveis de existência que não o material e economicamente mensurável por regras de mercado produtivo, e que diz com a condição de ser no mundo deste sujeito e em suas relações afetivas, sexuais, metafísicas, familiares, etc.

Como quer Orlando de Carvalho, em tal situação o ser humano é relocalado no centro de ocupação dos ordenamentos jurídicos, dando-se o fenômeno ao qual chama — com tantos outros autores, inclusive brasileiros — de repersonalização do Direito, no qual a dimensão axiológica e ética das normas ganham mais relevo do que suas feições lógico-formais.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CARVALHO. *Para uma teoria geral da relação jurídica*.

O problema é a radicalização sobre os limites da proteção jurídica deste patrimônio imaterial, havendo quem compreenda, como em Portugal, ser absoluto em todas as suas variantes, como quer Rabindranath de Souza:

Os direitos de personalidade — entre os quais se insere o direito à intimidade da vida privada — podem ser definidos como direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.<sup>3</sup>

Veja-se que a Diretiva Europeia nº 95/46, de 24.10.1995, já dispunha que seus Estados membros devem garantir a tutela dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa física e particularmente o direito à vida privada, com especial atenção ao resguardo do tratamento de dados pessoais.

Na Itália, desde a Lei nº 675, de 31.12.1996, o conceito de vida privada ganha relevo de tratamento, pois opera tal dispositivo forte regulação sobre o manejo de dados privados, a ponto de Alessandro Pace referir que “con la legge 675/1996, quindi, è stata creata una nuova disciplina di fondamentale importanza che influenza lo svolgimento di ogni tipologia di attività, infatti, è praticamente impossibile individuare un’attività per l’effettuazione della quale non vengano utilizzati dati personali”.<sup>4</sup> É interessante notar, todavia, a advertência que faz quanto às informações e dados atinentes à Administração Pública:

<sup>3</sup> SOUZA. A Constituição e os direitos de personalidade. In: MIRANDA (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. v. 2, p. 93.

<sup>4</sup> Adverte o autor que posterior legislação sobre a matéria veio a dar mais coerência ao ponto, simplificando e esclarecendo uma série de conceitos importantes, em especial a Lei nº196, de 30.06.2003. Refere o autor que: “L’adozione di un solo testo di rango legislativo, che prende il posto di un insieme di leggi e regolamenti, è inoltre più consono a disciplinare i diritti e le libertà fondamentali tutelati dalla normativa privacy. Nel corso degli si è sviluppato sempre più il senso di dovere tutelare al meglio quello che è il diritto alla riservatezza del singolo individuo, ovvero il diritto del singolo a decidere autonomamente quando e con quali limiti possono essere diffuse informazioni riguardanti la propria persona. L’individuo non ha più un diritto assoluto di essere lasciato in pace, ma il diritto di conoscere il flusso di informazioni che lo riguardano: il diritto alla privacy acquista così una valenza diversa, rispetto all’originaria

Tale diritto assurge quindi al rango di diritto fondamentale, non solo delle persone fisiche, ma anche di enti e persone giuridiche (fanno ovviamente eccezione gli Organi dello Stato e degli enti pubblici, nello svolgimento delle loro attività istituzionali, la cui attività pubblica esclude per definizione che si possa configurare l'esistenza di dati di natura personale, cui debba essere garantita la riservatezza).<sup>5</sup>

E assim o é porque o que não se admite em termos jurídicos — e até éticos e morais — é a violação da intimidade em qualquer de suas nuances por parte de quem quer que seja em face de curiosidade patológica que muitos meios de comunicação e a excessiva exposição pública de determinadas pessoas fomentam no senso comum da população. Em outras palavras:

In generale, un fatto deve ritenersi privato (e rimanere riservato) quando la sua diffusione non ha alcuna utilità sociale. Quando, cioè, la collettività non può obiettivamente ricavare dalla sua conoscenza alcuna utilità. In assenza di questa, la divulgazione di un fatto privato cessa di servire l'interesse pubblico; e il diritto del singolo individuo alla riservatezza non può essere sacrificato senza il suo consenso.<sup>6</sup>

No caso do Brasil, a ordem constitucional elevou à condição de Direito Fundamental a Privacidade, nos termos do seu art. 5º, X, assegurando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevendo o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ao mesmo tempo, diz o Texto Político — como já referi — que é assegurado a todos o acesso à informação (art. 5º, XIV), sendo que esta informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto na Constituição, vedada ainda qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (art. 220 e §2º).

---

pretesa di escludere gli altri dalla propria vita privata, connotandosi come diritto di mantenere il controllo sulle informazioni relative alla propria persona e sull'uso che di esse viene da altri fatto" (PACE. Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni Costituzionali – Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, p. 21).

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>6</sup> Acrescenta o autor: *Non possono invocare il diritto alla riservatezza lo stupratore e l'omicida, il truffatore e il medico abusivo, così come l'anonimo funzionario arrestato per corruzione. Qui il soggetto è trascinato al centro della scena pubblica unicamente a causa della gravità o eccezionalità dell'azione. Ibidem.*

No âmbito da infraconstitucionalidade, o Novo Código Civil brasileiro, em seu Livro I, Título I, Capítulo II, art. 11 e seguintes, regulamentou ainda mais o tema sob comento, destacando, dentre outras coisas: a) o fato de que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art. 16); b) ao fato de que, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (art. 20); c) ao fato de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21).

Vem daqui a ideia de que há determinadas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, dentre elas, o respeito dos concidadãos (honra subjetiva e objetiva), o bom nome, a imagem e a reputação, e por tal razão devem ser observados.<sup>7</sup> Pérez Luño lembra neste particular que se tratavam destas questões como o direito das pessoas à fama e reputação, bem como direito à tranquilidade do espírito e à solidão.<sup>8</sup>

É certo que o direito de privacidade não se confunde com o de intimidade, representando este o núcleo mais reservado e indevassável da vida de determinada pessoa, em nada interessando à opinião pública o que faz ou deixa de fazer, pensar, sentir, fruir, etc., desde que não interferindo de forma violatória na vida de outras pessoas.<sup>9</sup>

É interessante, todavia, como a imagem tem um espectro amplo de potencial proteção, isto porque, como adverte Álvaro Barbosa, ela não pode ser restrita ao âmbito dos caracteres físicos de indivíduos, mas abarca o que se pode chamar de formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, halografia), como também os dinâmicos (cinema, vídeo). Para além disto, importa reconhecer que este direito à imagem se expande a determinados

---

<sup>7</sup> CARVALHO. *A defesa da honra e o direito à informação*, p. 94. No caso da intimidade, parte da doutrina refere que ele pode ser subdividido em três outros: o direito à solidão, o direito ao sigilo sobre os dados íntimos, o direito de decidir enquanto centro divulgador de informações sobre se deve ou não tornar público aquilo que pertence a sua intimidade.

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 335.

<sup>9</sup> A doutrina brasileira tem-se preocupado com esta discussão desde há muito, basta ver os textos de PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*; GOMES. *Introdução ao direito civil*; FRANÇA. *Instituições de direito civil*.



atributos construídos nas relações sociais, razão pela qual até uma caricatura — enquanto expressão artística que altera os traços físicos de alguém — pode conter elementos caluniosos, difamatórios ou injuriosos, os quais, somente em tais hipóteses e outras correlatas, e eventualmente, merecerá proteção curativa ou preventiva.<sup>10</sup>

Aplica-se tal raciocínio também ao tema da Honra como bem juridicamente tutelado, aqui entendida enquanto conjunto de conceitos e juízos de determinada pessoa forjados no âmbito macrossocial (relações mais gerais mantidas no tecido social), e microssocial (relações parentais, afetivas, de trabalho, etc.), evidenciando o quanto as comunidades a que pertence o estimam, inclusive no que tange aos aspectos moral, intelectual, profissional.

Como quer Damásio de Jesus, penalista festado no País, a honra aqui se afigura como *conjunto de atributos morais, físicos, intelectuais e demais dotes do cidadão, que o fazem merecedor de apreço no convívio social*.<sup>11</sup> Mas mesmo na esfera penal, entretanto, há divergências — ao menos no plano doutrinário — sobre o fato de que, sendo verdadeira a atribuição a determinado sujeito de um fato ofensivo à sua reputação, afigura-se possível, ou não, a caracterização da ofensa à sua honra, basta ver-se a posição de Tourinho Filho, fundado no que chama de Teoria da Notoriedade, ao referir que “se o fato ofensivo à honra é notório, não pode o pretense ofendido pretender defender o que ele já perdeu, e cuja perda caiu no domínio público, ingressando no rol dos fatos notórios”.<sup>12</sup>

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, à unanimidade e em decisão de mérito envolvendo a lesão à imagem de atriz conhecida do público, entendeu sobre a matéria que:

Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> BARBOSA. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*, p. 25.

<sup>11</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. v. 2, p. 189. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio.

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO. *Processo penal*. v. 4, p. 74. Dentre outros, Bitencourt (*Código penal comentado*, p. 537) rebate este argumento a partir da tese de ser irrelevante que o fato difamatório imputado seja falso ou verdadeiro, pois ninguém tem o direito de vilipendiar ninguém.

<sup>13</sup> Recurso Extraordinário nº 215.984, da relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 04.07.2002, tendo como recorrente a atriz Cássia Kiss e recorrido a empresa Ediouro S/A. Neste caso, o

Em outras palavras, entendeu o STF que a caracterização do dano moral pelo uso indevido da imagem se dá em face do mero constrangimento e sentimento de desconforto e indignação do atingido ao ter sua imagem usada sem a devida concordância prévia, sobrevalorando o Direito Fundamental Individual à proteção da Imagem, eis que o interesse que se encontrava no lado oposto — da editora que veiculou a imagem —, era meramente comercial e privado, sem qualquer caráter público ou informativo social.

Mesmo que não se possa ainda extrair daqui posição definitiva da mais alta Corte do País envolvendo a questão discutida, sem sombra de dúvidas que há uma orientação hermenêutica geral, até porque é conhecida a posição da jurisprudência nacional no que toca ao tratamento do dano moral decorrente de relações envolvendo patrimônios materiais, reconhecendo que o mero desconforto não geraria por si só esta tipologia reparatória. Digo mais, talvez dificilmente se terá posições absolutas no ponto, até em face das múltiplas variáveis que podem surgir no contraste e ponderação entre direitos e interesses potencialmente conflitantes.

Por não ter a intenção de avançar sobremaneira nesta discussão, haja vista que a doutrina e casuística no Brasil já o fizeram no âmbito tanto do Direito Privado como do Público, gostaria apenas de dar destaque a uma das dimensões desta discussão que é o da Imagem da Pessoa Humana enquanto Sujeito de Direito, entendendo esta como direito em que a própria imagem de alguém não venha divulgada, exposta e publicizada sem o seu consentimento, ou mesmo denegrindo o seu patrimônio imaterial (honra, privacidade, nome gentílico, sossego, etc.) e violando a legislação reguladora da espécie. Em outras palavras, "il termine immagine fa riferimento alla globale rappresentazione di un individuo agli occhi della collettività. In questo senso l'immagine coincide con quell'insieme di attributi della persona che la caratterizzano nei rapporti sociali o professionali ed è sinonimo soprattutto di reputazione e identità personale".<sup>14</sup>

Enquanto Direito Fundamental ele se encontra numa categoria de prerrogativa da pessoa humana passível de proteção administrativa e jurídica, a despeito de representar "una categoria di diritti problematica, a causa della sua inerenza agli aspetti interiori della persona e non patrimoniali".<sup>15</sup>

---

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (onde foi processado o feito) indeferiu a pretensão da autora ora recorrente extraordinária, sob o argumento de que o uso de fotografias de uma pessoa, para publicação, sem a respectiva autorização, geraria apenas o direito à indenização por danos materiais, e não por danos morais.

<sup>14</sup> CASTRO. *Il danno all'immagine*, p. 29.

<sup>15</sup> Ver também o texto de LEEBAW. *Judging State-sponsored violence, imagining political change*.

Alguns autores o compreendem inclusive como gênero normativo gerador de diversas faculdades específicas, a ponto de a Constituição Italiana, por exemplo, tratar do tema com alto índice de detalhamento:

Qualora l'immagine della persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei suoi congiunti, l'Autorità Giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso salvo il risarcimento del danno.<sup>16</sup>

O direito de imagem não se confunde, em face destes elementos, com direito intelectual, que opera no âmbito da comunicação e da arte em geral, tendo como foco de proteção o conhecimento e não a pessoa humana, a despeito de já se colocar, o primeiro, como produto de mercado também, basta ver o volume de negócios que representa o mundo da moda, cinema, televisão, revistas, etc., no qual o marketing de publicidade e propaganda fazem movimentar valores astronômicos.

De certa forma vige na cultura ocidental como um todo a premissa de que a possibilidade de exposição da imagem de quem quer que seja está relacionada, em primeiro lugar, ao consenso — tácito ou explícito<sup>17</sup> — do exposto, desde que não viole disposição jurídica cogente sobre o tema. Mas tal consenso é sempre condição de possibilidade da exposição de imagem? Poderá haver questões de ordem pública que possam tensionar este Direito Fundamental?

A doutrina italiana tem uma boa abordagem deste tema:

In alcuni casi non è necessario acquisire il consenso della persona ritratta per poter esporre, riprodurre o fare un uso commerciale del ritratto:

<sup>16</sup> Art.10, da Constituição Italiana. Ver o texto de CAMPO, Gabriella da. *Lesione del diritto all'immagine*. É interessante como a autora destaca o fato de que "Dalla lettera della norma rileva un primo aspetto, particolarmente significativo; sembrerebbe che la pubblicazione dell'immagine o la sua esposizione sia possibile, liberamente fino a dove la legge lo consenta, ma questa prima lettura va opportunamente integrata con gli articoli 96 e 97 della L. 633/41, i quali si pongono tra loro nei termini di regola eccezione. L'art. 96 L. 633/41 stabilisce che sia necessario il consenso del soggetto, la cui immagine venga esposta, riprodotta o messa in commercio e ammette la revoca del consenso da parte del soggetto interessato, introducendo così la principio del 'consenso' che si integra con l'art. 10 c.c."

<sup>17</sup> É de se lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que há consentimento tácito de exposição e uso da imagem em cenário público a situação da prática de topless voluntário, no REsp. nº 595.600/SC, relatoria M. Cesar A. Rocha, 4ª Turma, julgado em 18.03.2004.

quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà della persona ritratta, quando il ritratto viene riprodotto per fini scientifici, didattici o culturali, quando il ritratto si riferisce a fatti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico, per fini di giustizia e di polizia.<sup>18</sup>

Vai nesta direção o tratamento dado pela jurisprudência norte-americana, na medida em que já teve oportunidade de decidir que a imprensa tem o direito de publicizar dados e informações pessoais de vítimas de estupro — conforme o caso *Landmark Communications Inc. x Virgínia*, n. 435 US, 829, de 1978 —, bem como dar a conhecer publicamente o conteúdo de conversas telefônicas particulares obtidas ilícitamente — como no caso *Bartnicki x Vopper*, n. 121, S. Ct. 1753, de 2001.<sup>19</sup>

Mas afinal, será que “A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade [...] mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria”?<sup>20</sup> Parece-me que não, isto porque há outros Direitos igualmente fundamentais que podem operar modulações neste Direito Individual, fundamentalmente os de natureza social que importam em interesse público indisponível, e isto pelo reconhecimento de que “há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos de personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision)”.<sup>21</sup>

O Supremo Tribunal Federal, na Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, teve oportunidade de lembrar decisão da Corte Constitucional Alemã sobre a matéria:

Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos de personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (freiheitlich demokratische ordnung) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização

<sup>18</sup> PROSPERI. *La tutela dell'immagine*, p. 55. Adverte ainda o autor que: “Al di là di quanto si è detto sin qui, esiste un limite generale all'uso dell'immagine di una persona: tale uso non deve ledere l'onore, la reputazione o il decoro della persona di cui si utilizza l'immagine”.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

<sup>20</sup> Como quer SILVA. *Curso de direito constitucional*, p. 539.

<sup>21</sup> MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 87.

dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução de colisão.<sup>22</sup>

Este debate se centra — direta ou indiretamente — junto ao tema complexo da Teoria do Direito e da Teoria do Discurso, partindo da lógica de que existem determinadas características constantemente exibidas em certas normas jurídicas (princípios), as quais se afiguram necessárias e suficientes para distingui-las de outras (regras), a saber: a) as primeiras são normas particularmente importantes pelo fato de representarem valores fundantes e constitutivos do ordenamento, razão pela qual a relação que se impõe a eles é a aderência, enquanto as regras se obedecem; b) os princípios têm graus de generalidade e vagueza muito amplos, com certa indeterminação, enquanto que as regras são normas que conectam consequências jurídicas a uma precisa fatispécie, associando uma modalidade deôntica (proibição, permissão ou obrigação) a certa conduta; c) a aplicação dos princípios está condicionada a considerações de peso e importância, enquanto que as regras não poderiam ser operadas a partir desta lógica, mas deveriam ou não ser aplicadas.<sup>23</sup>

A verdade é que, no âmbito do direito constitucional, há duas diferentes construções de direitos: a construção por regras e a construção por princípios, sendo que nenhuma delas cumpre, sozinha, a função absoluta e satisfativa de atender a complexidade dos temas que enfrentam, e tampouco representam ideias opostas entre si sobre todas as soluções oriundas da doutrina constitucional. E por que isto? Pelo fato de que questões condizentes a direitos constitucionais não pertencem simplesmente a uma área particular do direito, pois as respostas decorrentes delas têm consequências em toda a estrutura do sistema jurídico e mesmo social.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 91. Ver meu texto: LEAL. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*.

<sup>23</sup> Ver o texto de: MENGONI. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 29 et seq. Ainda agrega o autor aqui outras diferenças, seguindo o raciocínio de Alexy, tais como: "1. i principi sono soggetti ad eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo (sono norme defettibili), e quindi sono ragioni non conclusive, applicabili solo prima facie, poiché la loro applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti; di contro, le regole sarebbero soggette ad applicazione categorica, tutto-o-niente, una volta verificatesi le circostanze fattuali previste nella fattispécie; (2) i principio sono 'mandati di ottimizzazione', cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative".

<sup>24</sup> Como quer ALEXY. *The construction of constitutional rights. The Law & Ethics of Human Rights*, v. 4. Nas palavras do autor: "Questions pertaining to constitutional rights are not simply questions in a

Mas quais são os fatores ou critérios que determinam ser uma norma mais ou menos importante que outra, com mais ou menos peso que outra? Essencial e tradicionalmente fatores de três tipos: a) fatores atinentes à hierarquia da fonte (constitucional, infraconstitucional, internacional), tida como peso abstrato;<sup>25</sup> b) fatores atinentes à hierarquia axiológica acreditada pela cultura jurídica de referência;<sup>26</sup> c) fatores associados às circunstâncias relevantes do caso concreto.<sup>27</sup>

É certo que muitas regras jurídicas possuem, tanto no ordenamento positivado como na cultura jurídica de referência, notável importância, tais quais as tipificações penais de condutas delituosas contra a vida (arts. 121 a 128, do Código Penal Brasileiro), configurando verdadeiras opções e cuidados axiológicos com determinados bens da vida, e, por isto, densificadores materiais dos princípios que sobre estes bens estabelecem diretrizes a serem seguidas.

Em face disto é que a forma subsuntiva de aplicação das regras (principalmente constitucionais) não se afigura tarefa fácil ou de apego irrestrito às dimensões gramaticais da lei escrita, eis que “Subsumption, here as elsewhere in the Law, can be rather difficult and may require intermediate steps as well as further arguments of different kinds in order to justify these intermediate steps”.<sup>28</sup> Ou seja, não raro, a atribuição de sentido que se dá às normas em

---

particular area of law. The answers given to such questions have consequences for the structure of the entire legal system. The spectrum extends from the third party or horizontal effect, that is, the bearing of constitutional rights on private law, right up to the relation between the legislature and the practice of constitutional review, behind which the tension between constitutional rights and democracy is found” (p. 3).

<sup>25</sup> Como diz Francisco Schauer: “Così, un principio costituzionale ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio legislativo, un principio legislativo ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio consuetudinario” (*Le regole del gioco: un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, p. 56). É claro que o autor adverte que este fator não é matemático, eis que entre os princípios pode haver tensões que demandam soluções múltiplas.

<sup>26</sup> “Un secondo ordine di fattori per determinare il peso di una norma è relativo alle gerarchie assiologiche accreditate nell’ordinamento e/o nelle pratiche degli interpreti: in questo senso, il peso di una norma sarà funzione della sua relativa prossimità (strumentalità, implicazione, ecc.) rispetto agli ideali etico-politici che gli interpreti ritengono accolti nell’ordinamento giuridico di riferimento, o nel sotto-sistema rilevante (ad es., il diritto privato, il diritto penale, oppure il diritto dei contratti, ecc.)”, *idem*.

<sup>27</sup> “Un terzo ordine di fattori per determinare il peso di una norma è relativo alle circostanze rilevanti nel contesto di applicazione della norma stessa, circostanze fattuali (la possibilità concreta di attuazione della norma in base alle risorse disponibili) e normative (l’esistenza di altre norme concorrenti o confliggenti)”, *ibidem*.

<sup>28</sup> ALEXY. A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification. *Ratio Juris*, p. 30. Os exemplos que o autor dá para tal afirmação são fortes, ao dizer que: “Thus, it can be very doubtful whether a certain statement is an expression of one’s opinion—protected by the freedom of speech, or whether a certain activity is an exercise of religion, or whether a certain valuable advantage counts as property—protected by the constitution”.

face do caso concreto pode gerar situações de não adequação ou pertinência, impossibilitando sua aplicação — por isto, todos os casos são de complexa solução. Em suas próprias palavras: “A clareza de um caso, seja como for, não é algo tão simples assim. Quem afirma que uma decisão é clara, dá a entender que não há argumentos que dêem motivo a dúvidas sérias. No entanto, estes argumentos são sempre concebíveis”.<sup>29</sup>

Alexy insiste com a tese de que nestes cenários há que se ter formas controláveis e públicas de procedimentos decisoriais envolvendo a aplicação fundamentada do sistema normativo à solução de problemas intersubjetivos ou sociais judicializados. E que formas são estas? Uma delas é o chamado balanceamento de normas.

É o próprio autor que define o balanceamento como a terceira fase do teste de ponderação normativa que propõe à análise e decisão de casos judiciais: “It has already been noted that balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality. This is the principle of proportionality in the narrower sense, which concerns optimization relative to the legal possibilities at hand”.<sup>30</sup> Lembrando que o autor alemão compreende esta ponderação em três dimensões sucessivas e complementares, a saber: a) adequação — ou sub-princípio da idoneidade —, estando a exigir que toda a restrição aos direitos (notadamente aos fundamentais) seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo, além do que os meios empregados deverem ser instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado; b) necessidade — ou subprincípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, do direito à menor desvantagem possível —, no sentido de que dentre as várias medidas restritivas de direitos igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos envolvidos (certa proibição de excesso);<sup>31</sup> c) proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que uma restrição aos direitos é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, p. 21.

<sup>30</sup> ALEXY. *The construction of constitutional rights*, p. 9.

<sup>31</sup> É interessante como Alexy associa este subprincípio à lógica do Ótimo de Pareto: “the subject of the first two sub-principles, the sub-principle of suitability and necessity, is optimization relative to the factual possibilities. In this respect, they are concerned with the question of whether the factual possibilities allow for the avoidance of costs to constitutional rights without bringing about costs contrary to the aims of the legislator. The issue, in other words, is Pareto-optimality” (*op. cit.*, p. 10).

<sup>32</sup> “The basic idea of optimization relative to the legal possibilities at hand can be expressed by a rule that might be called the ‘Law of Balancing’. A statement of this rule runs as follows: ‘The



Este balanceamento por certo que não é mecânico ou de sopesamento subjetivo de importância, validade ou vigência das normas do sistema jurídico, mas envolve juízos de valor na atribuição de sentido da norma ao caso concreto, a partir de parâmetros e diretrizes igualmente normativas, controladas e capazes de serem aferidas publicamente. Para além disto, como lembra Maniaci:

La seconda tesi che sosterrò è che nella Teoria dei diritti fondamentali Alexy, sebbene in modo non sempre sufficientemente chiaro, elabora un modello del bilanciamento tra principi secondo il quale le regole che determinano la precedenza di un principio sull'altro non soltanto sono defettibili, vista l'impossibilità di determinare tutte le proprietà rilevanti, ma sono, e devono sempre interpretarsi, come regole che impongono una relazione di precedenza "relativa" soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali i due principi possono confliggere, relazione di precedenza che non è necessariamente valida per altri casi.<sup>33</sup>

No campo específico das regras jurídicas constitucionais, por exemplo, tem-se algumas particularidades que Alexy no texto refere, envolvendo o que chama do fenômeno da reserva legal dos sistemas normativos "(statutory reservation), when a constitutional rights provision guarantees, in a first step, constitutional rights such as the right to life and to bodily integrity, and, in a second step, then empowers the legislature by means of a clause such as these rights can only be interfered with on a statutory basis".<sup>34</sup>

A ideia de fundo que está aqui é a de que se afigura mais do que possível, mas recomendado, no âmbito da ponderação e do balanceamento de normas em face do caso concreto, elaborar certa ordem hierárquica conjuntural entre os princípios que se encontram em tensão na casuística, tutelando, assim, um valor importante ao sistema jurídico que é a certeza do direito, entretanto, ele não é o único que demanda realização, pois ao seu lado está o valor de caráter pragmático relativo à eficiência social da prestação jurídica, igualmente importante e cuja realização pode eventualmente mitigar a realização do ideal de completude do ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

---

greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other" (*ibidem*, p. 11). Ver também ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112.

<sup>33</sup> MANIACI. Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy. *Rivista Diritto & Questioni Pubbliche*. v. 2, p. 3. Ainda lembra o autor que: "In termini guastiniani la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro sarebbe una gerarchia assiologica móbile".

<sup>34</sup> ALEXY. *The construction of constitutional rights*, p. 5.

<sup>35</sup> Me afasto, assim, dos que defendem existir uma hierarquia material das normas constitucionais — ou de Direitos Fundamentais Preferenciais em Abstrato —, aproximando-me mais da



A questão, pois, que se coloca, é se esta metodologia de abordagem da norma jurídica, em face dos casos concretos e dos procedimentos que se fomentam à decisão judicial, apresentam ou não níveis de racionalidade pública e controláveis pela via da argumentação/comunicação jurídica, e isto porque, "Assim como regras não podem se aplicar a elas mesmas, um sistema não pode produzir ele próprio a resposta correta. Para tanto, são necessários pessoas e procedimentos".<sup>36</sup> Todavia, estas pessoas e procedimentos precisam, por sua vez, estar ancorados em sistemas normativos que possuem caráter fundamentalmente deontológico, regulando o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal anteriormente referida, restou claro que dentre os bens jurídicos litigados (direito à informação e preservação da imagem), foi a privacidade e proteção da imagem que, no caso, se afigurou mais carente de proteção, até em face da finalidade meramente especulativa e invasiva, sem fins educativos, de precaução e de utilidade pública envolvidos na espécie para justificar a exposição sob comento.

O que se poderia questionar aqui é se a mesma lógica protetiva substancial à privacidade, intimidade, honra, moral, etc., das relações privadas envolvendo sujeitos de direito privados vale para relações envolvendo agentes políticos e públicos.

Para responder tal demanda é preciso ter em conta que as ações estatais (criação e desenvolvimento de políticas públicas, atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) estão previamente determinadas por alguns contornos, limites e direções estatuídos eticamente, em âmbito normativo (constitucional e infraconstitucional), ocorrendo em relação a elas, sempre e de forma continuada, o prévio exame de suas constitucionalidade e legalidade a partir do cotejo com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito no País.<sup>37</sup>

Assim é que, quando a Administração Pública estiver promovendo seus atos oficiais, cumprindo com suas atribuições normativas e políticas,<sup>38</sup> ou o faz respeitando e perseguindo os ditames constitucionais insertos nos Princípios Fundamentais, ou corre o risco de violar a ordem jurídica, cometendo inconstitucionalidades por omissão ou ação.

---

ideia de que é o devido processo legal substantivo que autoriza controles de razoabilidade dos atos capazes de operarem restrição aos Direitos Fundamentais.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Tratei deste tema mais amiúde no livro: LEAL. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*.

<sup>38</sup> Aqui entendidas como atinentes à supremacia do interesse público da maior parte quantitativa da população e sua indisponibilidade.

Em outras palavras, é da competência dos poderes estatais instituídos (e não só deles), em seus andares institucionais, perseguir incondicionalmente a manutenção da soberania nacional, a potencialização da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, dentre outros, visando: à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, etc.

Os atos administrativos — enquanto gênero — devem ajustar-se aos referidos princípios, eis que eles, na verdade, se afiguram como as condições de possibilidades de sua existência; são a causa ou fonte do próprio sistema jurídico e do Estado. Assim, a eventual violação do que dispõem, tornam ilícitos e ilegítimos aqueles atos, matéria que pode ser aferida ou sindicada tanto pela via administrativa como pela jurisdicional.<sup>39</sup>

Estas particularidades se estendem aos agentes públicos que executam as políticas e a gestão das instituições estatais, pois estão igualmente compromissados com os parâmetros e diretrizes regulatórios do Poder Público, e quando estiverem no desempenho de funções públicas, devem observar todos os comandos normativos sob comento.<sup>40</sup> Daí porque não se poder falar em segredo e sigilo nas atividades dos servidores públicos — com exceção, é claro, daquelas raríssimas hipóteses previstas por lei, e somente estas, razão pela qual tem fundamento legítimo a tese de Chequer:

A liberdade de expressão em sentido amplo também gozará do máximo de eficácia se a matéria, objeto dessa liberdade, estiver relacionada com uma pessoa pública, um funcionário público ou uma pessoa implicada em assuntos de interesse público. Haverá, nesses casos, portanto, um certo rebaixamento da tutela jurídica da honra dessas pessoas...

A difusão de conteúdos informativos verdadeiros, ainda que o seu conteúdo seja constrangedor, não pode ser considerada ofensiva à honra.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> O Conselho de Estado Francês, tratando de matéria administrativa sob esta perspectiva, já referiu que uma ação administrativa ou regulamento que viole um princípio jurídico configura o mesmo tipo de invalidez que a violação de uma regra positivada. Neste sentido a obra de: RIVERO. *Droit Administratif*, p. 135.

<sup>40</sup> Trabalho aqui com o conceito ampliado de servidor público demarcado pelas disposições do art. 327, do Código Penal Brasileiro, que dispõe: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Conceito similar, na verdade, ao que estabelece a Lei de Abuso de Autoridade no País.

<sup>41</sup> CHEQUER. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*, p. 68.

Não bastasse isso, tem-se que ter em conta ainda a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio no ponto.<sup>42</sup> Neste sentido, o texto constitucional vigente está a confortar a proposta de viabilidade do controle ampliado das ações públicas, haja vista as disposições do art. 5º, XXXV, tratando do princípio da inafastabilidade do controle judicial; do art. 102, I, “a”; II, “a” e “b”; III, “a”, “b” e “c”; e art. 103, §2º, que versam sobre o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem constitucional e seus remédios/instrumentos protetivos.

Daí ganhar mais força a tese de Chequer no sentido de que a honra não pode configurar obstáculo impeditivo de acesso à informação relacionada com investigações sobre cometimento de violações de direitos, eis que, nesses casos, “o dano à honra da pessoa atingida pela matéria informativa ou pela expressão veiculada não se origina da veiculação da notícia, mas sim da própria conduta daquele que foi investigado, acionado em juízo ou preso”.<sup>43</sup>

O que se tem de ter em mente, a partir do referido, é que, por mais que a norma constitucional — e o sistema jurídico como um todo — estabeleçam catálogos de direitos e garantias constitucionais referidas como autoaplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele.

A partir destas premissas, cumpre verificar como elas podem auxiliar no processo de compreensão e viabilização do acesso às informações relacionadas aos atos de terror de Estado praticados pelo regime de exceção no Brasil em face do Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade.

---

<sup>42</sup> A partir de Canaris, a ideia de sistema se sustenta em razão de alguns pressupostos: 1. Necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática; 2. Da identificação das instituições com sistemas de ações e de interações, o do próprio direito como um sistema de comunicações; 3. O do apoio sociológico da estruturação jurídica; 4. O do tipo do pensamento dos juristas (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 83).

<sup>43</sup> CHEQUER. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial* *prima facie*, p. 68. Lembra o autor que a Corte Européia de Direitos Humanos condenou o Estado Austríaco pelo fato de que um Tribunal doméstico seu condenara jornalista por críticas duras feitas ao então chanceler da Áustria, Bruno Kreisky, por ter ele sido benevolente para com os nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, violando, assim, o direito fundamental à expressão e informação.

## 2 Acesso a informações atinentes aos atos de terror de Estado praticados pelo regime de exceção no Brasil e o Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade – Uma difícil equação

O tema do acesso à informação enquanto Direito Fundamental não é novo à experiência jurídica do Ocidente, basta ver que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 19, trata disto, garantindo que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; “este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.<sup>44</sup>

Da mesma forma, na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969,<sup>45</sup> pode-se encontrar previsão clara no sentido de que “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, e que tal direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (art. 13)”. Ademais, o exercício deste direito não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar tão somente o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A Declaração Internacional de Chapultepec,<sup>46</sup> firmada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1996, em conjunto com vários presidentes latino-americanos, estabelece em seus Princípios que: “Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e

<sup>44</sup> Adotada e proclamada pela resolução nº 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

<sup>45</sup> Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 — ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, *Diário Oficial da União* de 09.11.1992; p. 15.562-15.567.

<sup>46</sup> O documento foi adotado pela Conferência Hemisférica sobre liberdade de Expressão realizada em Chapultepec, na cidade do México, em 11 de março de 1994. Ele não é um documento de governo, como são os acordos internacionais. Trata-se de uma carta de princípios assinada por chefes de Estado, juristas e entidades ou cidadãos comuns. O compromisso foi assumido pelo Brasil quando o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração em 09 de agosto de 1996, sendo que o presidente Luiz Inácio Lula da Silva deu continuidade ao trabalho renovando o compromisso no dia 03 de Maio de 2006.

divulgá-las livremente". Além disto, refere o documento que "as autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e eqüitativa, a informação gerada pelo setor público".

Assim tem-se comportado as Constituições de parte significativa dos países Ocidentais, eis que:

The right of access to official information is now protected by the constitutions of some 60 countries. At least 46, and arguably 53 of these expressly guarantee a "right" to "information" or "documents," or else impose an obligation on the government to make information available to the public. The top courts of six of these countries (Argentina, Canada, France, India, Israel and South Korea) have interpreted the constitution to recognize the right implicitly.<sup>47</sup>

Especificando mais este mapeamento da forma com que o Direito à Informação se encontra disposto na ordem constitucional contemporânea, o documento referido dá conta de que:

- a) em onze países da América há previsão constitucional sobre tal direito, a saber: Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela;
- b) em outros dezessete países há uma clara garantia constitucional deste direito: Albânia, Bulgária, República Checa, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Lituânia, Moldova, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Servia, Eslováquia, Eslovênia, Suíça;
- c) igualmente na Ásia e Pacífico pode-se contar com as seguintes constituições: Nepal, Nova Zelândia, Paquistão, Nova Guiné, Filipinas, Tailândia;
- d) na África, têm-se os seguintes países compromissados normativamente com o Direito à Informação: Camarões, República do Congo, Gana, Quênia, Madagascar, Marrocos, Moçambique, Senegal, África do Sul, Tanzânia, Uganda.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://right2info.org/constitutional-protections-of-the-right-to>>. Acesso em: 12 set. 2011. Adverte o documento, todavia, que: "Constitutions that guarantee less than general right to government-held information are not included in this count. For instance, we do not include constitutions that guarantee a right only to personal information, or to environmental information, or extend the right only to journalists. Nor do we include in this count constitutions that recognize a 'right to freely seek and receive information', or variations of that phrasing, for instance as part of the right to freedom of expression, unless case-law, actual practice and/or assessments of in-country experts support the conclusion that the right includes a general right to information. We do, however, include in this count a right to government-held information that is limited to information of public interest" (p. 3).

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 4. Alerta o documento ainda que: "Top courts of at least nine of these countries have ruled that the constitutional right is enforceable in court even without enactment of an

Em algumas constituições de países como Azerbaijão, Macedônia, Rússia e Ucrânia, há a explícita garantia do direito de receber informações, mas não especificamente em relação aos órgãos públicos como fornecedores destas, razão pela qual os Tribunais destes países têm progressivamente determinado que tal direito da cidadania também está associado e relacionado aos poderes estatais, devendo estes providenciar as informações postuladas — guardadas as situações impossíveis normativamente de serem publicizadas, como aquelas que envolvem segurança nacional ou perigo de Estado (tema igualmente polêmico na discussão contemporânea da questão).<sup>49</sup>

As Constituições do Quênia, Panamá, Polônia, Sérvia e África do Sul, expressamente estendem o Direito à Informação às empresas e ou entidades que exercem funções públicas, bem como às autoridades públicas, garantindo tais Constituições o acesso a qualquer informação que é produzida ou está na posse de outra pessoa e é necessária/requerida para o exercício ou proteção de qualquer direito ou liberdade.

De outro lado, desde o caso *Claude Reyes e outros contra o governo chileno*, julgado em 19 de setembro de 2006, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>50</sup> tem-se uma posição clara no âmbito latino-americano da jurisprudência internacional envolvendo esta matéria, reconhecendo o direito à informação como fundamental, em especial diante do Estado.

Tais posturas vêm alterando a própria compreensão da função institucional e social dos fundos e arquivos públicos, como bem adverte o Prof. Dr. Jaime Antunes:

Com o advento das modernas tecnologias de controle e recuperação da informação, a visão de arquivo como instituição de guarda de documentos foi substituída por aquela que o situa enquanto gestor de um

---

implementing law, including Chile, Costa Rica, India, Paraguay, the Philippines, South Africa, South Korea, Uganda and Uruguay”.

<sup>49</sup> Disponível em: <<http://www.ccourt.go.kr/home/english/>>. Acesso em: 12 set. 2011.

<sup>50</sup> Disponível em: <[http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d\\_decision-en\\_20060919.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d_decision-en_20060919.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2011. Em especial ver também a *Open society justice initiative's amicus brief*. Disponível em: <<http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/court-amicus-brief-3282006.pdf>>. Tenha-se presente que a Assembleia Geral da OEA reconhece o direito de acesso à informação como um requisito indispensável para o próprio funcionamento da democracia. Ver a Resolução da Assembleia nº 1.932 (XXXIII-O/03): Acesso à informação pública: fortalecimento da democracia. 10.06.2003. Na mesma direção as resoluções da Assembleia Geral da OEA nº 2.057 (XXXIV-O/04), nº 2.121 (XXXV-O/05), nº 2.252 (XXXV-O/06), nº 2.288 (XXXVII-O/07) e nº 2.418 (XXXVIII-O/08). Ver também o texto de MENDEL. *Freedom of information: a comparative legal survey*.

sistema de informação, integrado a outros sistemas, com o objetivo maior de garantir o acesso do usuário às informações demandadas. Ou seja, o eixo foi deslocado da questão da guarda para a do acesso.<sup>51</sup>

Nesta linha de raciocínio, resta claro que os documentos e arquivos envolvendo temas de natureza pública — em especial os que dizem com aprendizagens democráticas necessárias — precisam ser manejados para além da conservação meramente histórica, impondo compreensão enquanto fontes de informações que reclamam domínio e debate público emergente, até em face da dicção constitucional do art. 216, §2º, da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar que cabe à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

É interessante a perspectiva de Gentot quando assevera que “freedom of information and data protection are two forms of protection against the Leviathan state that have the aim of restoring the balance between the citizen and the state”<sup>52</sup> isto porque efetivamente estas duas verdadeiras instituições da Democracia contemporânea por vezes têm rotas de tensionamento muito grandes, aparentando estarem tais Direitos Fundamentais em situação de conflito insuperável entre si.

É notório que os registros do passado e do presente deverão sofrer adequados manejos, avaliações e interpretações, tarefas de tensas conciliações teóricas e práticas, não só pelas distintas escolas e doutrinas que se ocupam disto, mas fundamentalmente em face dos interesses diversos/antagônicos que estão envolvidos, tendo-se dito que a simples existência e posterior organização de documentos desta natureza já implicam a possibilidade tão cara à Democracia de controlar o Poder e seu exercício, notadamente em suas instâncias burocráticas, e mais que isto, pode gerar responsabilidades e relações de confiança que formam de maneira crítica a opinião pública da Sociedade Civil.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> SILVA. O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985): memórias reveladas. *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, p. 14.

<sup>52</sup> GENTOT. Access for information and protection of personal data. In: *Commission Nationale de l'informatique et des libertés*, p. 12. Esclarece o autor que “Right to information (RTI) laws provide a fundamental right for any person to access information held by government bodies. At the same time, right to privacy laws grant individuals a fundamental right to control the collection of, access to, and use of personal information about them that is held by governments and private bodies”.

<sup>53</sup> Diz SHAPIRO; HUGHES: “People being aware of their rights and being able to act on them by making use of the public information is an important aspect of the creation of an engaged



Em regra, o acesso a documentos pode ser compreendido sob uma perspectiva legal, física, virtual e intelectual, pois envolve o direito e a permissão para usar registros e informações através do acesso a locais físicos e virtuais, atribuindo sentidos múltiplos e possíveis a estes dados, todavia, há ainda muitos obstáculos para tanto, os quais, muitas vezes, têm a ver com questões políticas e de corrupção — além de interesses escusos por trás de tudo isto — que dificulta o empoderamento social e mesmo a efetividade dos direitos referidos.

Ocorre que as estruturas de poder e as administrativas do seu exercício, mesmo em países com tradições progressivamente democráticas, contam com culturas, ações de governo e sociais, demasiadamente comprometidas com conceitos e formas de gestão dos interesses privados, públicos corporativos e pouco transparentes — o que se estende às burocracias estatais e não estatais.

É óbvio que o acesso à informação e dados — seja pela via física, seja pela virtual — é apenas um aspecto dos desafios que se apresentam no tema proposto neste ensaio, isto porque “records are complex by nature, because of their origin in complex social processes. Thus, it requires certain skills and knowledge first to locate the relevant records, then to find the relevant item, and finally to interpret and understand the content”.<sup>54</sup>

O âmbito, pois, das questões atinentes ao manejo propriamente dito daquelas informações se revelam importantes até pelo fato de que, em muitos casos, somente elas podem levar ao conhecimento das atrocidades perpetradas para fins de formação da opinião pública, fundamentalmente porque a população que sai de tempos sombrios e ditatoriais possuem sempre algumas expectativas institucionais sobre estas questões.<sup>55</sup>

---

civil society. Access to information and public records are thus of crucial importance in the reconstruction of a post-conflict civil society, and is recognized as a right for citizens in a democratic society in the spirit of the Universal Declaration of Human Rights (art. 19) – Information literacy as a liberal art: enlightenment proposals for a new curriculum. *Educom Review*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 30. É curioso que até na África do Sul tais circunstâncias se fizeram sentir, como lembra KEMONI; WAMUKOYA; KIPLANG'AT. Obstacles to utilization of information held by archival institutions: a review of literature. *Records Management Journal*, p. 29, no sentido de que: “African archives are underutilized as information sources. This is partly due to professional problems like lack of recognition of archives by governments, obsolete legislation, lack of professional training, inadequate service, and inadequate or non-existent access tools. Another impacting factor is lack of appropriate hardware and software and user-friendly systems, lack of knowledge using information technology, costs, and the vulnerability of digital information”.

<sup>55</sup> Ver o texto de MASIRE. Democracy and peace in Africa and the role of archives. *International Journal on Archives*, p. 87.



Para alguns autores — com os quais concordo — tais expectativas se apresentam como necessárias “to build a functioning civil society, in which all citizens are included and can participate in public affairs”.<sup>56</sup> É óbvio que não basta para que esta participação se dê apenas a existência de expectativas, mas é fundamental que elas se transformem em posturas de ações sociais efetivas, com níveis de democracia interna e operacional amplos, assim como mecanismos de fomento e articulação destas redes e atores racionais e controláveis.<sup>57</sup>

Estou falando, em termos mais acadêmicos, do que se tem referido como Boa Administração (*Good Governance*), enquanto processo político e social no qual instituições e sociedade civil conduzem os interesses públicos, manejando recursos para garantir a realização dos Direitos da Pessoa Humana, libertando-a de quaisquer abusos e mesmo da corrupção, a partir do reconhecimento de que é impossível um Estado Democrático de Direito sem uma Sociedade Democrática de Direito, daí que suas características essenciais, dentre outras, são: “transparency, responsibility, accountability, participation of the whole people, both men and women, and responsiveness to the peoples’ needs”.<sup>58</sup>

Considerando tais elementos, pode-se inclusive sustentar que os argumentos relativos à segurança do Estado, defesa nacional ou ordem pública — em muito utilizados para restringir o acesso à informação — devem ser definidos e interpretados em conformidade com o marco jurídico e político do Estado Democrático de Direito e da ordem constitucional vigente, além, é claro, de estar conforme os tratados e convenções protetivos dos Direitos Humanos, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na base destes argumentos é que o princípio 3, do Conjunto de princípios à proteção e promoção dos Direitos Humanos por meio da luta contra a impunidade, da ONU, estabelece que os Estados têm o dever de recuperar a informação relativa às violações dos direitos humanos de fontes que incluem: a) órgãos governamentais nacionais, em especial os que tenham desempenhado uma função importante relacionada às violações dos direitos humanos; b) órgãos locais, tais como delegacias de polícia, que tenham participado de violações dos direitos humanos; c) órgãos estatais, incluído o gabinete da promotoria e o

<sup>56</sup> REED; UPWARD (Ed.). *Archives: recordkeeping in society*, p. 43.

<sup>57</sup> Tratei disto em meu texto LEAL. *Estado, Sociedade e Administração Pública*, 2008.

<sup>58</sup> SVÄRD. Building up a collective memory: the challenges of documenting war atrocities for post-conflict democratisation in Sierra Leone. *African Journal of International Affairs*, p. 77.

poder judiciário, que participam da proteção dos direitos humanos; e d) materiais reunidos pelas comissões da verdade ou outros órgãos de investigação.<sup>59</sup>

Com base neste princípio é que sustenta Catalina Botero Marino:

As obrigações mencionadas aparelham o dever de realizar, de boa fé, esforços significativos de investigação tendentes a esclarecer as violações de direitos humanos investigadas. Esses esforços teriam que incluir a abertura dos arquivos para que as instituições que investigam os fatos possam realizar inspeções diretas; a realização de inventários e rastreamentos nas instituições oficiais; o estímulo a operações de busca que incluam incursões nos locais nos quais a informação possa estar; e a realização de audiências e interrogatórios com aqueles que possam saber onde se encontra ou quem pode reconstituir o ocorrido, entre outras coisas.<sup>60</sup>

Por outro lado, há um princípio regulatório da atividade de acesso e que busca o fornecimento e recepção da informação que diz com "Il grado di eccezionalità dell'evento è responsabile del depotenziamento del principio di essenzialità dell'informazione. Quanto maggiore sarà la gravità del fatto, tanto maggiore sarà la domanda informativa".<sup>61</sup> E isto se afigura absolutamente lógico, principalmente quando envolve fatos e atos vinculados a experiências sociais e institucionais trágicas, com autorias estatais inescusáveis.

No Brasil, o art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88, disciplina que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvando aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Mas, afinal, quais são as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado? Quem define, e como o faz, os critérios de eleição desta imprescindibilidade? De que tipo de segurança se está falando aqui em face da Sociedade e do Estado? Estas questões demandam reflexão e respostas preliminares, as quais devem tomar como referência obrigatória, dentre outros, os marcos normativos aplicados no caso.

<sup>59</sup> Em NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. E/CN.4/2005/102/Add.1. 8 de febrero de 2005. Principio 3 ("El deber de recordar").

<sup>60</sup> MARINO. O direito de acesso à informação relativa a violações em massa de direitos humanos. *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, p. 31.

<sup>61</sup> PACE. *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, p. 118.

### 3 A Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2011, e o Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade no Brasil – Considerações finais

O histórico dos documentos normativos infraconstitucionais que o País teve sobre a matéria, ao menos em termos de maior regulamentação, data de 1977, com o Decreto Federal nº 79.099, de 06.01.1977, posteriormente revogado pela Lei Federal nº 8.159, de 08.01.1991, e sua regulamentação pelo Decreto nº 21.134, de 02.01.1997 (o qual foi revogado pelo Decreto nº 4.553, de 27.12.2002 e suas alterações — em especial a do Decreto nº 5.301, de 09.12.2004), editado em pleno regime militar, pelo então Presidente General Ernesto Geisel, e que lançou os marcos conceituais preliminares sobre a matéria que os demais institutos jurídicos basicamente repetiram, chegando às minúcias de definir categorias próprias de blindagem e segredo documental.<sup>62</sup>

Em 05.05.2005, ainda se teve a Lei Federal nº 11.111, recentemente substituída pela Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2011, que estabelece novos parâmetros para o tratamento destas questões.

O art. 3º da lei já de pronto estabelece que seus procedimentos devem vir ao encontro da concretização do que chama de Direito Fundamental de Acesso à Informação, observados os princípios básicos da administração pública e as seguintes diretrizes: a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; e) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Por certo que tais diretrizes se apresentam de forma vinculante para o Estado, e implicam, em nome da coerência teleológica da norma, a adoção de políticas públicas específicas que vão dar densidade material e eficaz aos enunciados sob comento. Significa dizer que, da leitura integrada de todas estas diretrizes, compete ao Poder Público gerar medidas e ferramentas de revisão de todos os seus acervos e fundos que ainda não contam com acesso irrestrito, exatamente para se afastar o máximo possível do segredo de dados e informações que possui, dando a saber à população sobre o que lhe pode ser útil para o exercício pleno da cidadania — mediante procedimentos objetivos, ágeis, claros e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º) —, valendo-se inclusive, para tanto, dos

---

<sup>62</sup> Abordo de forma mais aprofundada este tema em meu livro: LEAL. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas*.

recursos das tecnologias virtuais, ampliando os níveis de transparência e controle social.<sup>63</sup>

De forma mais precisa, a novel legislação, em seu art. 7º, houve por bem demarcar no que consiste, exemplificativamente, aquele Direito Fundamental à Informação: a) obter orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; b) obter informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; c) obter informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; d) obter informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços.<sup>64</sup>

Em face deste Direito Fundamental, qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos na lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida, sendo que para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação (art. 10 e §1º).

O que é mais importante: são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público — art. 10, §3º, da lei, medida absolutamente necessária para que se atinjam os fins almejados pela normativa, principalmente quando os dados que se quer buscar dizem com interesses conflitantes e delicados sob o ponto de vista político e histórico.

No ponto que interessa a este trabalho, dispõem os arts. 21 e 22, da lei que:

<sup>63</sup> É disposição expressa do art.8º, que é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Já no §2º, do art.10, restou disposto que os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso a informações por meio de seus sítios oficiais na internet.

<sup>64</sup> Excluídas as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (§1º, art. 7º), sendo que quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo (§2º). Por outro lado, a negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32, da Lei. (§3º).

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Pode-se celebrar tais dispositivos porque ratificam o princípio da publicidade que informa o acesso a dados e informações em mãos do Poder Público, todavia há que se perquirir sobre o alcance da norma para tão somente os casos em que tais documentos estejam vinculados à tutela judicial ou administrativa de Direitos Fundamentais, ou seja, o acesso pode ser negado se não forem estas as situações? Quando se pretenda tão somente conhecer o que consta em tais documentos para fins de esclarecimento público, isto pode ser compreendido como Direito Fundamental Social Difuso? A meu juízo sim, pois o art. 21 não discrimina espécies de Direitos Fundamentais — e nem poderia, e por isto engloba tanto Direitos Fundamentais Individuais como Sociais, até em face da leitura integrada que se deve fazer desta lei com a Constituição Federal, que é compromissada com a dignidade da pessoa humana e todos caracteres que a potencializam.

Andou bem o legislador ao deixar explícito no §1º, do art. 21, que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”, pois isto diz com as ações do Estado, através de seus agentes de segurança pública, que operaram sequestros, mortes, torturas e desaparecimento de pessoas durante o regime militar no País.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Veja-se que o art. 32 é muito claro em determinar que constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: “I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III - agir com dolo ou má-fé na análise das

É óbvio que para se ter um juízo de valor sobre se aqueles documentos e informações se prestam à tutela de Direitos e se versam sobre condutas violadoras destes mesmos Direitos (e se foram praticados por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas), será preciso análise preliminar e percuciente, atividade esta que não poderá se restringir aos juízos de valor, por exemplo, de uma Comissão Mista de Reavaliação de Informações (art. 35, da lei), órgão da própria Administração Pública que deve garantir o acesso, sob pena de incoerência total da lei. Mas é pertinente o questionamento, principalmente quando tais demandas se derem em face dos documentos classificados como ultrassecretos, secretos e reservados (até por decorrência do que dispõe o art. 22, no sentido de que “o disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”), quem terá legitimidade e competência para deliberar sobre a acessibilidade perquirida? Com base em que critérios e argumentos?

No mínimo, a meu sentir, a deliberação sobre esta matéria deverá ser compartilhada entre as partes interessadas, observado o devido processo legal (administrativo ou judicial), notadamente havendo discordância de compreensão, conceituação e interesses entre elas.

Quando a lei delimita quais as informações que se apresentam imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação restritiva de acesso (art. 23), elenca duas hipóteses que, em tese, poderiam alcançar eventuais agentes públicos envolvidos em atos violatórios de Direitos Fundamentais no período da repressão: a) quando as informações que se pretende acessar ponham em risco a vida, a segurança ou a saúde da população (inc. I); b) quando ponham em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares (inc. VIII).

No primeiro caso, pode ocorrer que ações mais incisivas de protesto e denúncias contra atos atentatórios a Direitos Humanos venham a periclitarem a segurança de pessoas acusadas de terem agido assim, como o que ocorreu em Porto Alegre e em capitais brasileiras recentemente — mas, diga-se de pronto, sem qualquer incidente de violência.<sup>66</sup>

---

solicitações de acesso à informação; IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado”. E mais: “O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido (parágrafo único)”.

<sup>66</sup> O episódio é: jovens integrantes do Levante Popular da Juventude protestaram no dia 27.03.2012 em frente à casa do coronel Carlos Alberto Ponzi, ex-chefe do Serviço Nacional de

Cito esta notícia jornalística exatamente para tencionar a discussão em torno do que se pode admitir como razoável e suportável em termos de manifestação individual e social ordeira de veiculação do pensamento e da opinião, esta sim imperativo categórico das Democracias Contemporâneas, o que não configuraria em hipótese alguma ameaça à vida, segurança e saúde de quem quer que seja. Ao revés, impõem o dever de suportar a todos que com tal comportamento não concordam.<sup>67</sup>

Ou seja, é necessário que se tenham evidências muito verossímeis do estado de perigo real aos bens e patrimônios referidos para que se viabilizem medidas restritivas de direitos e, no caso, do acesso a informações.

O problema da segunda hipótese é saber quem se enquadra na definição de *altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares*? Quais os requisitos objetivos para definir quem é alta autoridade para os efeitos desta disposição normativa. Apenas alguém que detenha a mais alta patente oficial de nível hierárquico de alguma corporação — pública ou privada? E se assim for, os subordinados destas pessoas ficam expostos em termos de acesso a informações e dados?

De qualquer sorte, com base no princípio da publicidade e do acesso irrestrito nos casos de tutela de Direitos Fundamentais, e ainda nos parâmetros de classificação de documentos impostos pelo §5º, do art. 24, da lei (“para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados: I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que

---

Informações de Porto Alegre. O ato integrou uma manifestação nacional para expor publicamente ex-militares e policiais acusados de tortura, abusos sexuais e homicídios durante a ditadura militar (1964-1985). Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2012/03/manifestantes-protestam-em-frente-a-casa-do-ex-chefe-do-sni-em-porto-alegre-3706932.html>>. Acesso em 27 mar. 2012. Matéria veiculada em 27 de março de 2012.

<sup>67</sup> Na experiência norte-americana, há um precedente muito interessante na Suprema Corte no caso *Landmark Communications, Inc., appellant, v. Commonwealth of Virginia*. 435 U.S. 829 (98 S.Ct. 1535, 56 L. Ed.2d 1), julgado em maio de 1978, que exatamente trata da questão que envolve a possibilidade de discussão sobre assuntos governamentais — em face da Primeira Emenda —, e diz que a restrição deste direito demanda que: “The mere fact that the legislature found a clear and present danger to the orderly administration of justice justifying enactment of the challenged statute did not preclude the necessity of proof that such danger existed. This Court has consistently rejected the argument that out-of-court comments on pending cases or grand jury investigations constituted a clear and present danger to the administration of justice”. See *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 62 S.Ct. 190, 86 L.Ed. 192; *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331, 66 S.Ct. 1029, 90 L.Ed. 1295; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 67 S.Ct. 1249, 91 L.Ed. 1546; *Wood v. Georgia*, 370 U.S. 375, 82 S.Ct. 1364, 8 L.Ed.2d 569.



defina seu termo final”), nenhuma das hipóteses analisadas teriam o condão de impedir o manejo dos dados e informações pertinentes para estes casos.

Por fim, é o art. 31, da lei, que trata das informações pessoais sob a guarda/custódia e gestão do Poder Público ou em seu nome, e neste sentido refere que elas devem ser tratadas “de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”, sendo que receberam restrição de acesso (somente aos agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referem), independente de classificação, pelo prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da data de sua produção (§1º, art. 31).

Ressalva o dispositivo, todavia, que o consentimento para o acesso da pessoa a que se referem as informações e dados não será necessário quando forem necessárias para os fins de: a) prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; b) realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; c) cumprimento de ordem judicial; d) defesa de direitos humanos; ou e) proteção do interesse público e geral preponderante (§3º); e mais, o que diz com objeto deste ensaio: §4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Ou seja, para os fins de apuração da Verdade e Memória dos atos praticados pelo Estado e seus agentes o regime de exceção, a restrição de acesso às informações pessoais não pode ser invocado, até em respeito ao tratamento que a lei dá aos Direitos Humanos e Fundamentais, Individuais e Sociais. Tampouco a disposição do §5º, deste art. 31, poderá, a meu sentir, impor restrições a tal acesso, sob o argumento de se aguardar, primeiro, o regulamento que disporá sobre os procedimentos para o tratamento de tais dados, pois isto implicaria esvaziar de eficácia as demais normas concretizadoras de Direitos e Interesses Indisponíveis.



---

**Is There a Right to Absolute Privacy and Intimacy in the Legal and Political Orders in Contemporary Democracies, Especially in Face of Unavailable Information of Public Interest?**

**Abstract:** This paper intends to approach the issue of the Fundamental Right to Privacy and Intimacy in the face of the other basic law that involves the Fundamental Right to the Information on acts of terror in the State Military Regime.

**Key words:** Right to privacy. Right to information. Military regime.

---

## Referências

- ALEXY, Robert. A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification. *Ratio Juris*, New York, v. 37, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2000.
- ALEXY, Robert. The construction of constitutional rights. *The Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, issue 1, Article 2, Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010.
- BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPO, Gabriella da. *Lesione del diritto all'Immagine*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/articoli/civile/dacampo.html>>. Acesso em: 29 fev. 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.
- CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Centelha, 1981.
- CASTRO, Sandro. *Il danno all'immagine*. Roma: Giappichelli Editore, 2008.
- CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GENTOT, Michel. Access for information and protection of personal data. In: *Commission Nationale de l'informatique et des libertés*. p. 12. Disponível em: <<http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/gentot-paper.doc>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HAMILTON, Lee. The costs of too much secrecy. *The Washington Post*, 13 apr. 1992.
- JESUS, Damásio. E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio.
- KEMONI, Harold; WAMUKOYA, Norbert; KIPLANG'AT, Jonh. Obstacles to utilization of information held by archival institutions: a review of literature. *Records Management Journal*, 13 (1), 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- LEEBAW, Bronwyn. *Judging State-sponsored violence, imagining political change*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- MANIACI, Giorgio. Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy. *Rivista Diritto & Questioni Pubbliche*, v. 2., n. 1, Palermo, ago. 2002.
- MARINO, Catalina Botero. O direito de acesso à informação relativa a violações em massa de direitos humanos. *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, jan./jun 2011.
- MASIRE, Karl. Democracy and peace in Africa and the role of archives. *International Journal on Archives*, London, v. 32, 2004.
- MENDEL, Toby. *Freedom of information: a comparative legal survey*. Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MENGONI, Luiggi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 2006.
- NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. E/CN.4/2005/102/Add.1. 8 de febrero de 2005.
- PACE, Alessandro. Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni Costituzionali – Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 1, apr. 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Ltda, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito de personalidade: direito de família*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- PROSPERI, Massimo. *La tutela dell'immagine*. Roma: Giappichelli Editore, 2010.
- REED, Martin; UPWARD, Fail (Ed.). *Archives: recordkeeping in society*. New South Wales: Centre for Information Studies, 2010.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1981.

SCHAUER, Francisco. *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*. Bologna: Il Mulino, 2009.

SHAPIRO, J.; HUGHES, S. Information literacy as a liberal art: enlightenment proposals for a new curriculum. *Educom Review*, 1996. Disponível em: <<http://www.educause.edu/pub/er/review/reviewarticles/31231.html>>.

SILVA, Jaime Antunes da. O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985): memórias reveladas. *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, jul./dez. 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Rabindranath Capelo de. A Constituição e os direitos de personalidade. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, 1978. v. 2.

SVÄRD, Paul. Building up a collective memory: the challenges of documenting war atrocities for post conflict democratization in Sierra Leone. *African Journal of International Affairs*, Pretória, v. 15, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. Há um direito à privacidade e intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporâneas, notadamente em face de informações de interesse público indisponível?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 65-96, abr./jun. 2012.

Recebido em: 12.12.2011

Aprovado em: 06.05.2012