



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

“A necessidade de se permitir, em uma democracia, o amplo acesso a informações de caráter pessoal, mas de interesse público”¹

(Cláudio Márcio de Carvalho Chequer)

No substitutivo ao PLC 41/2010², apresentado pelo Senador Fernando Collor, foi mantida integralmente a Seção V, intitulada “Das Informações Pessoais”.

Nesse ponto, o substitutivo do PLC 41/2010 merece ser criticado em razão da incompatibilidade da essência dos dispositivos inseridos nesta Seção V (arts. 31 e seguintes) com os propósitos democráticos objetivados pelo Constituinte Originário.

O artigo 31 do PLC 41/2010, redação que foi mantida integralmente no Substitutivo identificado acima, afirma que “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”

No parágrafo primeiro do artigo mencionado, há afirmação no sentido de que “as informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem (inciso I) terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem.

A partir da leitura do inciso II de tal dispositivo, objetiva o legislador infraconstitucional a permitir a divulgação desse tipo de informação ou permitir seu acesso por terceiros apenas nos casos previstos em lei ou diante do consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem, impondo responsabilidade à pessoa que tiver acesso a essas informações fora das hipóteses mencionadas acima.

¹Cláudio Chequer é procurador da República (PRM/Itaperuna), doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e membro da Comissão criada pela PFDC para analisar o PLC 41/2010, juntamente com os colegas Daniel Sarmiento (PRRRJ) e Inês Virgínia Prado Soares (PRSP).

²O PLC 41/2010 foi publicado como lei recentemente, virando a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que entrará em vigor em 18.05.2012, não havendo modificação dos artigos mencionados no que diz respeito à disposição e conteúdo.

Em seu parágrafo 3º, o mencionado dispositivo legal pretende autorizar o acesso a esse tipo informação, sem necessidade de consentimento expresso da pessoa a que ela se referir, apenas quando essa informação for necessária (i) à prevenção e diagnóstico médico para a utilização única e exclusivamente para o tratamento médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz; (ii) à 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; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) à defesa de direitos humanos; (v) à proteção do interesse público e geral preponderante.

Em seu parágrafo 4º, o artigo 31 afirma ainda que “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”.

Desta forma, pela leitura dos dispositivos legais, torna-se fácil identificar a preocupação que o legislador teve com as informações pessoais e com a necessidade de tutelar, de forma intensa, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, restringindo o direito à liberdade de expressão e informação nestes casos.

A premissa que se extrai da leitura dos dispositivos trazidos a lume é a seguinte: em regra, caracterizando-se a informação como de caráter pessoal e se a sua exposição for capaz de causar danos à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, o direito fundamental à liberdade de expressão e informação deve ser restringido independentemente de a informação ser de interesse público ou não. Excepcionalmente, nos casos expressamente elencados pelo legislador, poderá ser observado o acesso à livre informação.

Diante desta premissa, o ônus argumentativo para se ter acesso à liberdade de expressão e informação, nessas situações, é daquele que tem o objetivo de mostrar como existente a situação excepcional. Se desejamos obter uma informação de caráter pessoal, cuja revelação pode causar prejuízos à intimidade, vida privada, honra ou imagem das pessoas, teremos que demonstrar a existência de uma das situações excepcionais previstas pelo legislador.

A incompatibilidade da fixação dessa premissa com o objetivo democrático abraçado pelo Constituinte Originário, entretanto, é evidente, podendo ser identificada a partir do aprofundamento em torno de questões filosóficas que fundamentam a liberdade de expressão ou informação.

Com esse objetivo, várias são as teorias que procuram explicar o motivo por que a liberdade de expressão e informação deve ser considerada um direito fundamental.

A maioria dessas teorias, entretanto, enquadra-se numa ou noutra de duas grandes categorias. Na primeira, a liberdade de expressão e informação tem uma importância meramente instrumental; trata-se de um meio para a realização de um fim importante. A segunda classe de fundamentos da liberdade de expressão e informação pressupõe que ela é importante por si só, não somente pelas consequências que esse direito pode acarretar.

Para esses últimos, a liberdade de expressão e informação é capaz de apresentar-se como um valor intrínseco, um bem independente, um fim; alternativamente, seu exercício pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade.

Todo homem, no desenvolvimento de sua personalidade, tem o direito de formar sua própria

opinião, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideais, tendo, por consequência, o direito de expressar esses direitos. Do contrário, eles seriam de pouca ou nenhuma importância. A expressão é parte integral do desenvolvimento de idéias, da exploração mental e da autoafirmação. O poder para realizar sua potencialidade como ser humano começa nesse ponto, não podendo ser frustrado.

Portanto, a supressão de crença, opinião, expressão e informação é, na verdade, um afronto à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem, valor esse que impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica.

Para os que entendem que a liberdade de expressão e informação é meio para a realização de algo importante (um fim), temos que destacar as seguintes teorias: (i) a da busca da verdade, (ii) a democrática e (iii) a da estabilidade social.

A primeira teoria mencionada acima vincula a principal finalidade da liberdade de expressão e informação com a busca da verdade, sendo representada por um de seus totens, a metáfora do *marketplace of ideas*. Esse entendimento surgiu a partir do voto particular formulado pelo magistrado Oliver Wendell Holmes na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Abrams v. United States*³, embora haja autores que se manifestam no sentido de atribuir aos escritos de John Stuart Mill a origem dessa doutrina, havendo ainda quem afirme que esse entendimento já havia sido levantado dois séculos antes por John Milton, em sua *Areopagítica* (de 1644).

Para os partidários desse entendimento, apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade e, apesar de alguns pós-modernistas questionarem sobre a existência real de uma verdade na atualidade, no presente contexto, “[...] a verdade é concebida como algo relativo, que só pode ser avaliado pelo mercado contra o pano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões.”⁴

Para os teóricos que vinculam a liberdade de expressão e informação como meio para a democracia, esse direito fundamental é concebido como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos.

Esse argumento foi exposto primeiramente por Spinoza, em seu *Theologico-Political Treatise* (1670), sendo apresentado judicialmente pelo Justice Brandeis J, da Suprema Corte dos EUA, no caso *Whitney v. California*.⁵

Nos EUA, esse argumento tem sido particularmente associado ainda aos escritos de Alexander Meiklejohn e Owen Fiss, autores que afirmam que o primeiro propósito da Primeira Emenda da Constituição Americana é proteger o direito de todos os cidadãos para que eles possam ter acesso às publicações políticas, participando, assim, efetivamente da democracia.

Por fim, podemos ressaltar os autores que entendem que a liberdade de expressão e informação é um direito fundamental em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade. Entendem que a liberdade de expressão e informação se apresenta como

3 250 US 616 (1919).

4 MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 247.

5274 US 357 (1927).

uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental, pois um estado formado com base na ampla liberdade de expressão e informação é mais forte e, portanto, está menos sujeito a convulsões sociais do que um estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo.

A abertura do diálogo fortalece o Estado e torna a sociedade mais coesa, já que suprimir a discussão cria um impossível julgamento racional. Além disso, essa restrição é apropriada para ser ineficaz. Apesar de ela poder frustrar mudanças sociais, ao menos de forma temporária, não pode erradicar o pensamento ou a crença, as convicções, nem pode promover a lealdade ou a unidade.

Manifestam os partidários desse entendimento no sentido que a liberdade de expressão e informação irá produzir mais estabilidade e menos violência pelo menos por dois motivos. Primeiro, pessoas tendem a confiar muito mais num governo que está disposto a ouvir e a considerar amplamente a extensão dos argumentos. Se as pessoas enxergarem o governo como irracional, arbitrário ou fechado, certamente elas acreditarão que esses governos em geral e seus líderes em particular não são dignos de confiança. Por consequência, o respeito pelas leis irá diminuir de forma considerável. Segundo, se os indivíduos têm oportunidade para fazer objeções à política governamental, tendo liberdade para estabelecer suas posições e para persuadir outras pessoas a adotá-las, depois que o processo se tornar lei, esses indivíduos, provavelmente, em razão de sua participação no processo político, estarão mais inclinados a obedecer a essas leis, ainda que elas sejam contrárias às suas perspectivas. Esses indivíduos reconhecerão tal tratamento como adequado, em conformidade com regras racionais de uma vida social.

Após a análise de todas as doutrinas, parece-nos mais acertado defender uma natureza multifuncional para a liberdade de expressão, uma vez que todos esses bons argumentos se complementam e justificam a liberdade de expressão e informação como direito fundamental, não sendo, pois, os argumentos instrumentais e constitutivos mutuamente exclusivos⁶ e excludentes⁷.

Assim, todo o debate teórico em torno das propostas que objetivam demonstrar as justificativas filosóficas da liberdade de expressão acabam colaborando para o enriquecimento dessa liberdade, o que nos leva a crer que, apesar de uma teoria que envolva uma só direção não resolva o problema, podendo, sempre, ser criticada, a solução se encontra no somatório das propostas teóricas, apresentando a liberdade de expressão, desta forma, múltiplas justificações teóricas.

Entendidos os fundamentos capazes de conceder à liberdade de expressão e informação o status de direito fundamental, torna-se necessário ressaltar que um desses fundamentos (especialmente o democrático) tem autorizado diversas cortes constitucionais mundo afora, tais como a Suprema Corte dos Estados Unidos, a *House of Lords* inglesa, entre outras, a tratar a liberdade de expressão e informação de forma heterogênea, considerando-a como um direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada com assuntos de interesse público diante de um conflito com os direitos da personalidade.⁸

⁶ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. Principles and Policies. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 925.

⁷ DWORKIN, O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

⁸ Não se pode esquecer que o STF, no julgamento da ADPF nº 130, de 26.02.2010, assim se pronunciou na ementa do julgado ao falar sobre o princípio democrático: “Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição

Neste sentido, o PLC 41/2010, bem como o Substitutivo apresentado, parece ir de encontro a esse entendimento, devendo, pois, ser criticado.

Nos casos em que existir interesse público na divulgação da informação, não podem os direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) ser considerados como capazes de justificar, em regra, uma restrição integral à informação, como deseja o PLC 41/2010.

Ao afirmar que informações pessoais, em regra, terão seu acesso restrito, o legislador ordinário está colocando os direitos da personalidade, numa situação de eventual conflito com o direito à liberdade de expressão e informação, em uma posição de abstrata superioridade hierárquica inadmissível para um país democrático.

Na verdade, a liberdade de expressão e informação deve respeitar integralmente os direitos da personalidade desde que seja isso possível. Muitas vezes, entretanto, em um caso concreto, o direito fundamental à liberdade e informação deverá ser deferido mesmo diante de potenciais (ou reais) ofensas ou restrições aos direitos da personalidade (desde que preservado o seu núcleo essencial).

Em havendo um conflito entre esses dois direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão e informação deverá ser considerado, em casos envolvendo interesse público, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, pois em um país que se pretende realizar como efetivamente democrático, o povo tem o direito de saber sobre todos os assuntos de interesse público e da forma mais ampla possível.

A ideia central desse entendimento cinge-se no fato de que o cidadão tem direito a ser informado a respeito de fatos que, direta ou indiretamente, atingem-no⁹, uma vez que só o cidadão bem informado está em “[...] uma situação de constituir o seu próprio juízo e de participar do processo democrático da maneira pretendida pela Constituição.”¹⁰

O direito de saber não deve ser encarado apenas como um privilégio concedido pela sociedade, porém deve ser visto como uma necessidade imperiosa diante de um Estado que se pretende constituir como democrático.¹¹ Os cidadãos têm de saber, pressuposto para que eles tenham capacidade de tomar decisões válidas sobre as coisas do mundo.

Nesse sentido é que Roger-Gérard Schwartzenbert faz a seguinte afirmação:

Este direito (o direito de saber) deveria aparecer num lugar de honra na lista dos direitos do homem e do cidadão. Sem ele, não há democracia possível. Sem ele, as opções fundamentais permanecem fora do alcance dos

Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88).

9 O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004. O' CALLAGHAN MUÑOZ, p. 7.

10 MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 476.

11 O primeiro documento de ampla repercussão a tratar do assunto dentro da perspectiva de um direito do público à informação foi a encíclica *Pacem in Terris*, do papa João XXIII, editada em 11 de abril de 1963. Cf. LOPES, Vera Maria de Oliveira. O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 184.

eleitores, para reverter a uma minoria, que monopoliza o acesso aos arquivos e aos dados, e a uma 'elite do saber', que controla o Estado espetáculo e congrega os dirigentes do stablishment econômico e da tecnocracia administrativa.

Essa tecnoestrutura acumula saber, como outros acumulam capital. Para transformá-lo em poder. E moldar a sociedade. De acordo com sua concepção. A seu bel-prazer. Forma-se assim uma nova casta, que faz a informação como se dá uma esmola. Com parcimônia. E condescendência.¹²

Partilhando dos mesmos argumentos, Ralph D. Barney ensina que:

Estabelecendo-se o 'direito de saber' e o 'pluralismo' como dois componentes básicos de uma sociedade participativa, parece ser óbvio que, caso se espere que decisões inteligentes e consistentes sejam tomadas, os indivíduos devem receber informações adequadas para estarem mais conscientes das alternativas disponíveis no momento da decisão.

Realmente, uma definição básica de liberdade envolve a disponibilidade de alternativas. Se não existe nenhuma alternativa, um indivíduo não é livre, não importa quão desejável seja a opção diante dele. O grau de liberdade que uma pessoa tem está diretamente relacionado com o número de alternativas de que ela dispõe.¹³

Restrições sobre a livre fluência de informações políticas ou de interesse público em geral devem ser consideradas, a princípio, como suspeitas porque elas invadem o interesse do ouvinte (receptor da mensagem) em receber informações necessárias para fazer as escolhas corretas e participar plenamente do processo democrático.¹⁴

Desta forma, não concordamos com o PLC nº 41 na parte em que afirma que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão, em regra, seu acesso restrito. Essas informações deverão ter seu acesso restrito apenas quando não houver interesse público em revelá-las. Em havendo interesse público, a liberdade de expressão deve ser considerada como um direito fundamental preferencial *prima facie*, autorizando que a liberdade de expressão e informação seja observada mesmo diante de ofensas razoáveis causadas aos direitos da personalidade.

Apesar de os parágrafos 3º e 4º do art. 31 abrirem exceções à regra firmada pelo PLC, no sentido de permitir que as informações pessoais sejam reveladas em situações excepcionais, tais como a prevenção e diagnóstico médico, a realização de estatísticas e pesquisas científicas, ao cumprimento de ordem judicial, a defesa de direitos humanos, a proteção do interesse público preponderante e quando necessárias para a apuração de irregularidades em que o titular da informação estiver envolvido, a disposição dos artigos e seus respectivos conteúdos invertem uma lógica democrática: havendo interesse público, o acesso à informação deve ser garantido de forma ampla e irrestrita, mesmo nos casos em que esse acesso venha a ofender os direitos da personalidade, desde que

¹²SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*: ensaio sobre e contra o star system em política. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. DIEFEL, 1978. p. 345.

¹³BARNEY, Ralph D. O Jornalista e uma sociedade pluralista: uma abordagem ética. In: ELLIOT, Deni. *Jornalismo Versus Privacidade*. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986, p. 69.

¹⁴BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 25.

observados o núcleo essencial desse direito.

A regra em uma democracia é a liberdade de expressão e informação e não a observância irrestrita dos direitos da personalidade com apenas algumas poucas exceções, como deseja o PLC 41/2010.

Assim, o que o legislador deve garantir como regra, em casos envolvendo a liberdade de expressão e informação e diante da ocorrência de um interesse público, é a liberdade de expressão e informação e não os direitos da personalidade, como parecem afirmar os artigos mencionados.

Mesmo em havendo informações pessoais, o direito à informação plena deve ser observado como regra (e não como exceção) se houver interesse público nessa divulgação. Num conflito entre direitos da personalidade *versus* liberdade de expressão e informação, o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público autoriza o intérprete a calibrar, inicialmente, a balança da ponderação conferindo mais peso à liberdade de expressão e informação. A inversão dos pesos atribuídos, *prima facie*, aos direitos fundamentais em conflito, portanto, será possível, mas exigirá uma fundamentação capaz de afastar, no caso concreto, o direito inicialmente conferido à sociedade – de saber dos assuntos de interesse público. Ou seja, o ônus argumentativo para restringir a ampla possibilidade de informação (que é a regra) é do titular do direito à personalidade, não o contrário.

Desta forma, a ponderação anunciada pelo PLC 41/2010, ao elevar os direitos da personalidade ao status de direito preferencial em abstrato deve ser modificada, realizando-se essa modificação com base na premissa de que, em um país democrático, a liberdade de expressão e informação nos casos envolvendo interesse público deve ser considerada como direito fundamental preferencial *prima facie*.¹⁵

Por fim, a redação dos dispositivos mencionados deveria ser outra, tal como a seguinte: a liberdade de expressão e informação, em havendo interesse público, deve ser, em regra, garantida ao requerente, salvo em algumas situações excepcionais que fiquem demonstradas que a revelação da informação ofenderá, de forma desproporcional, o direito à honra, à privacidade ou à imagem das pessoas. Neste caso, se alguém pretende ter acesso a uma informação pessoal, mas de interesse público, cabe àquele que negar o acesso à informação requerida o ônus argumentativo no sentido de demonstrar a situação excepcional, compromisso este que não deve ser imposto à pessoa que deseja o acesso à informação, a qual deverá apenas demonstrar que a informação pretendida é de interesse público.

¹⁵Na defesa de uma proteção heterogênea do direito fundamental à liberdade de expressão e informação no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-a como um direito fundamental preferencial *prima facie* nos casos envolvendo interesse público, veja-se: CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.