

**O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES AO DIREITO
FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS
INFORMAÇÕES PÚBLICAS**

THE PRIMA FACIE CHARACTER OF STANDARDS OF FUNDAMENTAL RIGHTS
AND RESTRICTIONS FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY AND PRIVACY
PROVIDED BY THE LAW NO. 12.257/2011 - LAW OF PUBLIC ACCESS TO
INFORMATION

EL CARÁCTER, PRIMA FÁCIE DE LAS NORMAS DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y LAS RESTRICCIONES AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD EN LOS CASOS PREVISTOS POR LA LEY Nº
12.257 /2011 - LEY DE ACCESO A LAS INFORMACIONES PÚBLICAS

José Carlos do Nascimento

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. jcn72@ibest.com.br

Carlos Antonio Lesskiu

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. carloslesskiu@pgm.curitiba.pr.gov.br

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a pertinência das restrições à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem previstas na Lei Federal nº 12.527/2011 – Lei de Acesso às Informações Públicas – face à teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy, especialmente do caráter *prima fácie* das normas de direitos fundamentais. A partir da análise da teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais e das noções de restrição e regulamentação/conformação destes direitos, buscou-se estabelecer, em primeiro lugar, a possibilidade de restrição e regulamentação de direitos fundamentais, com enfoque na máxima da proporcionalidade, para, em seguida, analisar o conteúdo do direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem previstos na Constituição Federal de 1988, de modo a elucidar, na prática, as possibilidades e os limites das referidas restrições, de modo a fornecer parâmetros para o Administrador Público manusear ditas restrições sem ofender o núcleo essencial destes direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Acesso à informação pública. Restrições à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

ABSTRACT

This article aims to analyze the relevance of restrictions on privacy, private life, honor and image provided in Federal Law No. 12.527/2011 - Law on Access to Public Information - in the face of the theory of fundamental rights as formulated by Robert Alexy especially the character *prima facie* standards of fundamental rights. From the analysis of the theory of ample factual support for fundamental rights and notions of restriction and regulation / conformation of these rights, we sought to establish, first, the possibility of restriction and regulation of fundamental rights, with a focus on maximum proportionality to then analyze the content of the fundamental right to privacy, private life, honor and image in the Federal Constitution of 1988, in order to elucidate, in practice, the possibilities and the limits of such restrictions, so to provide parameters for the Public Administrator to handle these restrictions without offending the core of these rights.

Keywords: Fundamental Rights. Access to public information. Restrictions on privacy, private life, honor and image.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la pertinencia de las restricciones en la intimidad, a la privacidad, al honor y a la imagen, previstas en Ley Federal no. 12.527 /2011 - Ley de Acceso a las Informaciones Públicas – ante la teoría de los derechos fundamentales formulada por Robert Alexy, especialmente el carácter *prima facie* de las normas de derechos fundamentales. Del análisis de la teoría del soporte fáctico amplio de los derechos fundamentales y de las nociones de restricción y reglamentación/conformación de estos derechos, se buscó establecer, en primer lugar, la posibilidad de restricción y regulación de los derechos fundamentales. Con enfoque en la máxima de la proporcionalidad, para, a continuación, analizar el contenido del derecho fundamental a la intimidad, a la privacidad, al honor y a la imagen, previsto por la Constitución Federal de 1988, a fin de dilucidar, en la práctica, las posibilidades y los límites de tales restricciones, con el fin de proporcionar los parámetros para el Gestor Público manejar tales restricciones, sin ofender al núcleo esencial de estos derechos.

Palabras-clave: Derechos fundamentales. Acceso a la información pública. Restricciones a la intimidad, a la privacidad, al honor y a la imagen.

INTRODUÇÃO

A centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos modernos ocidentais, associado a um novo paradigma do constitucionalismo (neoconstitucionalismo), trouxe para o estudo da teoria do Estado e do Direito novas questões que, por sua complexidade e indispensabilidade para a vida moderna, vêm desafiando a doutrina, a jurisprudência, o legislador e, por consequência, o administrador público. A relação constituição-lei, os novos métodos de extração do conteúdo normativo, os constantes conflitos entre direitos

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

e valores constitucionais, a tensão constante entre democracia tradicional (com enfoque majoritário) e o novo Estado Constitucional de Direito, centrado nos direitos fundamentais e seu caráter contramajoritário, são alguns exemplos de questões controvertidas que vêm sendo enfrentadas cotidianamente.

Nesse contexto, a teoria dos direitos fundamentais, peça chave no modelo atual de Estado Constitucional, vem alcançando sensível desenvolvimento, sobretudo no sentido de se determinar a natureza destes direitos, os métodos mais adequados para sua, seu conteúdo/limites, onde ganha especial relevo questões referentes a colisões/conflitos entre direitos fundamentais e entre estes e outros valores constitucionalmente protegidos. Tudo isso leva à necessidade de desenvolvimento de uma teoria para se determinar as restrições/configurações dos direitos fundamentais, de modo a prevenir ou solucionar estes conflitos.

Dentre as situações nas quais se evidenciam cotidianamente choques entre direitos fundamentais, uma das mais comuns é a tensão constante entre o direito à informação em sentido amplo e o direito à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Esta situação conflituosa vem ganhando ainda maior importância no âmbito da Administração Pública em razão da entrada em vigor da Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação Pública (LAI). A novel legislação, ao regulamentar o inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que trata do direito fundamental de acesso às informações públicas, dentre outras medidas, estabeleceu, no § 3º, do art. 31, os casos em que o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem poderiam ser restringidos em prol do direito fundamental de acesso às informações públicas.

O objetivo do presente trabalho é analisar as restrições ao direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas impostas pela LAI em prol do direito fundamental de acesso às informações públicas, a partir da teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy, em especial o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais, de modo a verificar a correção das referidas restrições impostas pelo legislador ordinário à teoria dos direitos fundamentais,

bem como fornecer elementos que possibilitem ao agente público aplicar as disposições legais ao caso concreto, tendo como referência a teoria dos direitos fundamentais.

Para atingir o objetivo do trabalho, buscou-se analisar a doutrina brasileira e internacional sobre o tema, utilizando-se do método dedutivo, a fim de determinar as principais diferenças entre regras e princípios, fundamental para a teoria das restrições a direitos fundamentais; a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, através da noção de suporte fático amplo e restrito dos direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade; e, por fim, a análise da conformidade das restrições impostas ao direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas impostas pela LAI à teoria dos direitos fundamentais.

DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conhecer o que distingue as regras dos princípios é condição fundamental para se entender como são operacionalizados os direitos fundamentais, já que, como afirma Robert Alexy (2011, p. 85-86) “Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões”.

Considerando-se que princípios e regras se identificam como normas jurídicas¹, três são os critérios mais utilizados pela doutrina para diferenciá-los, quais sejam: a) o da generalidade, segundo o qual princípios são normas com elevado grau de generalidade, enquanto as regras têm baixo grau de generalidade; b) a tese de que entre regras e princípios existe apenas uma diferença de grau, também baseada no grau de generalidade; e c) a tese segundo a qual a diferença entre

¹ Para enfatizar que norma, na verdade, é o produto da interpretação de enunciados linguísticos a luz do caso concreto, Shier (2013, p. 6-7) afirma que “... apenas impropriamente se pode dizer que regras e princípios são espécies de normas. Afinal, regras e princípios manifestam através de normas, mas com elas não se confundem.” “Ao buscar regular as condutas, a linguagem do direito transmuta-se em enunciados escritos. Estes enunciados é que podem

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

regras e princípios não é apenas de grau, mas sim qualitativa, já que princípios são mandamento de otimização, ou seja, são normas que podem ser satisfeitas em variados graus, obedecendo-se a uma lógica de ponderação, enquanto que as regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, obedecendo-se a um critério de subsunção (ALEXY, 2011)².

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais têm, em regra, a estrutura de princípios, as colisões destes direitos serão solucionadas a partir do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, com base nas circunstâncias do caso concreto e de sopesamentos, estabelecendo-se uma lei de colisão. Esta lei caracterizada por ser uma regra que estabelece as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro, ou seja, estabelece o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalente (ALEXY, 2011)³.

Nesse contexto, pode-se concluir que os direitos fundamentais, em estado natural, apresentam-se sob a estrutura normativa de princípios, dotados de elevado grau de abstração e caracterizados como mandamentos de otimização em face das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Surgindo uma colisão de direitos fundamentais, que pode ser antecipada em tese pelo legislador⁴ ou enfrentada pelo

manifestar-se, após a interpretação diante dos casos concretos, com conteúdo de regra ou de princípio...”.

² Importante ressaltar, como o faz Paulo Ricardo Shier (2002, p. 97), que “Sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos os comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do legislador constituinte. Possuem a mesma dignidade formal: são, em sentido lato, normas constitucionais e, por isso, dotadas da autoridade que lhes conferem a rigidez e a supremacia da Constituição...”.

³ Ao abordar a importância das regras e dos princípios no Direito brasileiro, Humberto Ávila (2009, p. 4) esclarece que, como ocorrem com as regras “a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos”.

⁴ Cabe esclarecer que o legislado não faz uma relação de preferência entre princípios exclusivamente em tese (sem qualquer consideração em relação a situações concretas), mas sim uma relação de preferência com base em situações concretas, ou seja, com base em situações de conflito que têm potencialidade de ocorrer. Após analisar esses conflitos hipotéticos, oferece ferramentas para que o interprete (juiz ou administrador) possam decidir nos casos concretos (quando as situações da vida realmente ocorrerem). Foi isso que o legislador fez, por exemplo, no art. 31 da Lei Federal nº 12.527/20011, quando estabeleceu circunstância que poderiam ensejar a restrição ao direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem em prol do direito fundamental de acesso

juiz no caso concreto, fixa-se uma relação de precedência condicionada (através de sopesamento), ou seja, são descritas as circunstâncias que, naquele caso concreto, levam ao reconhecimento da precedência de um direito fundamental sobre o outro. Essas circunstâncias concretas que reconhecerão a precedência de um direito sobre o outro são descritas com uma estrutura de regras, interpretáveis através de um processo de subsunção.

Cabe ressaltar, no entanto, que embora descrita através de uma regra, essa relação de precedência não é definitiva, mas estabelece um ônus argumentativo maior para que seja demonstrado que o processo de sopesamento estava errado ou que um novo caso, que parecia se enquadrar em uma regra já estabelecida, tem circunstâncias que o diferenciam do anterior, estabelecendo-se uma nova lei de colisão (uma nova regra).

CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Qualquer análise acerca dos direitos fundamentais, especialmente sobre as possibilidades de restrições/configurações passa, necessariamente, pela análise do conteúdo destes direitos, ou seja, pela definição de quais condutas, fatos ou situações estão protegidas por uma norma de direito fundamental. Para esta análise, Segundo Robert Alexy (2011), dois conceitos são centrais: o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais e o conceito de âmbito de proteção destes direitos, que, embora diversos, têm em comum o fato de definirem o que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, vale dizer, o que é garantido sem se considerar possíveis restrições.

Para tanto, indispensável algumas considerações sobre a teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais (que visa definir as condições para a incidência da consequência jurídica prevista no direito). A Análise desta teoria

às informações públicas. Nas palavras de Humberto Ávila, “as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte...” (ÁVILA, 2009, p. 5).

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

possibilita uma maior racionalidade na definição de quais condutas e fatos são, em concreto, protegidas pela norma de direito fundamental a partir da racionalização da definição do conteúdo do direito e de suas necessárias restrições e configurações em face do constante conflito com outros direitos fundamentais e valores protegidos constitucionalmente.

O suporte fático dos direitos fundamentais⁵, como afirma Robert Alexy (2011), equivale à totalidade das condições para a incidência de uma consequência jurídica definitiva desse direito. Essa concepção ampla de suporte fático abarca, também, as cláusulas de restrição, já que estas são condicionantes essenciais para a incidência da consequência jurídica. Desdobrando o conceito tem-se, então, o suporte fático (todas as condições para a incidência de uma consequência jurídica, exceto as cláusulas de restrição) e as cláusulas de restrição propriamente ditas. Nesse quadro, para que a consequência jurídica definitiva ocorra (proteção ao direito de liberdade de expressão, por exemplo), o suporte fático tem que ser preenchido e a cláusula de restrição não. Por outro lado, não havendo o preenchimento do suporte fático ou, mesmo que haja, preenchendo-se a cláusula de restrição, não haverá proteção ao direito⁶.

Uma teoria dos direitos fundamentais baseada em um suporte fático amplo parte da identificação do que é protegido *prima facie* por uma norma de direito fundamental, para, depois, por meio de restrições, ser determinado o que será protegido concretamente (em definitivo) (SILVA, V., 2010). Segundo Alexy (2011, p.

⁵ Virgílio Afonso da Silva (SILVA, V., 2010) esclarece que o uso do conceito de suporte fático, no campo jurídico, é limitado quase que apenas ao direito penal, quando se busca estudar o tipo penal; ao direito tributário, onde é conhecido como fato gerador e hipótese e de incidência; e ao direito civil. Para o autor, o entendimento do conceito de suporte fático, bem como sua extensão, são vitais para a prática dos direitos fundamentais, seja porque determina quais condutas serão ou não incluídas no suporte e fático ou dele ser excluídas, seja porque determina a forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção ou sopesamento), a possibilidade de restrição a direito fundamental e a exigência de fundamentação para esta restrição e a própria possibilidade de haver colisão de direitos fundamentais.

⁶ Virgílio Afonso da Silva (SILVA, V., 2010) entende que no conceito de suporte fático não basta apenas incluir âmbito de proteção associado à intervenção estatal, como fazem Alexy e Borowski, mas também a ausência de fundamentação constitucional, já que, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à incidência do preceito de direito fundamental, é necessário também a ausência de fundamentação constitucional da intervenção estatal.

322-323), “uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”. Dentre as várias regras que podem ser adotadas para se determinar aquilo que será incluído no âmbito de proteção, define as duas mais importantes, que são “(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes” e “(2) No campo semântico do suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas⁷”.

Nesse modelo que amplia o suporte fático e, com isso, ao menos *prima facie*, a incidência da norma protetiva de direito fundamental, o ônus argumentativo não é dirigido à determinação do âmbito de proteção (aquilo que é protegido pela norma) ou com o conceito de intervenção estatal, mas sim para a fundamentação constitucional da intervenção (SILVA, V., 2010). O trabalho do interprete, aqui, é encontrar uma fundamentação constitucional que justifique essa intervenção (restrição), delimitando, em concreto, o que será efetivamente protegido pela norma de direito fundamental. É neste momento que entram em cena conceitos como restrição, sopesamento, proporcionalidade e colisão de direitos, exclusivos de uma teoria dos direitos fundamentais baseada em um suporte fático amplo⁸. E isso ocorre porque, em uma teoria com suporte fático amplo, deve haver, necessariamente, um momento em que será definido o que é efetivamente protegido pela norma de direito fundamental⁹.

⁷ O autor cita, como exemplo, o conceito de imprensa adotado pelo Tribunal Constitucional Federal, para quem “o conceito de ‘imprensa’ deve ser interpretado de forma ampla e formal; ele não pode ficar dependente de uma valoração – baseada em qualquer que seja o critério – de cada produto impresso. A liberdade de imprensa não se limita à imprensa ‘séria’” (ALEXY, 2011, p. 323).

⁸ Embora não seja objeto de análise no presente trabalho, tendo em vista que rechaça a ideia de colisão de direitos fundamentais, vale mencionar que, contrapondo-se à teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, há a teoria do suporte fático restrito, que busca delimitar exatamente o que está contido no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, focando em buscar argumentos para justificar porque determinadas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser abstratamente subsumidas ao âmbito de proteção estão sendo excluídas. O objetivo é evitar ao máximo a colisão de direitos fundamentais estabelecendo espaços de não proteção. Para análise do tema de forma mais aprofundada, ver ALEXY, 2011, p. 312-316, e SILVA, 2010, p. 79-83.

⁹ Como se pode inferir das conclusões de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, V., 2010, p. 96-98), ampliar o âmbito de proteção do direito fundamental através da adoção de um suporte fático amplo, teria

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

RESTRICÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir de tudo o que já foi dito, pode-se concluir, com Ingo Wolfgang Sarlet (2011), que todo direito fundamental tem um suporte fático ou âmbito de proteção (amplo ou restrito) e que, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção, através de restrições, porquanto é consenso na doutrina que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, não recebem proteção ilimitada da ordem jurídica¹⁰.

Para a solução destes conflitos, constatou-se que os critérios tradicionais de interpretação (baseados na subsunção do fato à norma) não se mostraram suficientes (tendo em vista a natureza principiológica dos direitos fundamentais), demandando que a interpretação constitucional desenvolvesse um método dotado de racionalidade e controlabilidade para resolver estes conflitos (BARROSO, 2013).

No presente trabalho, como já foi assinalado, adotar-se-á a teoria dos direitos fundamentais, formulada por Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais têm natureza de princípios e, como tal, são mandamentos de otimização, garantem direitos prima fácie através um suporte fático amplo, que, considerando as condicionantes fáticas e jurídicas, podem ser restringidos para determinar-se a proteção definitiva no caso concreto (ALEXY, 2010). É com base em tudo o que já foi visto até agora sobre suporte fático que serão analisadas as formas como se dão as restrições aos direitos fundamentais.

como vantagem possibilitar a atualização do âmbito de proteção destes direitos em face da realidade cambiante, possibilitando que a proteção decorrente dos direitos fundamentais não fique restrita “...àquilo que, na época da promulgação da constituição, se queria proteger” possibilitando a mutação constitucional. A adoção do suporte fático amplo, ao incluir no âmbito de proteção tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, ao menos prima fácie, possibilita que, para a definição da proteção definitiva, condicionantes fáticas e jurídicas ligadas ao caso concreto sejam sopesadas, a fim de se chegar a uma decisão mais justa.

¹⁰ Neste ponto, cabe mencionar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2011) no sentido de que o fato de os direitos fundamentais terem sido elencados como cláusulas pétreas da constituição no art. 60, § 4º, da CF/88, constituindo limite material à reforma da constituição, concede-lhes proteção jurídica reforçada, impondo limites em relação aos direitos fundamentais até mesmo ao poder constituinte reformador.

Partindo-se da premissa de que a adoção de um suporte fático amplo inclui no âmbito de proteção uma ampla gama de condutas e posições jurídicas que, consideradas isoladamente, apresentem características suficientes para a subsunção ao suporte fático, a necessidade de se estabelecer cláusulas restritivas a esse suporte amplo, a fim de definir o que é protegido em definitivo, surge como inafastável.

Gilmar Ferreira Mendes (2008) esclarece, com apoio em abalizada doutrina, que os direitos fundamentais, por terem estatura constitucional, só podem ser restringidos pela própria constituição (restrição diretamente constitucional) ou por norma infraconstitucional com fundamento imediato na constituição (restrição indiretamente constitucional).

Assim, “... restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental”. Essa norma, no entanto, deve ser compatível com a constituição, sob pena de caracterizar-se uma intervenção indevida (ALEXY, 2011, p. 286). É possível concluir, portanto, que uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que estabelece como aquilo que, *prima facie* era garantido pelo suporte fático, foi ou pode ser restringido (ALEXY, 2011).

Essas cláusulas restritivas podem ser escritas, ou seja, constar textualmente na constituição¹¹, ainda que dependam de leis para serem operacionalizadas, ou não escritas, caso em que, ainda que não conste no texto constitucional expressamente como uma restrição, seja imprescindível para preservar direitos de terceiros e valores jurídicos com hierarquia constitucional (ALEXY, 2011)¹². Estas cláusulas restritivas podem ter a natureza de regras, quando estas, compatíveis com a constituição, incidirem sobre um direito *prima facie* e estabelecerem, em definitivo, um espaço de não direito¹³; mas podem, em outros casos, ter a natureza de

¹¹ Como ocorre no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, que garante o direito de acesso às informações públicas “ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado”.

¹² Isso corre, por exemplo, quando se restringe o direito fundamental à informação (art. 5º, XXXIII) para preservar o direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X)

¹³ Como ocorre quando uma regra limita a velocidade em um via, estabelecendo uma restrição ao direito geral de liberdade.

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

princípios¹⁴, embora o resultado do sopesamentos dos princípios colidentes estabeleça uma norma com natureza de regra, que fixará as condições nas quais um princípio deve prevalecer sobre o outro (ALEXY, 2011).

Conforme já asseverado linhas atrás, a cláusula de reserva pode vir prevista diretamente na constituição¹⁵ ou, então, estar contida em ato normativo infraconstitucional (lei) editado com fundamento direito na constituição¹⁶. Estas restrições legais fundadas na constituição e realizadas através de lei podem ser classificadas, ainda, em reserva simples e reserva qualificada. A primeira (reserva simples) ocorre quando a constituição apenas garante a competência para que o legislador estabeleça restrições¹⁷; na segunda (reserva qualificada) há uma limitação do conteúdo da restrição (ALEXY, 2011).

No que tange às restrições indiretamente constitucionais, cuja competência para fixação é do legislador infraconstitucional, o que se discute é qual seria o limite a ser obedecido pelo legislador ao fixar as restrições, tendo em vista a possibilidade de que a atividade legislativa restritiva possa acabar por esvaziar completamente o conteúdo do direito. Para Alexy (2011), a atividade restritiva do legislador encontra limites nas condições expressas pela reserva qualificada, pela barreira do conteúdo essencial do direito fundamental e pela máxima da proporcionalidade (dever de sopesamento).

Canotilho (2000), inclusive, formula um procedimento metódico que possibilita aferir a se há uma autêntica restrição (constitucionalidade da restrição),

¹⁴ Que ocorre quando um direito fundamental ou um valor jurídico de hierarquia constitucional, ambos com natureza de princípio, acabam por restringir um outro direito fundamental.

¹⁵ Como, por exemplo, o direito contido no art. 5º, XVI, que garante o direito de reunir-se “pacificamente e sem armas”. Neste caso, como afirma ALEXY (2011, p. 287), alguns doutrinadores indicam que não haveria propriamente uma restrição, mas delimitação do suporte fático. Mas argumenta o autor que esse entendimento, que acaba consagrando a adoção da teoria interna, não é obrigatório e nem desejável, tendo em vista que, em primeiro lugar, a formulação “pacificamente e sem armas”, pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos, que corresponde ao conceito de restrição trabalhado pelo autor por conta da adoção da teoria do suporte fático amplo.

¹⁶ Como ocorre quando se garante no art. 5º, XXXII que o Estado promoverá, “na forma da lei”, a defesa do consumidor.

que traz as seguintes interrogações a serem respondidas: a) trata-se de uma interferência efetiva no âmbito de proteção da norma consagradora de um direito, liberdade ou garantia?; b) existe uma autorização constitucional para essa restrição?; c) corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?; d) a lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)?

Cabe ressaltar, entretanto, que mesmo nos casos em que não há disposição constitucional restringindo ou autorizando a restrição a direitos fundamentais, pode haver restrição a estes direitos. Como afirma Alexy (2011), amparado na fórmula cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional podem, em vista do princípio da unidade da constituição e em casos excepcionais, fundamentar restrições a direitos fundamentais sem reserva legal expressa. Esse tipo de restrição se refere a colisão de princípios, seja de princípios de direitos fundamentais ou destes com outros princípios que revelem valores constitucionais.

Essa possibilidade de ser estabelecidas restrições a direitos fundamentais sem que a constituição as tenha previsto, direta ou indiretamente, sempre através de lei, traz a tona a indagação sobre se seria possível que todos os órgãos estatais, Legislativo, Judiciário e, principalmente, o Executivo, através da interpretação destes princípios colidentes, restringir direitos fundamentais.

Alexy (2011, p. 291) responde negativamente a essa indagação, tendo em vista que as disposições de direitos fundamentais atribuem a seu titular, além de posições materiais, também posições formais, de modo que a forma de afetação deve ser respeitada, obedecendo-se às competências formais dos três poderes, das quais ressalta o respeito à ordenação constitucional de competências, de modo que “... o Executivo tem que poder se apoiar em uma restrição constitucional indireta,

¹⁷ Art. 5º: inciso XXXII “o Estado promoverá, na forma da lei...”; XXVIII “são assegurados, nos termos da lei...”; XXIV “a lei estabelecerá o procedimento de desapropriação...”.

O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

na forma de uma lei, mesmo quando princípios constitucionais colidentes, como restrições constitucionais diretas, fundamentam materialmente uma restrição”.

Canotilho (2000) segue o mesmo sentido, ao reconhecer que somente lei em sentido formal pode restringir direitos fundamentais.

De qualquer forma, ainda que haja alguns posicionamentos entendendo que seria possível restringir direito fundamental através de ato infralegal¹⁸, o que predomina é que a existência de autorização constitucional (explícita ou implícita), a existência de lei em sentido formal (para o Poder Executivo), a observância da proporcionalidade, a manutenção do núcleo essencial e a proibição de retrocesso, são requisitos essenciais a serem observados quando houver restrição a direito fundamental.

RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

A determinação do conteúdo da restrição levado a efeito pela atividade legislativa restritiva passa, necessariamente, pela consideração de dois aspectos, quais sejam a disposição contida na reserva qualificada, devendo a restrição operar-se dentro destes limites¹⁹, e a máxima da proporcionalidade ou, nas palavras de Canotilho (2000), princípio da proibição de excesso, tendo em vista que esta tanto serve como critério autônomo para determinação do conteúdo/limite da restrição, como também como critério para a definição do conteúdo essencial do direito fundamental, desde que se adote a teoria subjetiva relativa do núcleo essencial dos

¹⁸ ADI 1969/DF e MENDES, 2008.

¹⁹ Assim, quando a constituição estabelece no art. 5º, XII, a possibilidade de restrição ao sigilo das comunicações telefônicas “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, estabelece uma limitação à lei que, neste caso, não pode estabelecer hipóteses de restrição ao sigilo que não seja para a finalidade determinada pela constituição, qual seja, investigação criminal ou instrução processual penal. Não seria possível, por exemplo, que a lei estendesse a possibilidade de restrição do sigilo das comunicações telefônicas para instrução de sindicâncias ou processos administrativos.

direitos fundamentais, conforme já referido neste trabalho. Cabe, portanto, alguns esclarecimentos sobre a máxima da proporcionalidade e seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre a íntima relação entre a natureza principiológica dos direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, Robert Alexy (2011, p. 116-117) ensina que:

Essa conexão não poderia ser mais estrita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza.

Disso decorre, segundo o autor, que a ideia corrente de que os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, conecta-se com a três máximas parciais da proporcionalidade, de modo que a necessidade e a adequação servem para aferir as possibilidades fáticas (aperfeiçoar a aplicação do princípio considerando o que a realidade fática possibilita), enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) serve para aferir as possibilidades jurídicas em face do princípio contraposto (otimizar a realização de um princípio considerando que o princípio contraposto também tem um peso na relação de sopesamento) (ALEXY, 2011).

Canotilho (2000, p. 447), sobre as três máximas parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), afirma que a máxima da adequação refere-se à necessidade de que a medida restritiva seja apropriada para a persecução dos fins invocados pela lei; a máxima da necessidade visa, por sua vez, aferir se a medida, que já foi julgada adequada (apropriada) é necessária para a obtenção dos fins preconizados pela constituição e pela lei; já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (princípio da justa medida) “significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte ‘cargas coativas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos”.

CONFIGURAÇÃO/REGULAMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A par da ideia de restrição a direitos fundamentais que, como já foi visto, é uma norma que restringe uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental, há que se analisar, dentro de um sistema que adote um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, a questão pertinente à necessidade de atuação legislativa no sentido de configurar ou conformar os direitos fundamentais, já que, muitas vezes, a norma, apesar de tratar de direitos fundamentais, destina-se, apenas, a completar e concretizar direitos individuais²⁰.

José Carlos Vieira de Andrade (1976 apud FARIAS, 1996) apresenta duas hipóteses que justificam a intervenção de normas infraconstitucionais em matéria de direitos fundamentais, a fim de configurá-lo, quais sejam; a) para concretizar os limites imanentes dos direitos fundamentais, sem retirar nem introduzir nada ao direito fundamental; b) para introduzir os direitos fundamentais na vida pública. No primeiro caso, o que a norma pretende é esclarecer o conteúdo daqueles limites ao direito fundamental, explícitos ou implícitos na constituição, visando, especialmente, prevenir colisões com outros direitos fundamentais (ou outros

²⁰ Clemerson Merlin Cleve (2014), em parecer sobre as restrições impostas pela legislação à propaganda de tabaco, manifestou-se no sentido de que o constituinte fez foi, “...a partir do princípio geral da liberdade (art. 5º, caput), desenhar um regime constitucional para os direitos fundamentais, de tal ordem estabelecido, que a atuação do legislador democrático é justificada, seja para produzir a melhor eficácia dos direitos normativamente positivados, seja para, através da imposição de restrições proporcionais, adequadas e exigíveis, operar a concordância prática com outros direitos (o problema da colisão ou da concorrência), seja, finalmente, para, no terreno dos deveres de proteção, definir as pautas para a manifestação do Poder Público quanto à tutela de determinadas circunstâncias singulares sugeridas ou expressamente indicadas no discurso constitucional. Os direitos fundamentais, portanto, a um tempo – eis aqui o paradoxo -, limitam a ação do legislador (a lei nos termos dos direitos fundamentais e não o contrário) e exigem a sua

valores constitucionais). No segundo, a norma infraconstitucional possibilita que o direito se torne operacional (embora já seja de aplicação imediata) delimitando o conteúdo dos institutos jurídicos relacionados ao exercício do direito fundamental, como ocorre, por exemplo, quando disciplina o direito de associação, quanto à capacidade, à responsabilidade, à forma de constituição da associação, todos são aspectos indispensáveis ao exercício do direito de associação. O mesmo ocorre quando a norma infraconstitucional busca complementar, densificar ou concretizar o conteúdo de direitos formulados em termos vagos.

Alexy (2011, p. 332) também adota a dicotomia restrição/conformação dos direitos fundamentais, afirmando que “nem todas as normas de direito ordinário que tenham como objeto algo que é abarcado por um direito fundamental podem ser consideradas como restrições a esse direito”. Para o autor, o conceito de configuração não pode se referir à edição de normas mandatórias ou proibitivas, mas apenas a normas de competência, porquanto aquelas sempre se caracterizam como uma restrição. E esclarece, ainda, que, mesmo que se trate de uma norma de competência, quando ela inibir a realização de um direito fundamental, será uma restrição e não uma configuração.

O caráter não inibidor do exercício do direito, seja através de normas mandatórias seja através de normas de competência, é o ponto distintivo das normas configuradoras ou conformadoras daquelas normas restritivas dos direitos fundamentais. A distinção não é meramente acadêmica, já que “uma norma que não restringe um direito fundamental não precisa ser justificada enquanto uma restrição a um direito fundamental” (ALEXY, 2011, p. 332)²¹.

Canotilho (2001, p. 251-254) apresenta um estudo bem mais detalhado a respeito da problemática relação constituição-lei, apresentando, de forma

manifestação (o legislador, limitado pelos direitos fundamentais, tem um papel indispensável a cumprir no Estado Constitucional para a preservação dos próprios direitos fundamentais).

²¹ Virgílio Afonso da Silva, ao criticar doutrina que entende não haver restrição a direito fundamental, mas mera regulamentação, quando a norma se referir apenas à forma de exercício das liberdades fundamentais, afirma que qualquer forma de regulação equivalerá sempre a uma restrição, posto que não há como distinguir as duas figuras, de modo que qualquer atuação visando regulamentar um direito fundamental é uma espécie de restrição, que pode ser lícita ou ilícita, o que o leva a

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

sistemizada e em grau crescente de liberdade do legislador, um rol de situações em que este pode (e como pode) legislar a fim de qualificar os interesses públicos, “... quer nos casos em que se debate um problema de ordenação concordante de várias posições jurídico-individuais constitucionalmente protegidas (tarefa de ‘concordância prática’), quer nos casos em que se depara com uma contraposição dos ‘interesses objetivos da comunidade’ com os interesses individuais...”. Essa prossecução do interesse público pelo legislador (e as escolhas decorrentes) coloca em relevo como o legislador, nestas escolhas, estará sujeito a uma referência material constitucional²².

Resta evidente, portanto, que em matéria de direitos fundamentais, a atuação do legislador ordinário é, em alguns casos, possível e, em outros, obrigatória, sob pena de inviabilizar o exercício do direito fundamental. A par desta constatação, também resta patente que nem toda legislação ordinária que verse sobre direitos fundamentais têm o propósito de restringi-lo, mas apenas viabilizar seu exercício, regulamentá-lo, conformá-lo à ordem legal vigente.

Não obstante esse objetivo não restritivo, a atuação regulamentadora do legislador pode acabar por inibir o exercício de um determinado direito

concluir que a inconstitucionalidade de uma media não depende de sua qualificação como restrição ou regulamentação: sempre será necessário um sopesamento (SILVA, Op. Cit. p. 101-108).

²² a) Competência de concretização legislativa: os ‘interesses públicos’ se acham previamente determinados pela constituição, ficando o legislador simplesmente autorizado a concretizar esses interesses (...). O legislador não ‘qualifica’ criticamente os interesses públicos; concretiza-os nos estritos limites constitucionais (ex. na definição do direito à liberdade e integridade física...); b) Competência de qualificação legislativa positivamente vinculada. Neste caso, a atividade do legislador não é já uma atividade meramente concretizadora; pelo contrário, é-lhe reconhecida uma competência de qualificação de interesses. O legislador formula e articula autonomamente interesses, não se limitando a ‘declarar’ ou a ‘fazer valer’ os interesses públicos normados ou pressupostos na constituição. Todavia, o âmbito de qualificação é ainda muito restrito: só no caso de interesses ‘absolutamente prevalentes’ da comunidade se pode, por exemplo, limitar os direitos fundamentais...; c) Competência de qualificação negativamente vinculada. A liberdade de qualificação legislativa dos interesses públicos torna-se aqui mais patente: ao legislador é reconhecida uma competência de qualificação dos interesses públicos que apenas poderá ser contestada quando for inequivocamente contrária à ordem constitucional. Significa que a constituição funciona mais como limite negativo do que como determinante positiva heterônoma; d) Competência de qualificação legislativa não arbitrária. Na hipótese sub judice o âmbito de conformação é ainda mais lato do que no caso anterior: o legislador erige certos fins políticos que se lhe afiguram oportunos em interesses públicos, restando apenas, como eventual limite, a proibição

fundamental, tornando claro que, muito mais importante do que buscar uma classificação para a legislação ordinária em matéria de direitos fundamentais (como restritiva ou regulamentadora), é investigar se, a pretexto de regulamentar, a norma não acabou restringido indevidamente o direito, através da inibição de seu exercício. Logo, qualquer que seja a natureza da norma (restritiva ou não), cabe uma análise da proporcionalidade de seu conteúdo, de modo a verificar se não está havendo uma indevida restrição.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha proclamado no inciso X, do art. 5º que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, elevando estes bens à condição de direito fundamental do cidadão, a delimitação do que, em concreto, é protegido por esta norma de direito fundamental continua bastante imprecisa. Partindo da concepção que inclui no âmbito de proteção da norma de direito fundamental tudo aquilo que apresente características que, consideradas isoladamente, possa ser subsumido ao suporte fático²³, cabe investigar o que a doutrina tem entendido como direito à intimidade.

Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 12) afirma que intimidade decorre da necessidade que tem o indivíduo de “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”. A referência apenas à ideia de intimidade, que acaba sendo a forma como normalmente se identifica o direito fundamental, demonstra a necessidade de esclarecimentos adicionais, porquanto a Constituição Federal de 1988 faz referência também à vida privada, além da honra e da imagem.

José Afonso da Silva (2011) prefere utilizar o termo privacidade, num sentido amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada

do arbítrio. O exemplo mais frisante será, porventura, o das relações internacionais (CANOTILHO, 2001, p. 251-254).

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

e da personalidade (ai incluído o direito à honra e à imagem), mas afirma que possível fazer a distinção de cada um dos direitos, tendo em vista que a Constituição a eles se referiu isoladamente²⁴.

No que tange à definição de intimidade, René Ariel Dotti (1980, p. 69) a conceitua como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 377), por sua vez, embora trate intimidade e vida privada como sinônimos esclarece que a doutrina tem distinguido ambos, ao afirmar que “o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. Em sentido diverso, a intimidade seriam “as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”²⁵.

A doutrina alemã trabalhou de forma mais sistematizada a questão da intimidade, determinado a existência de três esferas (círculos concêntricos). A primeira, denominada de *Privatsphäre* (esfera da vida privada), que é a mais ampla e corresponde às notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros, como imagem física e comportamentos que, mesmo situados fora do domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contato com a pessoa. A segunda, denominada de *Vertrauenssphäre* (esfera confidencial), inclui aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, mas que fica excluído do público em geral e de pessoas pertencentes ao

²³ Ver item 3.1 sobre o suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a definição do âmbito de proteção segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

²⁴ O direito à honra e à imagem, por sua vez, nas palavras do próprio autor, não dizem respeito à intimidade, mas são integrantes do direito à personalidade trabalho (SILVA, J., 2011). Por essa razão não serão objeto de análise no presente trabalho.

²⁵ O autor esclarece, ainda, que “... sem privacidade não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna de nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação...” (MENDES, 2008, p. 378).

ciclo da vida privada e familiar, como correspondências, memórias, etc. Por fim, a denominada Gheimsphäre (esfera do secreto), que compreende os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos (TEJEDOR, 1994 apud FARIAS, 1996).

Em que pese essa distinção em três círculos concêntricos (esfera da vida privada, esfera confidencial e esfera do segredo) não corresponda exatamente à separação feita pela Constituição Federal de 1988, que alude a duas esferas, a da intimidade e a da vida privada, que em tese abarcariam as três esferas da doutrina alemã, a separação em três esferas possibilita que, de forma didática, sejam identificadas situações que reclamam níveis diferenciados de intensidade de proteção, conforme se desloque para a esfera mais interior. Por consequência, restringir um direito fundamental da esfera mais interna (do segredo), demanda que o grau de a importância e o grau de satisfação do direito fundamental contraposto ou outro valor de estatura constitucional seja muito elevado, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Logo, como no âmbito de proteção da norma de direito fundamental protetora do direito à intimidade e à vida privada deve estar tudo aquilo que apresente características que, consideradas isoladamente, possa ser subsumido ao suporte fático (que seja considerado da esfera íntima ou da esfera privada), pode-se concluir que todos os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público (vida privada), bem como as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, para usar a definição de Gilmar Mendes, ou as situações da esfera da vida privada, da esfera confidencial ou da esfera do segredo, elencados pela teoria dos círculos concêntricos, *prima facie*, são protegidos pela norma de direito fundamental relativa à intimidade e da vida privada. Caberá, no caso, concreto, através de restrições e sopesamentos, definir o que será definitivamente protegido pela norma de direito fundamental.

O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA PREVISTAS NA LEI Nº 12.527/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

ASPECTOS DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA ESTABELECIDOS NA LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS (LEI Nº 12.527/2011)

Ao regulamentar o art. 5º, inciso XXXIII; art. 37, § 3º, inciso II; e o art. 216, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988²⁶, a Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso às Informações Públicas (LAI), buscou estabelecer, de forma detalhada, como o Estado cumpriria o mister de tornar públicas as informações por ele custodiadas, conferindo efetividade ao direito fundamental de acesso às informações públicas, previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Não que este direito fundamental essencial à democracia dependesse de lei para existir e ser observado pelo Estado, mas a existência de uma lei detalhando, objetivamente, a forma como as informações deverão ser disponibilizadas, os procedimentos a serem observados e até mesmo os casos em que a publicidade poderá ser restringida, possibilitam que o cidadão possa fruir destes direito de forma muito mais efetiva.

Antes de adentrar especificamente na análise das restrições à intimidade e à vida privada estabelecidas pela Lei Federal nº 12.527/2011, cabe pontuar que, na linha que vem sendo adotada no presente trabalho (suporte fático amplo), no âmbito de proteção da norma de direito fundamental relativa ao acesso às informações públicas está contido o direito, ao menos prima fácie, de ter acesso a todas as informações produzidas, armazenadas ou custodiadas pela Administração

²⁶ Art. 5º (...) XXXIII - 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, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (...);

Art. 216 (...) § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta aos quantos dela necessitem.

Pública (conceito amplo de informação pública)²⁷, ainda que se refiram a pessoas determinadas e sejam reativas à sua intimidade e vida privada ou possam afetar a segurança da sociedade ou do Estado. É obvio que, no caso concreto, nem tudo o que, *prima facie*, é protegido ou será definitivamente. É aqui que entra a análise das restrições ao direito fundamental à intimidade e à vida privada impostas pela Lei Federal nº 12.527/2011 visando privilegiar o acesso às informações públicas.

Dentro do sistema criado pela LAI, reafirmou-se o preceito que já está implícito no direito fundamental à informação pública no sentido de que a publicidade é regra e o sigilo é exceção²⁸. Não obstante este preceito geral cuidou o legislador ordinário de estabelecer os casos em que a publicidade das informações custodiadas pela Administração pública poderia ser restringida visando preservar a segurança da sociedade e do Estado, o direito fundamental à intimidade e à vida privada das pessoas²⁹, como também estabeleceu os casos em que a estes direitos, em especial a intimidade e a vida privada, poderiam ser restringidos visando privilegiar o acesso à informação pública.

É na análise das restrições impostas ao direito fundamental à intimidade e à vida privada que foca-se o presente trabalho. Com efeito, sempre que se fala em divulgar informações, prestigiando-se o direito fundamental de informar e ser informado ou mesmo o direito de acesso às informações públicas, surge, de

²⁷ O art. 4º, da LAI conceitua informação como sendo “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

²⁸ Já no art. 3º, a LAI estabelece alguns princípios gerais que devem nortear a interpretação da lei e que reafirmam a publicidade como preceito geral, nos seguintes termos: “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública”.

²⁹ Todo o capítulo IV da LAI é dedicado a regular os casos em que pode haver restrição da publicidade, seja para preservar a segurança da sociedade ou do Estado (seções II, III e IV), o que fez através da possibilidade de a Administração gravar a informação como sigilosa por 5, 15 ou 25 anos, classificando-a como reservada, secreta ou ultrassecreta, respectivamente (es essenciais à segurança da sociedade e do Estado, bem como aquelas informações que digam respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.art. 24), seja para preservar a intimidade, a vida privada, a

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

imediatamente, a possibilidade de colisão deste direito com o direito fundamental à intimidade. A questão é, portanto, investigar quando e como pode-se restringir um destes direitos em prol do outro, de modo a possibilitar-lhes uma convivência harmônica.

Ao dispor sobre o direito fundamental à intimidade e à vida privada no inciso X, do art. 5º, o legislador constituinte não previu qualquer possibilidade de restrição deste direito, ou seja, trata-se de um direito fundamental sem reserva expressa na constituição. Entretanto, como já apontado neste trabalho³⁰, direitos de terceiros (de estatura constitucional) e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional, podem fundamentar uma restrição a direito fundamental garantido sem reserva. É a partir desta constatação que se pode concluir que o direito fundamental de acesso às informações públicas, previsto no art. XXXIII, do inciso 5º, pode servir de fundamento para que o legislador ordinário restrinja o direito fundamental à intimidade e à vida privada, como ocorreu na seção V, do capítulo IV, da Lei nº 12.527/2011.

Constatada a possibilidade, cabe analisar a conformidade das referidas restrições à teoria das restrições a direitos fundamentais expostas no presente trabalho, ainda que não seja possível analisar detidamente cada uma das restrições.

Nesse sentido, a LAI, após reconhecer no caput do art. 31 que o tratamento das informações pessoais deve respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantido a restrição de acesso a estas informações por cem anos, independentemente de ter sido classificada como sigilosa, conforme dispõe o inciso I, do § 1º, elencou nos incisos do § 3º cinco situações nas quais pode ser dado acesso às informações pessoais a terceiros, ainda que sem autorização da pessoa a quem elas se refiram³¹.

honra e a imagem das pessoas, garantido o sigilo destas informações por um período de cem anos (seção V)

³⁰ Item 3.2.

³¹ Art. 31. 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.

Do que já foi exposto até agora, pode-se concluir que o § 3º, do art. 31, traz ao mundo jurídico caso típico em que o legislador ordinário atuou restringindo direito fundamental que não tem previsão constitucional expressa autorizando tal restrição. Não obstante, nenhum reparo há que se fazer em razão da ausência de autorização constitucional para que o legislador ordinário restrinja este direito fundamental, em razão do que já foi asseverado neste trabalho. Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da lei neste ponto. A relevância das questões que dão ensejo à restrição à intimidade elencadas no art. 31 da LAI são notórias, mas alguns alertas, entretanto, devem ser feitos.

Uma questão a ser levantada diz respeito ao fato de que a decisão do agente público no sentido de restringir o direito fundamental à intimidade e à vida privada em prol da publicidade, tendo como base um dos incisos do § 3º, do art. 31, excetuando-se o inciso V, deve ser norteadada pela máxima da proporcionalidade³². Com efeito, em que peso o legislador ordinário já ter sopesado em tese os bens jurídicos envolvidos e estabelecido a restrição, o fez em abstrato, ou seja, apenas prospectando futuros colisões entre estes direitos fundamentais. Disso decorre que

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

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; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

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; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 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.

³² Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2009), o princípio da proporcionalidade é aplicado no Direito Administrativo como mais uma das formas de impor limites à discricionariedade administrativa, de modo a ampliar o âmbito de apreciação do Poder Judiciário.

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

a autoridade chamada a decidir no caso concreto, quando efetivamente houver, por exemplo, a colisão entre a proteção de um interesse público geral preponderante (inciso V), com o direito fundamental à intimidade, deverá confrontar os dois direitos sob a lógica da máxima da proporcionalidade, em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na forma como apontado linhas atrás. Vale dizer, portanto, que não basta estar presente uma das circunstâncias previstas nos incisos I, II, IV, e V, do § 3º, do art. 31³³ para que seja decidido, automaticamente, pela restrição ao direito fundamental à intimidade, franqueando-se o acesso, independente de autorização da pessoa a quem pertença, a informações pessoais custodiadas pela Administração.

Para atender à máxima parcial da adequação, a medida restritiva deverá ser apropriada à persecução do objetivo perseguido: defender direitos humanos, por exemplo (inciso IV). Se a divulgação da informação pessoal (medida restritiva) não for apta a defender algum direito humano (fomentar este direito contraposto), deverá ser abandonada de imediato.

Ainda que seja adequada, a medida restritiva deverá ser necessária, ou seja, havendo mais de uma medida que possa fomentar o direito contraposto, deverá ser escolhida aquela que intervenha de modo menos intenso no direito a ser restringido³⁴.

Por fim, satisfeitas as duas máximas parciais da adequação e da necessidade, que se referem à otimização do princípio de direito fundamental de acordo com as possibilidades fáticas, a medida restritiva também deverá ser proporcional em sentido estrito (otimização de acordo com as possibilidades jurídicas), ou seja, deve-se fazer um sopesamento para se certificar que quanto maior for o grau de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância

³³ Desconsidera-se a previsão contida no inciso III porque, no caso de decisão judicial determinando a divulgação da informação, não haveria, em tese, o que ser sopesado pelo agente público.

³⁴ Por exemplo, se a divulgação da informação pessoal completa quanto a divulgação parcial, como, por exemplo, com a omissão do nome, forem aptas a fomentar o direito protegido, deverá ser adotada a que menos intervenha no direito à intimidade: divulgar a informação com a omissão do nome.

da satisfação do outro³⁵. Deve-se avaliar, neste ponto, se o grau de afetação do direito à intimidade justifica-se em razão da importância da satisfação do outro direito fundamental³⁶.

Outra questão a ser levantada cinge-se ao fato de que embora o § 3º, do art. 31 abra a possibilidade de informações pessoais relativas à intimidade e vida privada das pessoas seja disponibilizada a outras pessoas além dos agentes públicos legalmente autorizada não retira totalmente o caráter sigiloso da informação: a informação continua sendo sigilosa e de acesso restrito ao agente público legalmente autorizado e à pessoa a quem se franqueou o acesso por força da aplicação de um dos incisos do § 3º, do art. 31. Essa conclusão decorre da aplicação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da justa medida, como afirma Canotilho³⁷, da qual decorre que qualquer restrição a direito fundamental deve afetar o direito apenas na extensão necessária e indispensável à realização do direito contraposto.

Por conta dessa constatação, o ato através do qual o administrador público decide franquear o acesso a informações pessoais a terceiros que não sejam os agentes públicos legalmente autorizados deve ser recoberto de todas as cautelas necessárias à preservação da intimidade e da vida privada da pessoa a quem a informação, se refere, bem como que aquele que tem o acesso a essa informação deve ser alertado que o fato de ter acesso a informação pessoal o torna responsável por seu uso indevido, nos termos do § 2º, do art. 31.

As mesmas ressalvas feitas até agora se aplicam à previsão contida no § 4º, do art. 31 da LAI, que preconiza que a restrição de acesso a informações relativas à intimidade e a vida privada não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar

³⁵ Em um primeiro momento, avalia-se o grau de afetação ou de não satisfação de um dos princípios colidentes; após, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente e, por fim, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2011).

³⁶ Deve-se analisar, neste ponto, se a satisfação de um interesse público ou geral que entende-se preponderante, por exemplo, justifica aquele nível de restrição à intimidade, que já se verificou que é adequado e necessário, posto que a medida a ser adotada, ainda que adequada e necessária, pode revelar-se extremamente excessiva quando confrontada à importância da satisfação do interesse público ou geral que pretende-se preservar.

³⁷ Ver item 3.2.

*O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS
RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA
PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES
PÚBLICAS*

processo de apuração de irregularidades em que o titular da informação estiver envolvido, bem como ações voltadas para a recuperação de fatos históricos. Com efeito, o dispositivo deve ser interpretado como mais uma das possibilidades de restrição ao direito fundamental à intimidade, que deve ser analisada a luz do princípio da proporcionalidade, já que não pode afastar, de forma peremptória e sem a análise do caso concreto, a proteção constitucional à intimidade e à vida privada. Cabe enfatizar que a lei pode restringir o direito fundamental, que, no caso concreto, após a aplicação do princípio da proporcionalidade, pode restar totalmente esvaziado, mas não afastá-lo definitivamente quando em confronto com outro valor constitucional, sem que, no caso concreto, haja a possibilidade de otimização dos princípios em virtude das possibilidades fáticas e jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode concluir, a partir da análise de todos os elementos articulados no presente trabalho e na esteira da teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy, é que estes direitos, que em regra têm uma estrutura normativa de princípio (norma princípio), têm seu conteúdo determinado, *prima facie* (em princípio e em tese), a partir de um suporte fático amplo, ou seja, que fazem parte do suporte fático da norma de direito fundamental (do âmbito de proteção desta norma) todas aquelas situações, posições jurídicas ou condutas que, consideradas isoladamente, subsumam-se à descrição do suporte fático, sem que se considerem outras questões que, no caso concreto, possam levar a uma não proteção daquilo que, em princípio e em tese, seria protegido.

Reconhecer que a titularidade de um direito fundamental garante, em tese, a proteção a uma infinidade de situações leva, por consequência, ao aumento do número de casos nos quais, em concreto, haverá dois direitos conflitantes reclamando proteção. Disso decorre que, adotando-se uma teoria baseada em um suporte fático amplo, após determinar o que, *prima facie*, é protegido por uma

norma de direito fundamental, caberá, por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade, restringir um direito fundamental na medida do indispensável, a fim de que prevaleça o outro, sempre tendo como referência as condicionantes fáticas (necessidade e adequação da medida restritiva) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) do caso concreto.

Dentre as funções do legislador ordinário, nesta teoria, destaca-se a de legislar estabelecendo, através de regras, restrições a direitos fundamentais visando a prevalência de outro direito fundamental ou valor constitucional, norteados pela máxima da proporcionalidade, o que fez legitimamente com a edição da Lei nº 12.527/2011, em especial no § 3º, do art. 31, ao estabelecer possibilidades de restrição ao direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas em prol do direito fundamental de acesso às informações públicas.

Não obstante a correção da atuação do legislador ordinário ao estabelecer as restrições previstas no § 3º, do art. 31, da Lei 12.527/2011, cabe enfatizar que ditas restrições, por serem, em alguns casos, estabelecidas através de conceitos indeterminados, como interesse público e geral preponderante, ou pelo fato de serem estabelecidas pelo legislador com base apenas em colisões hipotéticas, ao serem aplicadas pelo agente público necessariamente deverão passar novamente pelo crivo da máxima da proporcionalidade, de modo a densificar os conceitos indeterminados e estabelecer condições de precedência de um direito sobre o outro a luz dos elementos do caso concreto. Não pode o agente público responsável por aplicar a lei deixar de examinar, por exemplo, o grau de relevância do interesse público que se pretende prestigiar (inciso V) e o nível de proteção demandado pela natureza da informação íntima que se pretende flexibilizar o sigilo. Essa análise, por certo, somente poderá ser feita com o auxílio da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo a otimizar a aplicação dos princípios colidentes considerando as possibilidades fática e jurídicas.

O CARÁTER PRIMA FÁCIE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA PREVISTAS NA LEI Nº 12.257/2011 - LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Vergílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, apud FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

AVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIENCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIENCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO. Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais**, disponível em www.cleveadvogados.com.br/arquivos/-publicidade-cigarro01.doc, acessado em 12/03/2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação:** possibilidades e limites. São Paulo: Revista do Tribunais, 1980.

HERRERO TEJEDOR, Fernando, apud FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

_____ **Direito constitucional anotações nucleares.** 1ª ed. – 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.