

RECEBIDO EM: 24/06/2020

APROVADO EM: 02/12/2020

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ACESSO À INFORMAÇÃO VS. PRIVACIDADE ATRAVÉS DO CASO “CARTA DE MÁRIO DE ANDRADE”

***FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION: ACCESS TO
INFORMATION VS. PRIVACY THROUGH THE CASE
“LETTER OF MÁRIO DE ANDRADE”***

Levi Hulse

*Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC,
Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professor na Universidade do Alto
Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito, cursos EAD, professor na
pós-graduação *latu sensu*, professor titular no Mestrados em Desenvolvimento e
Sociedade PPGDS-UNIARP e professor titular no Mestrado em Educação Básica
PPGEB-UNIARP.*

Ricardo José Feiten

*Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro
Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Gestão Pública
Municipal pela Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2018). servidor
público no Ministério Público Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública; 2. Direito Fundamental à Privacidade; 3. A Teoria Externa das Restrições e a Resolução Casuística dos Conflitos de Direitos Fundamentais; 4. A Colisão Acesso à Informação vs. Privacidade no Caso “Carta de Mário de Andrade”; Conclusão; Referências.

RESUMO: Esta pesquisa objetiva analisar a colisão dos direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade, partindo da premissa de que não há como se dar uma solução abstrata e prévia, só podendo ser resolvida em um caso concreto. É através da análise do caso da “Carta de Mário de Andrade” que a pesquisa buscará demonstrar como um direito fundamental preponderará em relação ao outro, dada a realidade fática apresentada. Utiliza-se da teoria externa das restrições de direitos fundamentais, exposta por Alexy, para isso. Acesso à informação pública e privacidade são valores consagrados pela Constituição Cidadã e, *prima facie*, devem ser realizados na maior medida possível, porém não são direitos absolutos. A realidade fática de cada caso concreto poderá restringir a realidade jurídica, demandando uma análise de proporcionalidade - método de solução do conflito, que analisará a dimensão do peso de cada direito fundamental. No caso em análise o interesse público e o caráter histórico do documento afastaram a alegação de privacidade, dando-se acesso integral à informação demandada.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Informação. Privacidade. Colisão de Direitos Fundamentais. Mário de Andrade. Teoria Externa. Alexy. Proporcionalidade.

ABSTRACT: This research aims to analyze the collision of fundamental rights of access to information and privacy, based on the premise that there is no way to give an abstract and prior solution, which can only be resolved in a specific case. It is through the analysis of the case of the “Carta de Mário de Andrade” that the research will seek to demonstrate how a fundamental right will prevail over the other, given the factual reality presented. It uses the external theory of fundamental rights restrictions, exposed by Alexy, for this. Access to public information and privacy are values enshrined in the Citizen Constitution and, *prima facie*, must be carried out to the greatest extent possible, but they are not absolute rights. The factual reality of each specific case may restrict the legal reality, demanding an analysis of proportionality - a method of resolving the conflict, which will analyze the dimension of the weight

of each fundamental right. In the case under analysis, the public interest and the historical character of the document dismissed the privacy claim, giving full access to the information demanded.

KEYWORDS: Access to Information. Privacy. Collision of Fundamental Rights. Mário de Andrade. External Theory. Alexy. Proportionality.

INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã consagrou relevante direito para o exercício da cidadania e para o fortalecimento da democracia, o direito fundamental de acesso à informação pública - um direito com fins não só em si mesmo, servindo de instrumento para a defesa das demais previsões fundamentais. É através do acesso à informação que o cidadão poderá saber o que se produz em seu nome, participando da res pública.

Da mesma forma, prevê a Constituição que a privacidade será respeitada e tutelada. Trata-se do direito de “estar só”, de recolher-se em sua esfera de intimidade e tê-la respeitada. Esse direito encontra cada vez mais desafios frente à Sociedade da Informação, em que as noções de espaço e tempo foram relativizadas pelo uso das Tecnologias da Informação. Mesmo em tempos de superexposição nas redes sociais, há a necessidade de observá-la e preservá-la.

Os dois direitos destacados podem apresentar, *prima facie*, uma tensão em que, dada uma realidade fática específica, venham a colidir. Deve o acesso à informação preponderar? Deve a privacidade ser respeitada e o acesso negado?

A solução parece não vir pronta em uma norma abstrata, frente a impossibilidade de se prever todas as possibilidades fáticas pelo Direito. E, considera-se nesta pesquisa, não virá do ordenamento, mas da atuação do intérprete, eis que a tensão não ocorrerá na dimensão da validade, mas do peso, isto é, não havendo direitos absolutos, deverá um preponderar, no caso concreto, sem a declaração de invalidade do outro. Trabalha-se, portanto, com os direitos fundamentais como princípios, isto é, como mandamentos de otimização em que se busca a sua realização na maior medida possível¹.

1 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

Assim, objetiva-se nesta pesquisa analisar a colisão dos direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade, partindo da premissa de que não há como se dar uma solução abstrata e prévia, só podendo ser resolvida em um caso concreto. O caso escolhido para análise foi a “Carta de Mário de Andrade”, documento que nasce da manifestação particular do escritor brasileiro Mário de Andrade, endereçada a Manuel Bandeira, outro grande nome da literatura nacional. O documento foi doado à Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB) após a morte do recebedor, incorporando-se ao arquivo público daquela instituição.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória que busca compreender a temática dos direitos de acesso à informação e do direito à privacidade, utilizando-se da metodologia do estudo de caso para apresentar a aplicabilidade dos temas. Os dados foram coletados através de pesquisa bibliográfica e, no caso específico do caso em análise, através do processo administrativo instaurado no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU).

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

O fenômeno da informação importa ao Direito, enquanto fato jurídico, em diversas perspectivas, cada uma delas configurando um conjunto de direitos fundamentais que, reunidos, dão forma à disciplina jurídica denominada Direito da Informação². Há, portanto, um “direito humano ao saber”, produto da “democratização das relações de poder”, resultado das “liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12).

A liberdade será o primeiro dos valores consagrados pelo constitucionalismo ocidental do século XVIII, fato que requer uma abstenção de interferência do Estado³. Essa atuação negativa estatal

2 Direito da Informação é o “[...] resultado das interações socioculturais que no decorrer da história formaram a comunicação social, sendo produzidas por um conjunto de mandamentos sociais, políticos e morais que resultaram em um conjunto de normas jurídicas regulatórias e disciplinadoras daquelas relações (portanto, de um direito à informação). Por conseguinte, esse é um segmento jurídico do Direito decorrente do que poderíamos chamar de direito das ‘relações informativas’, de tal sorte que o assim chamado ‘direito da informação’ abarca tanto a liberdade de informação, quanto os direitos à informação, incluindo o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais”. (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 14).

3 Para Paulo Bonavides “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (2016, p. 578). Ainda com este autor, a quarta dimensão, mais recente, seria decorrência da globalização e abarcaria os direitos à democracia direta, o direito à

deixará espaço para o livre desenvolvimento (autodeterminação) das aptidões humanas, como na liberdade de expressão e manifestação, essencial para se falar em liberdade de informação – pois não há como construí-la sem a expressão, eis que esta é a exteriorização da consciência humana⁴. A liberdade de manifestação exerce uma função de cláusula geral em nosso sistema constitucional, preenchendo seu conteúdo com a expressão religiosa, artística, liberdade de reunião, ensino e pesquisa, comunicação social e da própria liberdade de informação (SARLET; MOLINARO, 2014). É significativa a previsão de direitos⁵ relacionados à liberdade de manifestação dentro do catálogo de direitos fundamentais de nosso texto constitucional⁶, sem deixar de considerar outros decorrentes da cláusula de abertura prevista no §2º do Artigo 5º.

As perspectivas pelas quais o Direito regula a informação correspondem ao i) direito de informar, ii) ao direito de se informar e iii) ao direito de ser informado (SARLET; MOLINARO, 2014), sendo que estas se complementam.

O direito de informar se traduz em uma prerrogativa assegurada pela Constituição de transmitir informações de forma livre. Trata-se da liberdade de informação, decorrência direta da liberdade de expressão, etapa inicial e necessária para se falar em direito à informação e direito de acesso à informação, pois sem exteriorização não há campo de atuação possível ao Direito – daí José Afonso da Silva (2013, p. 243) chamá-la de “liberdade primária”. A previsão constitucional está no Art. 5º, incisos IV e IX e no Art. 220:

Art. 5º [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2016). Sobre as “gerações de direitos” ver VASAK, Karel. As dimensões internacionais dos direitos do homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: UNESCO, 1983.

4 A Suprema Corte da Índia reconheceu, em 1982, que o direito de acesso às informações públicas era decorrência do direito fundamental de liberdade de opinião e expressão, em função da ausência de uma legislação específica (CEPIK, 2000).

5 Art. 5º, incisos IV, XII, XIV, XXXIII, LX, LXXII; Art. 37, §3º, II; Art. 93, IX; Art. 216, §2º; Art. 220.

6 Para Claudia Maria de Freitas Chagas, “Trata-se de natural reação a mais de duas décadas de ditadura militar (1964-1985), quando houve violenta supressão de tais direitos, com a institucionalização da censura e da total falta de transparência do Estado” (2019, p. 36).

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988, não p.).

Em primeiro plano, trata-se da “dimensão individual do direito” (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 13), que objetiva a livre expressão e comunicação sem prévia necessidade de autorização⁷, eis que a censura está vedada⁸ - para José Américo Martins da Costa (2019), essa permissibilidade dá à liberdade de informação o status de garantia constitucional, decorrência do próprio regime democrático. Muito caro aos jornalistas, apresenta-se como um instrumento de fortalecimento da democracia, pois permite uma pluralidade de ideias em circulação pela sociedade, permitindo a formação de opinião pública e consciência coletiva, essencial para o controle social - no que se pode falar em uma dimensão coletiva, reforçada pelas próximas previsões.

Lembra José Afonso da Silva (2013, p. 246) que com a liberdade de manifestação (direito de informar) há também a opção de não manifestar o pensamento, “recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo”, ou seja, de não informar, mantendo em segredo uma informação - opção que valerá ao indivíduo, jamais ao Estado, pela impossibilidade de alegação de esfera de intimidade, o que não afasta as hipóteses de sigilo temporário.

O direito de se informar está diretamente ligado ao direito de informar e pressupõe a possibilidade de buscar informações. É o direito à informação. A previsão é do Art. 5º, XIV:

Art. 5º [...]

[...]

7 “Não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas” STF: ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, Plenário, DJE de 24/08/2012; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, Plenário, DJE de 06/11/2009.

8 Art. 220, “§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988, não p.).

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988, não p.).

Trata-se de acesso à informação genérico, compreendendo todos os tipos de informações, como a informação estatal ou a informação jornalística - daí a importância do resguardo do sigilo da fonte, condição essencial para a concretização do direito de informar, em nítida complementação com o disposto anterior. Resguardar o sigilo da fonte, entretanto, não significa segredo, pois há um dever ético do profissional da imprensa em divulgar a informação, uma vez conhecida.

Por fim, o direito de ser informado prevê o recebimento de informações pelo indivíduo, o que pressupõe um dever de informar de outro lado. Trata-se da “versão positiva do direito de se informar”, de estar “adequadamente e verdadeiramente informado” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 189). Compreende-se tanto a informação de modo geral, difundida pelos meios de comunicação, quanto pelo Estado, quando a informação for pública. Conforme leciona Rafael Valim (VALIM, 2015, p. 36), “no interior do aludido direito à informação, contudo, foi se delineando um direito com contornos ainda mais específicos, qual seja, o direito de acesso à informação pública”.

A previsão de acesso à informação pública é do Art. 5º, XXXIII:

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 (BRASIL, 1988, não p.).

Nota-se a amplitude das informações que são acessíveis ao público, desde informações particulares, que só digam respeito à própria pessoa do demandante, até informações de interesse geral, ou seja, em que não há necessidade de vinculação do indivíduo à causa, bastando que haja um interesse coletivo, isto é, que a informação seja pública. Nesse sentido que Fabiano Angélico (2012) lembra que o direito não possui um interesse apenas em si, mas atua também como instrumento para a promoção de

outros direitos que interessam à coletividade, como os sociais, à defesa de direitos humanos, além de importante mecanismo contra a corrupção.

A consolidação da sociedade da informação trouxe novos contornos aos direitos de se informar e de ser informado, mais especificamente em sua acepção negativa, isto é, de não se informar e de não ser informado. A inversão lógica é decorrência da gigantesca quantidade de informações à disposição do indivíduo, fruto de uma relativização da noção de espaço e tempo que as tecnologias da informação proporcionaram. Assim, hoje se fala em direito ao esquecimento⁹ - exclusão de informações de uma pessoa que estão disponíveis à coletividade - e em direito a não informação¹⁰ - direito da pessoa não ter sua órbita informacional acrescida de novos elementos. Tais acepções da liberdade de informação correspondem à autodeterminação informativa do indivíduo.

Essa passagem do campo da liberdade (abstenção estatal) para a esfera jurídica (direito subjetivo) - “passagem do modal político da liberdade de informação para o modal jurídico do direito à informação” -, foi um “extraordinário avanço democrático”, pois permitirá a identificação do objeto do direito de modo preciso, alterando a visão “novecentista” da informação, que devia respeito à privacidade, à moral e a segurança de Estado, para a função pública que ela exerce, “autêntico direito-dever” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 16). “Daí porque a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social” (SILVA, 2013, p. 263).

O “direito humano ao saber” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12), relativo ao acesso à informação pública percorre, portanto, um caminho que se inicia na liberdade de expressão, que possibilita a liberdade de informação, juridicamente assegurada com o direito à informação, que se desdobra na perspectiva de um direito a ser informado, que quando relativa à coisa pública revelará o direito fundamental de acesso à informação pública. Há, portanto, “um processo histórico de autonomização do direito de acesso à informação pública” (VALIM, 2015, p. 37).

9 Sobre o tema ver SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

10 Sobre o tema ver BOTTEON, Lissandra Christine. O Direito de Não-Saber do Paciente Justificado no Princípio da Razoabilidade: Informação na Medida da Vontade do Paciente in: Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Monica Neves Aguiar da Silva, Wilson Engelmann, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: FUNJAB, 2013. ISBN: 978-85-7840-180-1. Pgs. 418-439.

É com a exposição dessas perspectivas que se propõe demonstrar que “O direito à informação não se confunde com o direito de acesso à informação” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 19). E no direito de acesso à informação há, ainda, a separação entre a informação pública e a não pública. Observa Martins (2015) que o direito é de acesso, ou seja, o Estado deve dar publicidade ou atender à pedidos de informação que digam respeito a informações que possui, diferentemente de um direito à informação, mais amplo.

É precisamente na perspectiva do direito de ser informado, relativo ao recebimento e acesso a informações públicas que esta pesquisa se concentra. O caráter público da informação é o elemento determinante, portanto. Assim, estabelece-se o objeto do direito de acesso à informação pública: *prima facie*, toda informação de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral produzida ou custodiada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes. Toda ação ou omissão que inviabilize o acesso às informações será tratado como restrição ao direito fundamental, exigindo, portanto, respeito à proporcionalidade e fundamentação coerente com o sistema.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A privacidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo preocupação histórica das culturas hebraica, grega, chinesa e romana, inclusive com referências bíblicas de proteção (DA COSTA, 2019), consistindo no “direito a estar só” - *right to be let alone* (SCHEMKEL, 2015).

Decorrência da condição humana, há um âmbito particular em cada indivíduo, isto é, por “[...] ser dotado de razão, vontade e consciência, cada pessoa constitui um microcosmo particular, no âmbito do qual desenvolve seus talentos, opiniões e convicções no qual faz surgir, maturar e firmar suas decisões pessoais” - a privacidade, esfera de liberdade íntima da pessoa. Essa esfera de liberdade privada pode se exteriorizar, sem que se torne ato público, se assim desejar o indivíduo. Entre intimidade e privacidade há uma distinção, acolhida inclusive pelo texto constitucional:

Enquanto a primeira diz respeito àquilo tudo que é gestado ocultamente no íntimo da psique humana e que num primeiro momento permanece oculto aos demais, a segunda diz respeito àquilo que, desse íntimo, é de alguma forma exteriorizado, mas que o sujeito deseja que não seja de conhecimento público, mas apenas seu ou de quem entenda conveniente (MAICHAKI, 2018, p. 138).

Os atos humanos são preparados ou elaborados na intimidade e, uma vez elaborados, permanecem no interior ou aparecem externamente, segundo forem atos internos ou externos. A preparação do ato humano e aqueles atos humanos que permanecem dentro de nós, sendo apenas internos, pertencem à intimidade. Alguns atos externos, aqueles que a própria natureza reserva ou a pessoa quer reservar e pode reservar para si, por não prejudicarem terceiros, pertencem à privacidade (ALONSO, 2005, p. 18 apud MAICHAKI, 2018, p. 138).

Para os antigos, não haveria a necessidade de se proteger a privacidade, pois a vida se dava em público, sendo que na Roma antiga começa a surgir um espaço de privacidade, um “resíduo daquilo que uma pessoa poderia fazer sem atentar contra seus deveres e funções públicas” (SCHEMKEL, 2015, não p.).

Mas é com o surgimento da propriedade que José Américo da Costa (2019, p. 76), pautado na doutrina de Antonio Enrique Pérez Luño, considera como marco inicial para se falar em direito à privacidade, “pois somente possuidores e proprietários poderiam praticar atos sem a observação de terceiros, servindo a propriedade de barreira contra intromissões alheias”.

Com o surgimento da burguesia e seu fortalecimento no século XVII, surgem na Inglaterra as primeiras ideias jurídicas sobre privacidade, através do princípio da inviolabilidade de domicílio - *man’s house is his castle* -, que delimitaria o espaço privado frente ao Estado (DA COSTA, 2019). A propriedade assume o referencial da esfera de privacidade, posto como privilégio e não como direito, eis que somente os proprietários poderiam invocá-la.

Com as revoluções burguesas do século XVIII e a consolidação do Estado Liberal, apoiada na doutrina de Stuart Mill, a privacidade e intimidade ganham corpo para proteger não somente a propriedade, mas “as circunstâncias concernentes à vida do indivíduo, suas ideologias, escolhas e pensamentos que somente a ele diziam respeito” (DA COSTA, 2019, p. 77).

Com a publicação do artigo “*Right to Privacy*”, em 1890, na *Harvard Law Review*, por Samuel Warren e Louis Brandeis, o tema ganharia centralidade nos debates jurídicos¹¹ - a publicação foi motivada pela revelação

11 A doutrina seria utilizada em julgados, aproveitando-se a expressão “right to be let alone” cunhada no artigo com referência ao Juiz Thomaz McIntyre Cooley (DA COSTA, 2019). “Essa sua formulação

de “aspectos enrubescedores da festa de casamento de sua filha [Samuel Warren], divulgados nos jornais de Boston da época” (SCHEMKEL, 2015, não p.). O artigo era uma denúncia de como a fotografia e os jornais invadiam os domínios da vida privada, levando-os ao conhecimento público – um primeiro contorno do direito à privacidade no *common law* – transladava-se a privacidade como princípio correlato à propriedade para a proteção da personalidade (DA COSTA, 2019).

Reafirma-se, assim, que o direito à privacidade surgiu de uma concepção burguesa, como instrumento útil para defesa da propriedade, e evoluiu até o reconhecimento de um direito próprio, dotado de autonomia, tendente a tutelar os pensamentos, as emoções e as sensações dos indivíduos, ou seja, aspectos ligados à vida privada e a intimidade do ser humano. Sobressaía na proteção à privacidade a essência de direito negativo, com a abstenção do Estado no campo privado individual para a sua garantia (DA COSTA, 2019, p. 78).

No artigo de Warren e Brandeis, além da previsão do direito à privacidade, seus limites foram traçados: i) o direito à privacidade não proibiria a publicação de interesse público ou geral; ii) o direito não proíbe uma publicação, embora de matéria privada, quando em circunstâncias que tornam a comunicação privilegiada, conforme a lei de calúnia e difamação; iii) a reparação não se torna exigível se a comunicação foi verbal que não cause danos; iv) o consentimento do afeto exclui a violação do direito; v) a alegação de veracidade pelo agressor não exclui a violação da privacidade; vi) a ausência do dolo não exclui a violação do direito (DA COSTA, 2019). Nota-se que muito do que foi trabalhado no artigo perdura até hoje nos sistemas jurídicos.

Para Celso Lafer (2003, p. 108), “[...] o direito do indivíduo de estar só é a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”. Assim, o limite entre público e privado está na medida do que é compartilhado e do que é resguardado à esfera de intimidade.

A privacidade evoluiu e se tornou um direito humano a ser tutelado pelos Estados. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a ONU reconhece em seu artigo XII que:

doutrinária transcendeu o tempo e ainda hoje esse artigo é considerado uma das mais influentes contribuições científicas legais já publicadas” (SCHEMKEL, 2015, não p.).

“Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948, p. 8).

Partindo para a análise de nosso sistema jurídico, encontramos no rol de direitos fundamentais do Artigo 5º da Constituição disposição de que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, não p.). Nota-se que há uma distinção entre intimidade e vida privada (privacidade) pelo constituinte originário, o que ser entendido como a adoção da expressão vida privada em seu sentido estrito, conforme o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera a intimidade como um âmbito mais exclusivo da vida privada (*apud* SHEMKEL, 2015).

Outras previsões constitucionais se relacionam, em maior ou menor medida, com a privacidade, como a proteção da imagem (inciso V), a inviolabilidade de domicílio e da comunicação (inciso XI e XII), a liberdade de pensamento (inciso IV), entre outros.

Além do tratamento de direito fundamental pela ordem constitucional, o ramo privatista trata a privacidade como direito da personalidade, revelando proteção específica também pelo Código Civil, que dispõe: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002, não p.).

3. A TEORIA EXTERNA DAS RESTRIÇÕES E A RESOLUÇÃO CASUÍSTICA DOS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Acerca da restrição de direitos fundamentais, duas coisas devem existir, o direito e a sua restrição - há, então, o direito em si, não restringido e o direito restringido, o que resta do direito após a restrição (ALEXY, 2017). Essa é a concepção da teoria externa das intervenções. Em contraponto, a teoria interna sustentará que há apenas uma coisa, o direito com um determinado conteúdo - não haveria assim restrição ao direito fundamental, mas limites, imanentes ao próprio contorno do direito (ALEXY, 2017). Para Alexy, a opção por uma teoria ou outra dependerá da concepção de norma de direito fundamental - “se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (ALEXY, 2017, p. 278).

Esta pesquisa se filia à teoria externa das restrições, pois aceita posições *prima facie* que poderão sofrer intervenções de fora do conteúdo abstratamente previsto a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto, que terá sua resolução através da regra da proporcionalidade - mecanismo possível apenas através da teoria externa, pois as restrições não terão influência no conteúdo do direito, mas no seu exercício (ALEXY, 2017).

Alexy alerta que restrições a direitos fundamentais são normas que irão restringir posições *prima facie* e, assim como toda norma, só poderá operar se for compatível com a Constituição - sendo inconstitucional a norma pode até ser uma intervenção a direitos fundamentais, mas não com a característica de restrição (ALEXY, 2017).

Com base nas disposições constitucionais duas espécies de restrições podem ser destacadas: I) restrições diretamente constitucionais; e II) restrições indiretamente constitucionais. Essa classificação leva em consideração que “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas” (ALEXY, 2017, p. 286).

Assim, a teoria externa utiliza o caso concreto para estabelecer a ponderação entre direitos fundamentais em conflito e se um restringirá o exercício do outro. Não há como criar uma previsão prévia e abstrata de qual direito deve preponderar, pois as variáveis são infinitas.

4. A COLISÃO ACESSO À INFORMAÇÃO VS. PRIVACIDADE NO CASO “CARTA DE MÁRIO DE ANDRADE”

O caso escolhido para análise concreta da colisão de direitos fundamentais evidencia como o acesso à informação e a privacidade podem se tensionar em um Estado Democrático de Direito, só sendo possível a solução através de um caso concreto, ou seja, não há como se estabelecer uma “regra” anterior aos fatos que determine uma solução pronta, eis que a realidade fática irá conduzir a solução.

As informações do caso concreto foram colhidas através da íntegra do Procedimento 01590.000162/2015-01 da Controladoria-Geral da União (CGU)¹².

12 Acessível através da url http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501_CGU.pdf

O caso se refere ao pedido de acesso à informação realizado em 13 de fevereiro de 2015 à Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB) que, entre outros, solicitava acesso a uma carta constante do acervo arquivístico de Manuel Bandeira, enviada a este escritor por Mário de Andrade e datada de 7 de abril de 1928. Apesar de estar omitida a origem da solicitação, sabe-se que partiu de um jornalista da *Época*¹³. O acesso à carta seria relevante para noticiar a opção sexual de Mário de Andrade, que nunca foi confirmada, sendo o documento a evidência concreta de sua homossexualidade¹⁴.

Em resposta, a FCRB negou acesso ao documento, pois sua consulta dependeria de “autorização dos respectivos herdeiros”, indicando-lhes para que fosse solicitada a autorização de acesso.

Em recurso à autoridade superior da FCRB o solicitante alega que:

A referida documentação foi doada a uma instituição pública, com objetivo de estar acessível aos pesquisadores. Na ocasião da doação foi estipulado que alguns documentos, por seu caráter privado, deveriam ficar reservados por 30 anos. O prazo da abertura era 2015, conforme consta no catálogo do acervo de Manuel Bandeira, assim como no banco de dados eletrônicos da fundação. Portanto o material deve estar acessível a partir deste ano. Cabe aos herdeiros a decisão sobre uma eventual publicação destes documentos e a cobrança dos direitos autorais relativos. O simples acesso, no entanto, não depende de autorização expressa destes herdeiros, uma vez que a doação foi feita em caráter irrevogável e com a ciência de que o material estaria acessível à pesquisa (BRASIL, 2015, p. 22-23).

A decisão da autoridade superior foi de manter negado o acesso à carta, consultando os herdeiros quanto ao acesso ao documento com base no que dispõe a Lei de Acesso à Informação (LAI) quanto ao “respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais” (BRASIL, 2015, p. 23).

Novamente o solicitante recorre, agora à autoridade máxima do órgão, com base nos mesmos argumentos do primeiro recurso. Da mesma forma a autoridade máxima responde com os mesmos argumentos, de que estaria consultando os herdeiros acerca do acesso ou não ao documento.

13 Evidência em <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/correspondencia-secreta-de-mario-de-andrade.html>

14 A carta já era parcialmente conhecida, com diversas supressões, através do livro “Cartas de Mário de Andrade a Manuel Bandeira”, de 1958, lançado pela Editora Simões (CHAGAS, 2019).

Em novo recurso, previsto na sistemática recursal da LAI, o solicitante recorre à CGU. Novamente o solicitante argumenta que “que não cabe aos herdeiros definir o que deve ou não estar acessível ao pesquisador. A referida documentação foi doada a uma instituição pública, com objetivo de ficar aberta à consulta [...]” e que a “[...] instituição não pode postergar indefinidamente esta restrição, já que no próprio ato de doação ou aquisição do acervo foi estipulado o prazo específico da reserva” (BRASIL, 2015, p. 26).

A CGU solicita informações à FCRB a fim de subsidiar a decisão. Em resposta, a FCRB alega que a carta solicitada “é produção intelectual do poeta, sendo necessário a obediência da Lei de Direitos Autorais. Como o poeta faleceu em 1945, a liberação está prevista para 2.016” (BRASIL, 2015, p. 27). Reforça a demandada que a carta já teria sido parcialmente reproduzida, com a supressão de nomes e assuntos, sendo que a divulgação

[...] por meio da imprensa sensacionalista, poderão [...] causar graves problemas para o trabalho sério que vem sendo desenvolvido por instituições que tratam os arquivos privados, bem como causar desavenças na relação de confiança estabelecida durante anos com os depositários de arquivos na FCRB. Poderão ocorrer danos morais aos herdeiros de Mário de Andrade (BRASIL, 2015, p. 28).

A decisão da CGU é pelo provimento do recurso, dando acesso à carta ao solicitante. Em argumentação, aponta a CGU que “os direitos autorais não devem impedir o desenvolvimento cultural e social” e que a Lei de Direitos Autorais não considera ofensa aos direitos autorais a simples reprodução, “Não parece, portanto, que a mera consulta aos documentos custodiados pela Fundação Casa de Rui Barbosa possa ser impedida sob a justificativa de violação de direitos autorais” (CGU, 2015, p. 214-215). Quanto ao dever do Estado de resguardar as informações pessoais, a CGU lembra que o consentimento expresso para o acesso é afastado quanto “à proteção do interesse público e geral preponderante” - LAI, Art. 31, §3º, V (BRASIL, 2015). Portanto, a manifestação da Controladoria é de que o caso é hipótese em que o direito à privacidade cede espaço ao interesse geral da informação.

Em importante passagem, que será reproduzida, a CGU se posiciona pelo respeito à máxima divulgação, princípio que orienta a execução da LAI - a publicidade é a regra e o sigilo a exceção. Não se pode negar acesso com base em eventual dano, que pode não ocorrer e, ocorrendo, há formas de recomposição previstas no ordenamento jurídico.

Vale registrar que, embora exista um pacto de privacidade entre o autor e o destinatário, os dois faleceram, de modo que o exercício dos direitos de privacidade passa a assistir aos cônjuges, companheiros, descendentes ou ascendentes dos poetas, nos moldes do parágrafo único do art. 55 do Dec. nº 7.724/2012. Nesse contexto, caso algum legitimado se sinta lesionado nos seus direitos, em razão da eventual publicação de estudo ou obra nas quais são citadas informações coletadas nos documentos objeto do pedido de acesso, poderá acionar o Judiciário e buscar as reparações possíveis. Mas a análise acerca de eventuais danos morais que decorram da publicidade dos documentos deve ser, necessariamente, posterior à publicidade, sob pena de se configurar injustificável censura (BRASIL, 2015, p. 219).

Após a decisão e o acesso à carta, o documento foi publicado através do portal da *Época*, revelando a sua íntegra¹⁵. Posteriormente a decisão da CGU seria utilizada pelo próprio órgão como prática que ajudou na visibilidade da realidade LGBTI+ no Brasil¹⁶.

O caso em análise demonstrou que o acesso à informação está em uma posição superior frente ao direito à privacidade, em função do interesse público do documento em questão.

A análise de proporcionalidade evidencia o caráter público do documento, dados seus personagens, escritores de renome nacional, afastando o sigilo da informação pautado na privacidade.

Não se está falando de um documento qualquer, de um indivíduo desconhecido do grande público, mas de uma peça histórica que, mesmo de conteúdo íntimo, deixa de fazer parte apenas da esfera individual para ganhar caráter público, de interesse geral.

Vale lembrar, como faz Chagas (2019), que sem a LAI não haveria como se discutir o acesso da forma como foi possível no caso em análise pela via administrativa. Eis um dos grandes trunfos trazidos pela Lei de Acesso, seu procedimento e seu sistema recursal, que possibilita a análise do caso por diversas instâncias e autoridades. Lembra ainda a autora, que não será de uma hora para outra que nos livraremos de uma “cultura do segredo”, em que as estruturas são desenhadas para

15 Pode ser acessada através de <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/exclusivo-carta-em-que-mario-de-andrade-fala-de-sua-homossexualidade.html>.

16 Ver através de <https://ouvidorias.gov.br/noticias/2018/relembre-o-caso-mario-de-andrade-no-mes-em-que-se-celebra-a-diversidade>.

a proteção de suas informações e o afastamento do cidadão. Não será apenas pela lei que iremos sair do segredo à transparência, mas através da prática, da realização de pedidos de informação e a argumentação, como foi feita no caso em análise.

Nenhum direito é absoluto e, conforme lembra Chagas (2019), há outras situações em que a ordem jurídica admite a invasão da intimidade e da privacidade, como na quebra do sigilo bancário, fiscal e das comunicações, em que se busca outro valor a ser concretizado.

Por fim, a informação da orientação sexual do autor pode ser de grande valia para um grupo de pessoas como instrumento de luta pelo reconhecimento de seus direitos e contra o preconceito. A informação é transindividual, portanto, saindo da esfera de uma só pessoa para ser informação de uma coletividade.

Entretanto, vale lembrar que a situação fática apresentada revelou o acesso à informação como preponderante frente à privacidade. Em outro caso pode não ser da mesma forma, o que inviabiliza a adoção de uma norma abstrata rígida para a solução de casos em que dois direitos fundamentais estão em colisão.

CONCLUSÃO

Trabalhou-se nesta pesquisa com a colisão de direitos fundamentais, especificamente do direito de acesso à informação pública e do direito à privacidade.

Após uma breve fundamentação acerca de cada um dos direitos em análise, abordou-se o caso da “Carta de Mário de Andrade” como forma de situação concreta.

A exposição e análise do caso possibilitou verificar que, diante da situação fática apresentada, o interesse público preponderou frente à privacidade. O acesso à carta foi possível em função das características do documento, uma carta com valor histórico e interesse coletivo, dado os personagens envolvidos, escritores nacionais de grande importância.

O argumento da instituição custodiadora do documento foi que haveria a necessidade de autorização dos herdeiros dos envolvidos, respeitando-se a legislação de direitos autorais. Em decisão simbólica a CGU não conheceu desse argumento e alegou que não haveria dano pelo

simples acesso ao documento e, se ocorre, haveria instrumento hábil a repará-lo.

Destaca-se que o procedimento e o sistema recursal da LAI foi preponderante para instrumentalizar o acesso à informação pelo solicitante, que viu seus argumentos acolhidos por instância superior. Um dos argumentos de maior peso utilizado pelo solicitante foi o de que não poderia haver um sigilo eterno nas indefinidas postergações da instituição em conceder o acesso ao documento.

Fala-se em peso, pois o caso foi resolvido administrativamente através da desta dimensão e não pela dimensão da validade, ou seja, não é que a privacidade foi invalidada, o que ocorreu foi a preponderância do acesso diante das circunstâncias fáticas e da natureza do documento no caso em concreto - maleabilidade correspondente aos direitos fundamentais quando considerados como princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ALONSO, Félix Ruiz. *Pessoa, intimidade e o direito à privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge, (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 11-35.

ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. 31ª. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Parecer no processo 01590.000162/2015-01*. 2015. Disponível em: http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501_CGU.pdf. Acesso em: mar. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CEPIK, Marco. *Direito à informação: situação legal e desafios*. Informática pública, v. 2, n. 2, p. 43-56, 2000.

CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. *O dilema entre o acesso à informação e a intimidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DA COSTA, José Américo Martins. *Direitos Fundamentais: um déficit de legitimidade do STF no conflito entre a Privacidade e o Acesso à Informação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LAFER, Celso apud AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2003.

MAICHAKI, Marcos Rodrigo. Herança Digital: o precedente alemão e os direitos fundamentais à intimidade e privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, pp. 136-155, jul./dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Restrições ao Acesso à Informação in Acesso à informação pública / Rafael Valim ; Antonio Carlos Malheiros; Josephina Bacariça (in memoriam) Coordenadores; prefácio Celso Antônio Bandeira de Mello; apresentação Marcus Vinicius Furtado Coêlho*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: mar. 2020.

SARLET, I. W.; MOLINARO, C. A. *Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. *Revista da Agu*, v. 13, n. 42, 31 dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SHEMKEL, Rodrigo Zasso. *Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7309/violacao-do-direito-a-privacidade-pelos-bancos-de-dados-informatizados>. Acesso em: 10 mar. 2020.

VALIM, Rafael. *O Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública* in: Acesso à informação pública / Rafael Valim ; Antonio Carlos Malheiros; Josephina Bacariça (in memoriam) Coordenadores; prefácio Celso Antônio Bandeira de Mello; apresentação Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.